

Manual de Derecho Colectivo del Trabajo

Mariano Recalde

COLECCIÓN MORRAL DE APUNTES

Manual de Derecho Colectivo del Trabajo

Manual de Derecho Colectivo del Trabajo

Mariano Recalde



Recalde, Mariano

Manual de Derecho Colectivo del Trabajo / Mariano Recalde. - 1a ed. - José C. Paz :
Edunpaz, 2017.

640 p. ; 20 x 14 cm. - (Morril de apuntes)

ISBN 978-987-4110-08-4

1. Derecho Laboral . I. Título.

CDD 344.01

1ª edición, octubre de 2017

© 2017, Universidad Nacional de José C. Paz. Leandro N. Alem 4731

José C. Paz, Pcia. de Buenos Aires, Argentina

© 2017, EDUNPAZ, Editorial Universitaria

ISBN: 978-987-4110-08-4

Universidad Nacional de José C. Paz

Rector: **Federico G. Thea**

Vicerrector: **Héctor Hugo Trinchero**

Secretario General: **Darío Exequiel Kusinsky**

Director General de Gestión de la Información y Sistema de Bibliotecas: **Horacio Moreno**

Jefa de Departamento Editorial: **Bárbara Poey Sowerby**

Diseño de colección: **Amalia González**

Arte y maquetación integral: **Jorge Otermin**

Publicación electrónica - distribución gratuita



Licencia Creative Commons - Atribución - No Comercial (by-nc)

Se permite la generación de obras derivadas siempre que no se haga con fines comerciales. Tampoco se puede utilizar la obra original con fines comerciales. Esta licencia no es una licencia libre. Algunos derechos reservados: <http://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.es>

Agradecimientos

Este libro, como no podía ser de otra manera, es fruto de un trabajo colectivo. Es, además, el resultado de muchos aportes y de circunstancias de todo tipo que se conjugaron para que finalmente se concluyera y se pudiera publicar.

Quiero agradecer especialmente a los colegas, en su mayoría compañeros de docencia, que no solo con sus discusiones sino con la colaboración concreta en la redacción contribuyeron a que puedan presentarse estas ideas tanto para la discusión académica como también para la formación de futuros colegas, de trabajadores y de representantes sindicales. Este libro no hubiera sido posible sin la participación de Leandro Recalde, Víctor Hugo Guida, Elena Orefice de Otaola, María Fernanda Rodríguez Brunengo, Leandro Macia, Juan Manuel Pedreira, María Victoria Cosentino, Matías Campoamor, Diego Abadie, Gabriela Piazza, Tatiana Celestino y Joel De Rosa.

También quiero mencionar en estos agradecimientos a Federico Thea, rector de la Universidad Nacional de José C. Paz, por el apoyo brindado y por abrir espacios como la Editorial que publica esta y otras obras a un precio accesible para el público lector, especialmente los estudiantes de la educación pública. No puedo dejar de mencionar también al Secretario Académico de la UNPAZ Gonzalo Kodelia, al Director de la Carrera de Abogacía Diego Duquelsky Gómez y al Director del Departamento de Ciencias Jurídicas y Socia-

les Nicolás Diana, a Horacio Moreno por la colaboración, a Bárbara Poey por la lectura, armado y corrección de estos escritos y a todos los docentes de la cátedra de Derecho del Trabajo de la UNPAZ que llevamos adelante junto con Mario Gambacorta.

Finalmente, el agradecimiento infinito a mi familia: a Héctor y Susana por haberme dado todo lo que soy, a mis hermanos Leandro y Mora, a mis hijos María Eva, Sara y Juan Pedro y, sobre todo, a Cecilia que con su apoyo, comprensión y esfuerzo cotidiano hizo posible que tuviera cabeza para este y tantos otros proyectos. Gracias a todos.

Índice

Prólogo	23
Parte I. Asociaciones sindicales	29
Capítulo 1. Las relaciones colectivas del trabajo	31
1. Inicios del sindicalismo	33
2. Evolución jurídica	34
2.1. Prohibición	35
2.2. Tolerancia	39
2.3. Reconocimiento jurídico	40
3. Tipos de relaciones colectivas	45
3.1. Relaciones de asociación	46
3.2. Relaciones de negociación	47
3.3. Relaciones de conflicto	47
Capítulo 2. Las asociaciones sindicales	49
1. Las asociaciones sindicales	51
2. Principios de la organización sindical	55
2.1. Principio de pureza	55
2.2. Principio de especialidad	55
2.3. Principio de autonomía o autarquía sindical	56
2.4. Principio de no discriminación e igualdad de trato	57

Capítulo 3. El modelo sindical argentino	59
1. Denominación	61
2. Principios	64
2.1. Libertad sindical	64
2.2. Democracia sindical	67
2.3. Concentración sindical	68
3. Las observaciones de la Organización Internacional del Trabajo a la Ley de Asociaciones Sindicales	73
3.1. Observaciones sobre los criterios de representatividad	75
3.2. Observaciones sobre las ventajas que derivan de la personería gremial	76
3.3. El Decreto N° 9270/56	76
4. El alcance de las observaciones: la OIT no cuestiona el “Modelo Sindical Argentino” ni el sistema de personería gremial, sino solo algunos de sus aspectos	78
5. El modelo sindical argentino y la falsa dicotomía entre libertad y concentración sindical	80
6. Constitucionalidad del sistema de personería gremial	83
7. Ventajas del sistema actual	84
Capítulo 4. La libertad sindical	87
1. Sobre la libertad	89
2. Sobre la libertad sindical	90
3. Sobre las condiciones para empezar a pensar en la libertad sindical	91
4. Finalidad de la libertad sindical	93
5. El contenido de la libertad sindical	95
6. El régimen jurídico de la libertad sindical	96
7. El Convenio N° 87 de la OIT	100
8. El Convenio N° 98 de la OIT	101

Capítulo 5. La libertad sindical individual	103
1. Contenido	105
1.1. Derecho de constituir sindicatos	105
1.2. Derecho de afiliarse, no afiliarse y desafiliarse	106
1.3. Derecho de reunirse y de realizar actividades sindicales	116
1.4. Derecho de peticionar ante las autoridades y los empleadores	118
1.5. Derecho de participar en la vida interna de las asociaciones sindicales	119
Capítulo 6. La libertad sindical colectiva	121
1. El principio de la autonomía colectiva	123
2. Contenido de la libertad sindical colectiva	123
2.1. Libertad para organizarse	123
2.2. Libertad para actuar	129
2.3. Actuación política	129
2.4. Actuación social	132
Capítulo 7. Protección de la libertad sindical	135
1. Introducción	137
2. El amparo sindical	139
2.1. Sujetos legitimados	142
2.2. Los sujetos pasivos de la acción	142
2.3. Las conductas que pueden motivar la acción	143
2.4. El objeto del reclamo y el alcance de la sentencia	145
2.5. Competencia y procedimiento	147
2.6. El despido antisindical y la reinstalación del trabajador	148
3. La tutela sindical específica (remisión)	151
4. Las prácticas desleales	153
4.1. Concepto. Alcances	153

4.2. Naturaleza. Tipicidad. Intencionalidad	155
4.3. Clasificación. Descripción de los tipos	155
4.4. Prácticas desleales en la Ley de Negociación Colectiva	161

Capítulo 8. La democracia sindical 163

1. La democracia	165
2. Régimen legal	168
3. Disposiciones de la ley que promueven la democracia interna	170
3.1. Participación y control	170
3.2. Representación con mandato	170
3.3. Elegibilidad de los cargos. Periodicidad	171
3.4. Órgano colegiado	173
3.5. Comunicación fluida. Derecho a la información. Rendición de cuentas	173
3.6. Trato igualitario. No discriminación. Representación de las minorías	174

Capítulo 9. La concentración sindical 177

1. Caracterización	179
2. Organización sindical con base en la profesionalidad	181
2.1. Asociaciones de actividad	183
2.2. Asociaciones por oficio, profesión o categoría	184
2.3. Sindicatos de empresa	187
3. Estructura piramidal	189
3.1. Asociaciones de primer grado. Sindicatos y uniones	190
3.2. Asociaciones de segundo grado. Federaciones	191
3.3. Asociaciones de tercer grado. Confederaciones	191
3.4. Centrales sindicales internacionales	192

Capítulo 10. Sistema de personería gremial 195

1. Introducción. Asociaciones sindicales sin inscripción gremial, simplemente inscriptas y con personería gremial	197
2. Simple inscripción	199
2.1. Requisitos	199
2.2. La agremiación de las fuerzas de seguridad	201
2.3. Derechos y deberes	202
3. Personería gremial	204
3.1. Requisitos para su obtención. Distintos supuestos	204
3.2. Derechos exclusivos del sindicato con personería gremial	208
3.3. Suspensión y cancelación de la personería gremial	214

Capítulo 11. Encuadramiento sindical 217

1. Concepto	219
2. El sector público	221
3. Elementos para resolver el encuadramiento sindical	223
3.1. Criterios jurisprudenciales para solucionar encuadres sindicales	223
3.2. Aspectos que la jurisprudencia ha desechado para solucionar encuadres sindicales	224
4. Procedimiento	226
4.1. La vía asociacional	227
4.2. La vía heterónoma. Administrativa-judicial	229
4.3. La instancia judicial	230
4.4. Efectos de la resolución	231
4.5. Legitimación de las empresas	232

Capítulo 12. Organización y estructura interna de las asociaciones sindicales 239

1. Estatutos	241
1.1. Concepto	241

2. Órganos de la asociación sindical	244
2.1. Órgano directivo	244
2.2. Composición del órgano	245
2.3. Forma de elección	245
2.4. Duración de los mandatos	246
2.5. Requisitos para integrar el órgano directivo	246
2.6. Asambleas y congresos	247
3. Órgano de fiscalización	251
3.1. Concepto	251

Capítulo 13. Régimen electoral 253

1. Importancia del régimen electoral	255
2. Elección de autoridades de la asociación de primer grado	256
3. Autoridad electoral	257
4. Fijación de la fecha del comicio	258
5. Convocatoria	259
6. Lista de candidatos	260
7. Padrones	260
8. Acto comicial	261
9. Comunicación al Ministerio de Trabajo	262

Capítulo 14. Patrimonio de las asociaciones sindicales 263

1. Composición	265
2. Cotizaciones	267
3. Contribuciones de solidaridad	269
4. Contribuciones convencionales del empleador	272
5. Retención	273
6. Retenciones en el sector público	275

Capítulo 15. Los representantes sindicales	277
1. Introducción	279
2. Los funcionarios sindicales (representantes que ocupan cargos en los órganos del sindicato)	280
2.1. Sujetos. Funciones	280
2.2. Prerrogativas	281
3. La representación sindical en los lugares de trabajo	284
3.1. Naturaleza jurídica y formas de representación	286
3.2. Requisitos para ser delegado	290
4. Cantidad de representantes	294
5. Duración y revocación del mandato	294
6. Facultades de los delegados	296
7. Obligaciones de los empleadores	301
8. Algunas reflexiones respecto del fallo de la CSJN en el caso “ATE”	303
8.1. El contenido del fallo	304
8.2. Efectos del fallo sobre el sistema de personería gremial	305
8.3. Efectos del fallo sobre la representación en los lugares de trabajo	306
8.4. Más datos, más información, otras conclusiones	307
8.5. La filosofía del fallo	309
Capítulo 16. La tutela sindical	313
1. Raigambre constitucional	315
2. La tutela de la actividad sindical: los artículos 48 y 52 de la Ley N° 23551	316
3. Los sujetos	320
4. La situación de los candidatos	320
5. Actos que afectan la estabilidad	321
6. Nulidad de los actos del empleador	321
7. Requisitos para gozar de la tutela	322
8. Extinción de la garantía	323

9. Proceso de exclusión de tutela	323
9.1. Características (judicial, preventivo y rápido)	324
9.2. Actos que requieren la previa exclusión de tutela	326
10. La acción de reinstalación	327
11. Opción por la indemnización agravada	328

Parte II. La negociación colectiva 331

Capítulo 1. Marco general 333

1. Introducción	335
1.1. Algunas consideraciones previas	335
1.2. Otros factores que inciden en la negociación colectiva	338
2. Finalidad de la negociación colectiva	339
3. Concepto general	342
4. Negociación colectiva y democracia	345

Capítulo 2. Intervención del Estado en la negociación colectiva 351

1. La regulación de la negociación colectiva	356
2. Intervención estatal y fomento de la negociación colectiva	357
3. El arbitraje obligatorio	358
4. La negociación colectiva en las normas de la Organización Internacional del Trabajo	360

Capítulo 3. Los sujetos de la negociación colectiva 363

1. Actividades excluidas de la Ley N° 14250. La actividad docente estatal y el sector público	368
---	-----

Capítulo 4. El contenido de la negociación colectiva **369**

- 1. El contenido obligatorio 371
- 2. Contenido permitido o posible 374
 - 2.1. Cláusulas normativas y obligacionales 374
 - 2.2. Las cláusulas sindicales 375
- 3. Contenido prohibido. Cláusulas contrarias al orden público o al interés general 380

Capítulo 5. Intervención de la autoridad administrativa. La homologación **383**

- 1. La homologación 385
- 2. Convenios que no exigen homologación 390
- 3. Intervención sobre los convenios negociados 391
 - 3.1. Derogación de un convenio colectivo por una ley posterior 391
 - 3.2. La deshomologación de convenios colectivos 396
 - 3.3. La legislación que impone la renegociación de convenios colectivos existentes 399

Capítulo 6. La estructura de la negociación colectiva **401**

- 1. Concepto 403
- 2. Conceptos previos: ámbitos territorial y personal, de representación, de negociación y de aplicación del convenio colectivo 406
 - 2.1. Ámbito de representación 406
 - 2.2. Ámbito de negociación 408
 - 2.3. Ámbito de aplicación del convenio 409
- 3. Tipología legal 409
 - 3.1. Convenio nacional, regional o de otro ámbito territorial 409
 - 3.2. Convenio intersectorial o marco 410

3.3. Convenio de actividad	411
3.4. Convenio de profesión, oficio o categoría	411
3.5. Convenio de empresa o grupo de empresas	411
4. Relaciones entre convenios: articulación (conurrencia no conflictiva), concurrencia y sucesión	412
4.1. Articulación	412
4.2. Sucesión de convenios	414
4.3. Concurrencia conflictiva	416
5. Extensión del convenio colectivo a otro ámbito territorial	419
6. Ámbito temporal de aplicación de los convenios colectivos	420

Capítulo 7. Relación entre el convenio colectivo y otras fuentes 429

1. El convenio colectivo y la ley	431
2. El convenio colectivo y el contrato individual	432

Capítulo 8. Procedimiento para la negociación colectiva 435

1. Inicio de la negociación	438
2. Requisitos	438
3. Designación de la comisión negociadora	439
4. Determinación del ámbito territorial y personal	440
5. Determinación de las materias a negociar	441
6. Deber de negociar de buena fe	442
6.1. Concurrir a las reuniones acordadas o fijadas por la autoridad de aplicación	442
6.2. Designar negociadores con mandato suficiente	442
6.3. Derecho a la información	443
7. Desarrollo de las negociaciones	445
8. Servicio de mediación, conciliación y arbitraje	446

Capítulo 9. Las comisiones paritarias	447
1. Concepto	449
2. Conformación	450
3. Funcionamiento	451
4. Atribuciones	453
5. Instancia previa en conflictos individuales	453
6. Conflictos de intereses	454
7. Recursos	455
Capítulo 10. Convenios de empresas en crisis	457
1. El procedimiento preventivo de crisis	461
Capítulo 11. La negociación colectiva en el sector público	465
1. Nociones generales	467
2. El procedimiento para la negociación colectiva en el sector público	469
Capítulo 12. La negociación colectiva para la pequeña empresa	475
1. Definición y marco legal	477
2. Procedimiento	478
3. Disponibilidad colectiva	480
4. Período de vigencia	481
5. Homologación	482
6. Preservación de la vigencia del convenio	482
Capítulo 13. La política de flexibilización laboral de la década de 1990 en la negociación colectiva	483
1. El “descuelgue” regulado en la Ley N° 25250	489

Parte III. Los conflictos colectivos de trabajo 503

Capítulo 1. Conflicto, huelga y derecho 505

- 1. Introducción: la huelga y el derecho 507
- 2. ¿Por qué se admite el “derecho” de huelga? 510
- 3. El papel del conflicto 514
- 4. Conflicto social y orígenes de la huelga 515

Capítulo 2. Evolución de la relación entre la huelga y el derecho. Perspectivas actuales 521

- 1. Introducción 523
- 2. Evolución jurídica de la huelga 525
- 3. Evolución, pero no tanto 527
- 4. Involución 529

Capítulo 3. La rigidez de las reglamentaciones del derecho de huelga 533

- 1. La reducción de la huelga a un tipo legal 537
 - 1.1. El hecho huelguístico en sí 538
 - 1.2. La titularidad del derecho 541
 - 1.3. Los fines de la huelga 547
- 2. La reducción de la dinámica de la huelga a un procedimiento formalizado 551
- 3. La reducción cuantitativa de la huelga típica a través de la imposición de servicios mínimos 554
- 4. El reconocimiento de primacía a la capacidad productiva y la dimensión organizativa de la empresa por sobre la función y eficacia del derecho de huelga 555
- 5. La utilización de la figura del “abuso del derecho” y de la “conmutatividad de los sacrificios” 556

Capítulo 4. Clasificación de los conflictos	559
1. Conflictos individuales y colectivos	561
2. Conflictos de derecho (jurídicos) y de interés (económicos)	563
3. Conflictos intersindicales e intrasindicales	564
Capítulo 5. Modalidades de huelga	567
1. Modalidades con cesación del trabajo	569
2. Modalidades sin cesación de trabajo	570
3. Otras medidas legítimas de acción sindical	571
3.1. Piquete	571
3.2. Boicot	572
3.3. Sabotaje	572
3.4. Ocupación del establecimiento	572
Capítulo 6. La huelga en el derecho argentino	575
1. La reglamentación de la huelga	578
Capítulo 7. La conciliación y el arbitraje	579
1. La conciliación obligatoria	582
2. El arbitraje voluntario	584
Capítulo 8. Efectos de la huelga sobre el contrato individual	587
1. Salarios	591
2. Antigüedad	593
3. Enfermedad	593
4. Asignaciones Familiares	594
5. Preaviso	596
6. Despido por huelga	596
7. Reincorporación	597
8. Prohibición de contratación de trabajadores eventuales	598

9. Huelga y retención de tareas. Diferencias. Efectos	599
10. Legalidad o ilegalidad de la huelga	602
11. Algunos casos	602
11.1. Huelgas con ocupación de establecimiento	602
11.2. Huelgas de solidaridad	603
11.3. Huelgas políticas	603

Capítulo 9. La reglamentación de la huelga en los servicios esenciales

605

1. La fuente de determinación	609
2. La definición conceptual	612
3. La regulación específica	615
4. Garantías compensatorias	620
5. Paros nacionales	621
6. Sanciones por incumplimientos	622
7. La terminología empleada	624

Capítulo 10. Medidas de los empleadores y sus asociaciones

625

1. Concepto	627
2. Modalidades	630
3. Clases	630
4. Libertad o derecho	631

Bibliografía

633

Prólogo

La temática que el autor aborda en este libro no es nueva,¹ tampoco es la primera vez incluso en la propia obra de Mariano Recalde. Pero la mirada objetiva sobre el libro acredita su imprescindible lectura para todos aquellos que se dediquen al polifacético mundo de las relaciones laborales, específicamente al movimiento obrero, a sus centrales, sus organizaciones (uniones, sindicatos, comisiones internas), a los convenios colectivos en todas sus modalidades, sean de rama o de actividad, de sector, de empresa, hasta simples acuerdos suscritos por comisiones internas o sus cuerpos de delegados. Va de suyo que los conflictos colectivos y el derecho de huelga también integran el rico bagaje de los contenidos del libro.

Y quiero destacar que frente a cada uno de estos institutos el autor se compromete definiendo su posición y brindando con claridad las razones que lo llevaron a ella.

Digamos que el derecho colectivo del trabajo fue y es materia de dedicación de todos los sectores relacionados directa o indirectamente con el vasto mundo del trabajo humano asalariado. Los enfoques parten desde disímiles pensamientos, posiciones antagónicas, intereses contrapuestos, diversos esta-

1. Ver entre otras: *El modelo sindical argentino: régimen legal de las asociaciones sindicales* de Néstor T. Corte; *Derecho Colectivo del Trabajo* de Osvaldo J. Lima; *Derecho Colectivo del Trabajo: Derecho Sindical* de Ricardo Cornaglia; *Derecho Sindical y Corporativo* de Cabanellas Guillermo; *El Modelo Sindical Argentino* de Mariano Recalde; *Nuevo régimen de asociaciones sindicales* de Héctor P. Recalde, Héctor P. y Enrique O. Rodríguez; *Manual de Derecho Sindical* de Rodolfo Napoli.

mentos y representaciones varias. La doctrina se nutre tanto de fallos judiciales como de escritos de abogados de empresas, de trabajadores, de organizaciones empresarias y de sindicatos.

Pienso que el abordaje que se realice acerca de la temática, por más empeño que se manifieste en contrario, nunca es neutral y este libro tiene, además, la virtud de no serlo.

Recuerdo palabras de un magistrado de trabajo que ejerce su jurisdicción en España que, refiriéndose a la justicia laboral, sostenía que el juez de trabajo debía ser imparcial, plural pero no neutral. Y para ser equitativo quiero citar a quien fuera uno de mis maestros, el juez Héctor Genoud, que con simpatía me decía que los que defendemos solo trabajadores somos “abogados tuertos”.

Tal vez la riqueza en esta como en cualquier otra materia, sea la honesta confrontación de pensamientos desde un riguroso saber científico y de la pulcritud en el análisis de la normativa como de la valorable posición de *lege ferenda*.

Como el lector puede deducir de los apellidos, si bien me comprenden – gustosamente– las generales de la ley, trataré de ser lo más objetivo posible en mis afirmaciones siguientes. Primero quiero destacar el sentido de oportunidad a partir de lo que está sucediendo en el mundo (v. gr.: Francia), específicamente en la región (v. gr.: Brasil) y todavía en grado de tentativa en nuestro país (reforma laboral en ciernes).

Creo –más bien estoy convencido– en el valioso aporte que significa este *Manual de Derecho Colectivo del Trabajo* para el conocimiento de las instituciones de lo que se denomina como el modelo sindical argentino y especialmente lo relativo a la libertad y la democracia sindical.

Por supuesto que uno de los parteaguas será el posicionamiento frente a la concentración sindical toda vez que, más allá de la relatividad a partir de Einstein o la posibilidad de una duda razonable, la ley se basa en la promoción de la unidad sindical, como bien sostiene el autor.

Me permito una reflexión, tal vez coyuntural, pero no deja de llamarme la atención que, desde mi subjetiva interpretación, haya decaído el antagonismo sobre el Modelo por parte de las Centrales sindicales que existía a partir de los años 1990 entre la CGT y CTA.

Más allá de mi personal e irrelevante apreciación, en el capítulo 3 del libro Mariano Recalde profundiza en el tema informando y tomando posición tanto respecto de la antigua posición de la OIT, como de parte de nuestra doctrina.

Cuando el libro encara las disposiciones que versan sobre la personería gremial no soslaya ninguna de las características profundas que emergen del goce de ella por parte de la asociación sindical que la obtenga, ni la discusión respecto a quien compita por ellas, ni tampoco las limitaciones del poder administrador tanto para adjudicarla como para querer dejarla sin efecto o ponerla en cabeza de quien competía por ella.

Una de las consecuencias que emanan de la personería gremial, no la única, es la tutela sindical. Todo el análisis que se realiza sobre ella es de trascendental importancia en su conocimiento y discusión, porque lo que subyace es la libertad en el desarrollo de la defensa de los derechos e intereses de los trabajadores que –y lo digo sin hesitación– es el fin primero y último del derecho colectivo del trabajo.

Para que todo lo que hemos comentado tenga el sentido esperado es de particular relevancia el capítulo 13 que trata sobre el Régimen Electoral. La vasta experiencia recogida respecto a las elecciones en los sindicatos seguramente será útil para garantizar que sea efectivo el bien jurídico que persiguen las normas relativas de la Ley N° 23551.

Y en este sendero quiero poner de relieve la sabiduría de lo dispuesto por el artículo 47 que, tanto en su letra como en el espíritu de la ley, procura la libertad sindical individual y colectiva. Esto queda suficientemente explicitado en el libro. De ello el lector obtendrá material suficiente para sacar sus propias deducciones.

Cuando el libro se dedica al derecho a la negociación colectiva que el artículo 14 bis de la Constitución Nacional garantiza a los gremios (léase sindicatos), obviamente es importante el desarrollo de lo normado respecto a los sujetos, al contenido, a la estructura, a los ámbitos, pero el que me pareció de suma actualidad es el que se dirige a las facultades de la autoridad administrativa del trabajo y esencialmente a la homologación. No creo que sea casual

que Mariano Recalde finalice este título con la referencia a la flexibilización laboral de la década de 1990.

El abordaje del conflicto propio de la condición humana, pero más específicamente de las relaciones laborales, como el resto de la temática del libro son de suma actualidad. Y creo que se desarrolla exactamente cuando el autor trata la evolución jurídica de la huelga para caracterizarla luego como una evolución relativa diciendo que lo es, pero no tanto o más directamente cuando explica su involución.

En esta dirección no quiero omitir algunas manifestaciones peyorativas que, mientras escribo este prólogo, se profieren desde el Poder Ejecutivo Nacional hacia los sindicatos, jueces del trabajo, abogados laboristas y asalariados. Por ejemplo, señalando como extorsivos algunos reclamos de los trabajadores –calificativo que me trae a la memoria la regla estatal N° 21400 que tipificaba el derecho constitucional de huelga como un delito del Código Penal–. ¿O será acaso que ahora se califica el derecho de huelga como una extorsión?

Mariano Recalde representa el compromiso que muchísimos abogados laboristas tienen con los trabajadores, con sus derechos y sus conquistas. En toda su actividad, tanto cuando le tocó cumplir un rol como representante sindical (como miembro de la comisión directiva de la Unión de Empleados de la Justicia de la Nación), en la función pública, como en su carácter de profesional del derecho, ha demostrado honradez y rectitud en su conducta.

Quiero finalizar estas líneas manifestando mi asombro por la polivalencia funcional del autor que, al igual que todos los mortales, solo tiene 24 horas al día y puede desempeñar simultáneamente roles como el de padre, marido, tío, hermano, hijo, militante político, abogado, profesor y autor. Mi única queja es que no comparta la fórmula.

Y por qué no decir también el orgullo que un padre siente por haber sido el destinatario para bosquejar el prólogo de esta magnífica obra.

Héctor P. Recalde

Parte I

Asociaciones sindicales

Capítulo 1

Las relaciones colectivas del trabajo

1. Inicios del sindicalismo

La historia de la humanidad se encuentra atravesada, entre otros, por un eje que ha permitido identificar, en todos sus momentos, dos clases de hombres: los que trabajan y los que viven del trabajo de los demás. A partir de esta relación de apropiación, que asumió distintas formas jurídicas y denominaciones a lo largo de los tiempos, los trabajadores siempre han tratado de asociarse y organizarse en la búsqueda de un objetivo común.

El sindicalismo, que será el objeto de análisis en este trabajo, es la forma de asociación característica y exclusiva del sistema capitalista de producción. El sindicato es la forma asociativa que corresponde al trabajo prestado en relación de dependencia propio de este período histórico y que viene a superar las primeras formas de la apropiación del trabajo humano (esclavitud, servidumbre, gremialismo medieval).

La noción de movimiento obrero o sindicalismo nace, entonces, recién en los albores de la sociedad capitalista industrial, cuyo punto de partida –vale recordar– es la abolición de las distintas formas de trabajo forzoso y la prestación de un servicio en relación de dependencia, caracterizado por la separación del trabajador de los instrumentos o medios de producción.

2. Evolución jurídica

Como señala Capón Filas, la asociación sindical de trabajadores integra la autonomía sectorial, compuesta, además, por la negociación, la participación en las decisiones y la conducción del conflicto social. Esta autonomía surge del trabajo como hecho social/personal, siendo, por lo tanto, anterior a toda norma del Estado, que la recepta o no. En el primer supuesto, podrá colocarle los límites necesarios en toda sociedad seria, aspecto expresamente señalado en la Carta Internacional de Derechos Humanos. En segundo, la acción solidaria y organizada de los trabajadores funcionará al margen o en contra de la esfera estatal.¹ Esto es lo que ha ocurrido a lo largo de la historia del movimiento obrero organizado.

Desde el nacimiento de las primeras coaliciones de trabajadores, el movimiento obrero tuvo que atravesar un largo camino hasta lograr la protección jurídica que hoy tiene universalmente reconocida.

Este tránsito hasta la consagración de la organización sindical como un derecho fundamental de los trabajadores atravesó por distintas etapas que se han sucedido de manera similar tanto en nuestro país como en la mayoría de las naciones a partir del surgimiento del régimen liberal y el advenimiento en forma contemporánea del industrialismo.² Si bien el nacimiento de las organizaciones sindicales difiere en el tiempo, de acuerdo con el avance del capitalismo en cada país, se puede afirmar que la evolución ha sido similar en todos los países, comenzando con una etapa de prohibición, seguida por una de tolerancia hasta alcanzar el reconocimiento jurídico y ser incorporada en los textos constitucionales con el rango de derecho fundamental.

Claro que las tres fases en su consolidación jurídica³ no siempre han tenido un recorrido lineal, sino que se presentaron en períodos de avance alternados

1. Capón Filas, R. (1993). *El nuevo derecho sindical argentino*. La Plata: Librería Editora Platense, pp. 109 y 113.

2. Conforme el esquema evolutivo descripto por Mazzoni, G. (1947). *La conquista della libertà sindacale*. Roma: Edizione Leonardo, pp. 72 y ss.

3. Algunos autores le agregan una cuarta etapa, posterior, de "cooptación" de las organizaciones sindicales, aspecto sobre el cual se volverá más adelante.

con períodos de regresión derivados de las vicisitudes socio-económicas y principalmente políticas de cada Nación, que impulsan etapas progresistas con otras de retroceso, como las que se han registrado en Argentina en las últimas décadas.⁴ El ciclo completo supone saltos y retrocesos, de los que los más conocidos tienen lugar con las dictaduras, y con frecuencia se observa una vuelta a la prohibición o la tolerancia tras haber alcanzado el reconocimiento estatal, por no hablar de situaciones híbridas en donde se reconoce un sindicalismo despojado de medios de acción o controlado de lleno por los poderes públicos.⁵

Las etapas identificadas por la doctrina son las siguientes:

2.1. Etapa de prohibición

El liberalismo, cuyo hito simbólico ha sido la revolución francesa, se ha caracterizado por abolir las instituciones del Antiguo Régimen (corporaciones, privilegios, monopolios del comercio o de la industria, generalmente reservados a ciertas clases) y por la predominancia de una nueva concepción basada sobre la igualdad formal y la exaltación de la libertad a ultranza (libertad de trabajo, de industria, de contratación, de acceso a la propiedad, etc.). Bajo este pensamiento no cabían las organizaciones colectivas que se consideraban interferencias en la libre negociación y en el normal desenvolvimiento del mercado.

Entre las organizaciones que fueron prohibidas se encontraba, por ejemplo, la de los *compagnonnages*, hermandades de oficiales que aparecieron en el siglo XII y se desarrollaron por causa de los obstáculos crecientes dentro de los gremios que dificultaban la obtención de la maestría. Por ello, cuando en 1791 se suprimen los gremios, no se vislumbraba el inconveniente en prohibir también las demás asociaciones profesionales que, como ya se señaló, se entendían contrarias a la voluntad general de todos los ciudadanos.

4. Corte, N. T. (1991). *Regulación de la huelga en los servicios esenciales*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, p. 23.

5. Tal como agudamente lo señala Ojeda Avilés, A. (1995). *Derecho sindical*. Madrid: Tecnos, p. 100.

El ejemplo más citado respecto de este tipo de prohibiciones es la ley Le Chapelier de 1791 que establecía en su artículo 1: “siendo una de las bases fundamentales de la Constitución francesa la abolición de toda clase de corporaciones de ciudadanos del mismo estado o profesión, queda prohibido establecerlas de hecho, bajo cualquier pretexto o cualquier forma”. Esta misma ley prohibía la realización de huelgas o cualquier otro accionar que pudiera alterar la libertad de mercado, a través de la siguiente redacción:

Si, contra los principios de la libertad y la Constitución, ciudadanos de la misma profesión, arte u oficio se confabulan y conciertan para rehusar al ejercicio de su industria o de su trabajo, o no acceden a prestarlos sino por un precio determinado, tales acuerdos y confabulaciones, acompañadas o no de juramento, serán declarados inconstitucionales y atentatorios a la libertad y la Declaración de los Derechos del Hombre (art. 4).⁶

La preocupación de esta ley, según señala Ojeda Avilés, era garantizar la libertad de industria y de trabajo frente a quienes pretendieran coartarla y, a tal propósito, los calificaba con dureza, como grupos sediciosos, perseguibles por la vía criminal como perturbadores del orden público, con condenas pecuniarias y de privación de la libertad por sus actividades “contra el libre ejercicio de la industria y del trabajo” (arts. 6 a 8). Esta ley prohibía que los profesionales, empresarios u obreros pudieran reunirse, designar autoridades, adoptar resoluciones o establecer reglamentos sobre sus intereses comunes.

Aunque Le Chapelier pensaba en toda clase de asociaciones profesionales, tanto de obreros como de empresarios, en la práctica se manifestó una tolerancia hacia las uniones patronales, mientras se acentuaba la represión de los grupos obreros.

De un modo similar, en Gran Bretaña, las *Combinations Acts* de 1799 y 1800 declaraban ilegales todos los convenios celebrados por los trabajadores

6. Merece destacarse un fragmento del discurso de Le Chapelier en la Asamblea Constituyente el 14 de junio de 1791, citado por Ojeda Avilés, en el que fundamentaba esta disposición: “no hay corporación en el Estado. No hay sino interés particular del individuo e interés general. No está permitido a nadie inspirar a los ciudadanos un interés intermedio, separarlos de la cosa pública por un espíritu de corporación” [Caire, G. (1976). *Liberté syndicale et développement économique*. Ginebra: BIT, p. 41].

para obtener incremento de salarios o disminución de jornadas de trabajo, calificándoselos como conspiraciones contra la libertad de comercio e industria. También en estos casos el quebrantamiento de sus disposiciones daba lugar a la aplicación de sanciones penales. El origen de estas leyes, sin embargo, era diferente. Obedecían a una antigua elaboración jurisprudencial del *Common Law*, que consideraba contrario al interés público todo pacto limitativo de la libertad de comercio individual. Esta vieja jurisprudencia, unida a las teorías económicas en boga sobre la libre competencia son las que sirven de fundamento en 1799 a las Leyes sobre Coaliciones o “contra las combinaciones” ya mencionadas.

Este tipo de leyes se reproduce en numerosos países, incluso aquellos que habían reconocido en sus tradiciones la libertad amplia de asociación, como Estados Unidos, Noruega o Suecia, cuya jurisprudencia siguió las pautas del *Common Law* británico y otros que, como Bélgica o Dinamarca, habían consagrado expresamente dicha libertad en sus constituciones.

Estas prohibiciones, sin embargo, no lograron evitar que de todos modos se crearan organizaciones sindicales que desplegaran su accionar y que, incluso, obtuvieran mejoras en las condiciones de trabajo a través de la lucha. El contexto jurídico represivo obligaba a los trabajadores a desarrollar su actividad en la clandestinidad o bajo la cobertura de otro tipo de asociaciones, de socorros mutuos, hermandades y otras. A través de estas pantallas lograban actuar a pesar de la prohibición legal.

En Argentina, ha ocurrido algo similar, dentro de las particularidades propias de nuestro continente y de las características de nuestra nación. La etapa de prohibición de las organizaciones sindicales y su accionar fue algo más solapada desde el punto de vista jurídico y mucho más cruenta en el plano de los hechos.

Desde el punto de vista jurídico, existía un conjunto de normas, desde 1912,⁷ que con mayor o menor claridad reconocían la existencia de las asociaciones sindicales y con ella su legalidad.⁸

En efecto, si bien no existió una ley que vedara la creación de asociaciones sindicales, ni se incluyó en el código penal el delito de coalición, sí se dictaron otras leyes que tendían a los mismos fines y, fundamentalmente, las autoridades le dieron una aplicación que, en los hechos, significaba un menoscabo directo al derecho bajo análisis. Entre las normas dictadas pueden mencionarse la Ley N° 4144, denominada Ley de Residencia, que autorizaba al Poder Ejecutivo a disponer la expulsión de los extranjeros cuya conducta perturbara el orden público o a prohibir la entrada de aquellos cuyos antecedentes hicieran presumir comportamientos similares, precisamente en una época en que los precursores del sindicalismo argentino eran en su gran mayoría de origen europeo. Además, no puede soslayarse la coincidencia temporal entre la sanción de esta ley y los movimientos huelguísticos de principios de siglo. Luego se dictó la Ley N° 7029 de Defensa Social que sancionaba con penas, que podían llegar a la pena capital, los actos de perturbación o peligro en reuniones públicas, la propagación de ideas anarquistas o la instigación al ataque violento contra los funcionarios de gobierno o contra las instituciones estata-

7. Con el dictado de la Ley N° 8999 de creación del Departamento Nacional del Trabajo que, entre sus funciones, tenía la de “mediar en los conflictos entre el capital y el trabajo” lo que implicaba el reconocimiento de la existencia de sujetos colectivos laborales.

8. La Ley N° 9148 (1913) sobre agencia de colocaciones establecía que debía constituirse una comisión paritaria integrada por representantes que debía designar el Departamento Nacional del Trabajo a propuesta de las organizaciones patronales u obreras más representativas con el objeto de ser consultadas sobre el funcionamiento del Registro de Colocaciones y Agencias. A su vez, la Ley de Jornada de Trabajo, N° 11544 (1929) señalaba que el Poder Ejecutivo debía oír a “las organizaciones patronales y obreras representativas de la industria, rama de industria, comercio u otra actividad que presente destacadas características profesionales” a los fines de dictar los reglamentos especiales. También la Ley N° 11317 (1924) sobre trabajo de menores y mujeres, reconocía a las asociaciones obreras la potestad de denunciar y acusar criminalmente a los infractores. En el mismo sentido, la Ley N° 11338 (1926) que prohibía el trabajo nocturno en las panaderías, disponía que esa prohibición no correría siempre que un interés público lo requiriera y que “fuere convenido entre las respectivas organizaciones patronales y obreras”. Ver Etala, C. A. (2002). *Derecho colectivo del trabajo*. Buenos Aires: Astrea, p. 35.

les. En especial se reprimía severamente la fabricación, tenencia y circulación de explosivos que eran los instrumentos utilizados por el anarco sindicalismo en sus luchas reivindicativas o revolucionarias.

Dentro de los hechos más notorios que evidencian la actitud prohibitiva de parte del Estado se pueden destacar las brutales matanzas conocidas como “la semana trágica” de enero de 1919⁹ y “la Patagonia trágica”¹⁰ en 1921.

2.2. Etapa de tolerancia

El fracaso de las políticas represivas que, como se señalara, no lograron evitar el desarrollo del sindicalismo, sumado al hecho de que la opinión pública comprendía paulatinamente las razones de la solidaridad obrera y que el sufragio universal daba lugar en los parlamentos a las doctrinas del socialismo y el socialcristianismo, generando al mismo tiempo un consenso sobre la inconveniencia de las leyes represivas, comenzó un etapa caracterizada por la derogación de las normas que prohibían las organizaciones sindicales y que establecían el delito de coalición. En 1824 Gran Bretaña deroga las leyes sobre coaliciones y, en los años siguientes, se insistió en la consideración no delictiva del sindicalismo en cuanto tal, aunque se crearon otros tipos delictivos dirigidos específicamente contra determinadas acciones sindicales. En 1864 Francia hace lo propio, eliminando los delitos de coalición y de huelga del Código Penal. En 1866 se deroga la ley en Bélgica, en 1869 en Alemania del Norte y luego en Austria (1870),

9. Los obreros de los talleres metalúrgicos Vasena iniciaron una huelga en reclamo de una jornada de 8 horas diarias y contra la reducción salarial y el despido arbitrario. Los empresarios se valieron de una suerte de grupo parapolicial (Liga Patriótica) para que juntamente con las fuerzas del orden persiguieran a los obreros, generando centenares de muertos. Hubo saqueos a armerías, incendio de iglesias, toma de talleres. El general Dellepiane fue quien dirigió esta salvaje represión a la rebelión que duró una semana.

10. También conocida como “La Patagonia rebelde”, se originó con las huelgas organizadas por los peones rurales y se desencadenó con el envío, por parte del gobierno nacional, del 10° Regimiento de Caballería, al mando del teniente coronel Héctor Varela, cuya actitud represiva no tuvo límites: ordenó fusilamientos en masa, obligó a las víctimas a cavar sus propias tumbas antes de la ejecución, encerró a huelguistas en graneros a los que luego se prendía fuego. Los anarquistas denunciaron el asesinato de 1.500 personas, pero nunca hubo cifras oficiales.

Holanda (1872) e Italia (1890). De todas formas, en estos países no se derogaron los delitos de atentado contra la libertad de trabajo e industria. En Estados Unidos se admitió la licitud de los sindicatos mediante una jurisprudencia de 1842 con la sentencia del Tribunal Supremo de Massachussets *Commonwealth versus Hunt*. Acto seguido los jueces norteamericanos utilizaron como técnicas antisindicales las *injunctions* o interdictos contra las huelgas y demás acciones colectivas de los trabajadores.

Como consecuencia de estos cambios en la legislación, las organizaciones sindicales dejaron de estar prohibidas, pero pasaron a ser consideradas como una manifestación de la libertad genérica de asociación, sin la protección y el tratamiento especial del que gozan hoy las asociaciones sindicales. Los acuerdos colectivos que se celebraban eran considerados simples “acuerdos de caballeros” no ejecutables judicialmente, o bien, sometidos en cuanto a sus efectos al régimen general de los contratos civiles.

En nuestro país, la aplicación de políticas represivas recién mermó con la aparición del peronismo y en forma coincidente con la sanción de normas que no solo toleraban el funcionamiento de las asociaciones sindicales, sino que protegían su accionar a través de instrumentos específicos destinados a garantizar la libertad sindical en todos sus aspectos.

2.3. Etapa del reconocimiento jurídico

La siguiente etapa, desde el punto de vista normativo, surge en el mundo capitalista a partir de la ineficiencia del sistema penal para controlar un movimiento como el que iniciaron los trabajadores, producto del descontento generado por la injusticia social propia del sistema salvaje de explotación al que estaban sometidos y con la toma de conciencia, por parte de los Estados, de que sin el sindicalismo, la impotencia del trabajador individual para mejorar su suerte lo lleva a la politización revolucionaria de su descontento. Las insurrecciones obreras de los sistemas represivos dejan paso al conflicto industrial allí donde hay un sindicalismo fuerte, como el símil del recipiente a presión la válvula de escape.¹¹

11. Conf. Ojeda Avilés, A. (1995), *op. cit.*, p. 30.

Por ello, los ordenamientos jurídicos que, por cierto, suelen responder a los intereses de los sectores privilegiados con el reparto económico desigual y que tienen una tendencia general a la defensa y conservación del sistema instaurado, advirtieron que la integración jurídica del conflicto es más útil a los fines de mantener el statu quo. En efecto, se constata que legalizar a las organizaciones obreras y a los mecanismos de autotutela resulta más ventajoso que su represión, entre otras razones, porque la experiencia puso en evidencia la ineficacia de los intentos de anular el conflicto, aun con los métodos más contundentes con los que cuenta el derecho para reprimir aquellas conductas que considera disvaliosas.

Es que, a pesar de las medidas más represivas, las organizaciones obreras actuaban en la clandestinidad, los obreros acudían de todas formas a las huelgas, se había agravado el sentimiento de hostilidad entre patronos y obreros, potenciando la violencia en los conflictos laborales y, además, las organizaciones obreras comenzaban a actuar en el ámbito político rompiendo la barrera del mundo de la fábrica.¹²

En efecto, por un lado, no se conseguía sofocar al movimiento obrero en sus reivindicaciones y, por otro, se advertía que la huelga como movimiento masivo “no es apto para ser sometido a una disciplina represiva penal, salvo poniendo en crisis la entera organización judicial y penitenciaria”¹³

Está claro, entonces, que la evolución jurídica de la consideración de las relaciones colectivas del trabajo no responde a una actitud caritativa de los poderes públicos que deseaban ver satisfechas las necesidades de la población y eliminadas las desigualdades sociales de la faz de la tierra, sino que se trató de un cambio motivado en la ineficacia que había tenido hasta este momento el uso de la maquinaria represiva más expeditiva –la penal– para terminar con las manifestaciones de protesta obreras.

No obstante ello, también el movimiento obrero auspició y recibió con agrado estos cambios sucedidos a la par del desarrollo del Derecho del Tra-

12. Sánchez Martínez, M. O. (1997). *La huelga ante el derecho: conflictos, valores y normas*. Madrid: Dykinson, p. 113.

13. Valdes Dal-Re, F. (1975). Notas para una reelaboración crítica del marco normativo de la huelga (1936-1975). *Revista de Trabajo*, (52), 226.

bajo y de la Seguridad Social, en tanto permitió a los trabajadores conseguir mejoras en las condiciones de vida y de trabajo y poner en funcionamiento nuevos mecanismos de distribución de la riqueza social, tendencialmente orientados hacia la consecución de la igualdad sustancial.¹⁴

Es que, como señala Segura, la relación entre los sindicatos y el derecho, en definitiva, “está íntimamente relacionada con el carácter ambivalente del Derecho del Trabajo, en tanto puede aparecer ora como derecho de los trabajadores ora como derecho del capital”¹⁵

Con este escenario de progresos sociales propios de la luminosa expansión keynesiana, el sistema (“Estado Social de Derecho”) no parecía correr riesgos de ser sustituido. En el marco de esta situación social, económica y política, propia del Estado de Bienestar, la realidad era aceptada por los trabajadores sin grandes pretensiones de producir cambios de fondo.

A partir de la necesidad de dar una respuesta que excediera a las insuficientes previsiones del régimen común de las asociaciones y de los contratos, se comienzan a dictar regímenes legales específicos que reglamentan la existencia, constitución, representatividad y potestades de los sindicatos.

Donde mejor se observa el avance es en la ley británica sobre sindicatos (*Trade Union Act*, 1871) que le quita el carácter delictivo a las organizaciones obreras y, a continuación, las califica como entidades civilmente lícitas, cuyos acuerdos específicamente sindicales no pueden ser anulados por los jueces, aunque tampoco amparados por ellos.¹⁶ De todos modos, el cumplimiento

14. Baylos Grau, A. (1991). *Derecho del trabajo: modelo para armar*. Madrid: Trotta, p. 57.

15. Segura, A. (1991). El decreto 2184 reglamentario del derecho de huelga en los servicios esenciales: desactivación de su faz represiva. *Revista Derecho del Trabajo (La Ley)*, (1991-A), 573.

16. Ley Sindical de 1871, sección 2: “Por el solo hecho de que un sindicato tenga finalidades contrarias a la libertad de comercio no será considerado como una asociación delictiva, ni podrán sus miembros, por tal razón, ser acusados del delito de conspiración u otro cualquiera”. Sección 3: “Por el solo hecho de que un sindicato tenga finalidades contrarias a la libertad de comercio no será considerado como una entidad civilmente ilícita, ni sólo por esta razón serán nulos o anulables los acuerdos o actos de disposición de propiedad celebrados o realizados por el mismo”. Sección 4: “Nada de lo previsto en esta ley permite a ningún tribunal admitir pretensiones ante él cuyo objeto directo sea ejecutar u obtener una indem-

de estos pactos (considerados solo con la fuerza vinculante de un “pacto de caballeros”) sí era exigible en forma individual, a través de la ficción de que lo convenido colectivamente se halla incorporado a los contratos individuales de trabajo, como se ha reconocido históricamente.

En 1875 se dicta la *Conspiracy and Protection of Property Act* que toleraba las medidas de conflicto colectivo, determinando que una coalición de dos o más personas dirigida a cumplir o hacer cumplir una medida de conflicto industrial no podía ser perseguida por conspiración, cuando el mismo acto no fuera punible como delito de ser realizado por una persona aislada.

En Francia, la ley Waldeck-Rousseau, de 1884, incorporada luego al Libro III del *Code du Travail*, suprimió la exigencia de que a las reuniones sindicales asistiera un representante gubernativo y, respecto de la constitución de un sindicato, dispuso que podían hacerlo “libremente y sin la autorización del gobierno”, reduciendo las exigencias formales exclusivamente al depósito de los estatutos y de la lista de sus dirigentes o administradores en el municipio donde tenga su sede y, en París, en la Prefectura del Sena.

A partir de estas permisiones, el sindicalismo comienza a expandirse, se crean las centrales en todos los países y se gestan experiencias comprensivas de la clase obrera en su conjunto, como los sindicatos generales e industriales en Gran Bretaña, o la huelga general en Bélgica. A fines de siglo, en Europa, los poderes públicos comienzan a adoptar una actitud promocional de la autonomía colectiva, otorgándole eficacia *erga omnes* a los convenios colectivos y, por lo tanto, obligatoriedad para todos los empresarios y trabajadores comprendidos en el ámbito de la negociación, aunque no estuvieran afiliados a las asociaciones que lo celebraron. Durante el siglo XX, la legislación continuaría avanzando a través del reconocimiento no solo de la eficacia general de los convenios sino también admitiendo la huelga, los comités de empresa o delegados del personal, ampliando los derechos de los sindicatos, etc., sobre todo a partir de 1935

nización de daños y perjuicios por ruptura de cualquiera de los siguientes tipos de pacto: 1) cualquier acuerdo, entre miembros de un sindicato como tal, relativo a las condiciones en que los miembros de tal sindicato deben o no deben vender sus mercancías, realizar sus negocios, emplearse o ser empleados”.

cuando se dicta, en Estados Unidos, la ley Wagner que serviría de antecedente al resto de las legislaciones protectorias de la actividad sindical.¹⁷

Finalmente, la consolidación jurídica del derecho sindical tiene su cenit a partir de la incorporación de estos derechos en los textos constitucionales y su reconocimiento como derechos fundamentales de los ciudadanos.

La primera constitución que incluye los derechos sociales en su texto es la constitución mexicana de Querétaro, en 1917, que admitió expresamente, entre otros, el derecho de asociarse en defensa de sus intereses tanto a trabajadores como a empresarios. Le sigue la constitución alemana de Weimar, en 1919, año coincidente con la creación de la Organización Internacional del Trabajo que universalizó el concepto de que la libertad sindical es un bien jurídico esencial que debe tutelarse en todas las naciones.

En lo que respecta a nuestro país, recién a partir de 1945 se inicia una decidida etapa de reconocimiento jurídico de las asociaciones sindicales y de sus derechos, al entrar en vigencia el Decreto Ley N° 23852 del 2 de octubre de 1945, norma reforzada a los pocos años por la reforma constitucional de 1949 y ratificada luego, a pesar de la irrupción de un gobierno de facto, por la constitución de 1957.

d) Etapa de la cooptación: algunos autores, a partir de la experiencia observada en la vida de algunas asociaciones sindicales, han identificado una

17. Es interesante el texto de la exposición de motivos de esta norma en cuanto señala que “la desigualdad de poderes negociales entre trabajadores que no poseen plena libertad de asociación o libertad real para contratar, y empleadores que están organizados en sociedades u otras formas de asociación patrimonial, limita y afecta sustancialmente la fluidez del comercio, y tiende a agravar las depresiones mercantiles recurrentes, al disminuir los niveles salariales y el poder adquisitivo de los trabajadores en la industria, y al impedir la estabilización de niveles competitivos de salarios dentro de y entre los sectores industriales. La experiencia ha demostrado que la protección legal del derecho de los trabajadores a organizarse y a negociar colectivamente protege el comercio de perjuicios, deterioros e interrupciones, y promueve la fluidez mercantil al remover ciertas causas reconocidas de conflicto e intranquilidad laborales, al estimular prácticas fundamentales para la composición amistosa de enfrentamientos laborales surgidos de diferencias sobre salarios, jornada y otras condiciones de trabajo, y al restaurar la igualdad de poder negocial entre empleadores y trabajadores”.

cuarta etapa por la que pueden atravesar las asociaciones sindicales en cuanto a su posición en el ordenamiento jurídico.

Así, Capón Filas señala que “la historia del movimiento de los trabajadores indica cuatro etapas en la relación entre norma estatal y autonomía sectorial: represión, tolerancia, constitucionalización, cooptación”.

La cooptación consiste en la elección de un miembro de una asociación por parte de sus integrantes: por extensión, el término se aplica cuando se eligen personas de grupos opuestos para influir sobre ellos y hacerlos funcionales a los propios fines. En el caso de las entidades sindicales, cuando el gobierno, los partidos políticos, los empleadores influyen en los sindicatos a tal grado que los hacen funcionales a sus proyectos pero no a los intereses de los trabajadores. Estas maniobras suelen ir acompañadas por la corrupción de los dirigentes sindicales.¹⁸

Esta instancia, señala Capón Filas, “es peligrosa porque instrumentaliza los sindicatos para fines económicos o políticos ajenos a los derechos y pretensiones de los trabajadores”. El interés de los trabajadores es lo que tipifica la entidad, hasta tal punto que solamente será considerada asociación sindical si tiene como objetivo la defensa y promoción de aquel interés. Si así no fuese, la entidad formada por trabajadores puede ser una asociación mutual o de otra índole, pero nunca será un sindicato. Dicho interés se relaciona con la calidad de vida y las condiciones de trabajo. Se resume en una sola palabra: democratización de la sociedad civil en sus cuatro elementos (social, cultural, económico, político).¹⁹

Desde un punto de vista similar, Alejandro Segura advierte que “la visión tradicional ha detenido esta mirada dinámica de libertad sindical, contando la historia como un transcurrir pasado: [a]nteayer la prohibición, ayer la tolerancia, hoy el reconocimiento. Como si ese reconocimiento fuera el fin de la historia” y advierte que existe cooptación cuando la asociación sindical deja de cumplir con la función sindical dirigida a defender el interés de los trabajadores.

18. Capón Filas, R. (1993), *op. cit.*, p. 124.

19. *Ibid.*, pp. 109 y 113.

3. Tipos de relaciones colectivas

El derecho sindical comprende el análisis jurídico de las relaciones colectivas de trabajo, pero no debe estudiarse como si fuera la segunda parte del Derecho del Trabajo, luego de haberse sumergido en el análisis del derecho que regula las relaciones individuales del trabajo.

En todo caso, debiera ser al revés. Porque, a raíz de las relaciones industriales que dieron origen a esta novedosa vinculación anudada entre obreros y patronos, así como inmediatamente después a las relaciones de los obreros entre sí y, luego, de ellos colectivamente con los patronos, es como nace el Derecho del Trabajo en tanto disciplina autónoma. Este conjunto de normas sistematizadas y orientadas con una misma finalidad (la integración jurídica del conflicto industrial) nació más como la necesidad de dar respuesta a la ruptura de la armonía que producían las relaciones colectivas del trabajo que a regular, de una manera equilibrada y justa, la relación individual entre trabajador y empresario.

No han sido la búsqueda de soluciones a las injusticias e inequidades generadas por un sistema que permite la explotación del hombre por el hombre ni la erradicación de la miseria e indignidades generadas por el capitalismo sin límites los factores que han motivado la preocupación internacional por las condiciones de trabajo, sino la puesta en peligro de la paz social que desencadenaba, precisamente, la reacción natural del ser humano contra la opresión.

Es por ello que el derecho individual del trabajo tiene como origen, como fuente productora, a las relaciones colectivas desencadenadas por la falta de una regulación destinada a poner límites a la explotación capitalista.

Las relaciones colectivas se han manifestado fundamentalmente en tres planos que, por cierto, conforman una unidad pero que, teniendo en cuenta además que suelen estar regulados a través de normas diferenciadas, al solo efecto didáctico y como cuestión meramente metodológica, la doctrina ha analizado por separado. Se trata de las relaciones de asociación, las relaciones de negociación y las relaciones de conflicto que, necesariamente se entrecruzan, son interdependientes pero que es posible segmentarlas a los efectos de su estudio.

3.1. Relaciones de asociación

Se denomina relaciones de asociación a aquellas que se desarrollan entre los trabajadores. La forma típica e institucionalizada de este tipo de relaciones es a través del sindicato, pero no es la única. También se traban relaciones de asociación transitorias, denominadas coaliciones, destinadas a cumplir un fin determinado y desaparecer o transformarse en una asociación sindical (coalición de carácter permanente). A su vez, las relaciones de asociación han adquirido una mayor complejidad a través de la conformación de asociaciones de segundo grado (asociaciones de sindicatos) y de tercer grado, tanto nacionales como también internacionales.

El estudio del derecho de las asociaciones sindicales en nuestro país nos remite a la Constitución Nacional en primer término (art. 14 bis) y fundamentalmente a la detallada regulación de su constitución y funcionamiento que efectúa la Ley N° 23551 sancionada en 1988 y su Decreto Reglamentario N° 467/88, ambas normas publicadas en el Boletín Oficial el 22/4/88.

3.2. Relaciones de negociación

Las relaciones de negociación son aquellas que se traban entre el colectivo de trabajadores, generalmente a través de la asociación sindical respectiva, y un empleador o un grupo de empleadores. Las relaciones de negociación pueden concluir en un acuerdo o no. La forma típica institucionalizada en la que se manifiesta el resultado de la negociación es el convenio colectivo de trabajo, pero no es la única, dado que podría ocurrir que se arribara a acuerdos atípicos o que no cumplan con los recaudos que la reglamentación exige para dotar al acuerdo de los efectos jurídicos de un convenio colectivo. En nuestro país la reglamentación del derecho constitucional de concertar convenios colectivos de trabajo (art. 14 bis) se encuentra dada por la Ley N° 14250, sancionada en 1953 y reformada por última vez en el año 2004 a través de la Ley N° 25877, por la Ley N° 23546 y los decretos reglamentarios de esas normas.

3.3. Relaciones de conflicto

Las relaciones de conflicto también se manifiestan entre un colectivo de trabajadores y un empleador o varios empleadores a través de medidas de fuerza. El conflicto, en realidad, se halla siempre presente en la relación obreiro-patronal como consecuencia del carácter contrapuesto de sus intereses. Cuando nos referimos a las relaciones de conflicto estamos aludiendo específicamente a la materialización de esa contraposición dialéctica por medio de acciones dirigidas a presionar a la otra, de modo de incidir en su voluntad para que se vea forzada a aceptar una determinada pretensión.

Las acciones o medidas de fuerza tienen su manifestación representativa en la huelga típica, consistente en una abstención concertada y colectiva de la prestación de trabajo, pero esta tampoco es la única forma de expresión del conflicto laboral. Existe un interminable listado de acciones que han adoptado los trabajadores, e incluso los empleadores, en defensa de sus intereses.

En nuestro país el ejercicio de la huelga se encuentra reconocido en la Constitución nacional en cabeza de los gremios y la Ley N° 23551 agrega que las asociaciones sindicales tienen el derecho de “ejercer el derecho de huelga y el de adoptar demás medidas legítimas de acción sindical”. A su vez, el ejercicio de este derecho ha sido reglamentado por la Ley N° 14786 de Conciliación Obligatoria y Arbitraje Voluntario y también por la Ley N° 25877 (y su Decreto Reglamentario N° 272/06) en lo referente a los conflictos en los denominados “servicios esenciales para la comunidad”.

Capítulo 2

Las asociaciones sindicales

1. Las asociaciones sindicales

La necesidad de defender intereses comunes, como puede ser el mejoramiento de las condiciones de trabajo y con ello de las condiciones de vida, es un dato constante de la vida en sociedad. Partiendo de la clasificación que efectúa Mántaras y aplicándola a las relaciones colectivas de asociación en el marco del conflicto laboral, los grupos de trabajadores pueden clasificarse de acuerdo con las siguientes categorías: a) individuos no reunidos ni organizados (ex trabajadores de una misma empresa o actividad); b) individuos reunidos pero no organizados (la masa); c) individuos no reunidos, pero organizados (la asociación sindical) y d) individuos reunidos y organizados (una asamblea o una marcha de trabajadores).

Entonces, la asociación sindical es, esencialmente, una coalición permanente de trabajadores que se relacionan en forma solidaria y organizada con la finalidad de defender sus intereses, sin que sea determinante que estén constantemente reunidos.

Cuando hablamos de sindicato o de asociación sindical de trabajadores, debemos recalcar que en la Ley N° 23551 no es posible identificar una definición precisa, como tampoco en su Decreto Reglamentario N° 467/88.

En el artículo 10 del Convenio N° 87 de la OIT¹ se hace referencia a la asociación sindical como “toda organización de trabajadores o de empleadores que tenga por objeto fomentar y defender los intereses de los trabajadores o de los empleadores”.

Intentaremos acercarnos a una definición más específica a partir de ciertas características de la asociación sindical, tales como su forma, sus fines, su carácter, entre otros que a continuación se detallarán.

En primer lugar, el sindicato adopta una forma: la asociación. Esta asociación no tiene fines de lucro, es un grupo social organizado, lo que implica que es diferente y autónomo de sus miembros, es de carácter permanente y tiene fines profesionales.

Justo López lo define como “grupo social organizado particular de base asociativa, sin fin de lucro y no paritario”,² a lo cual le agrega que es “de carácter permanente”.

Tal definición es apropiada, sin embargo, es acertado añadir una característica sumamente relevante: el sindicato está basado en la profesionalidad.

Resulta correcto señalar que los fines profesionales están estrechamente ligados con el principio de especialidad –desarrollado en apartados siguientes–, a través del cual la asociación sindical se diferencia de cualquier otra asociación.

Existe una muy amplia gama de definiciones de sindicato que pueden ser consideradas, así es que también puede definirse como “una asociación libre, voluntaria y democrática, cuyo principal anhelo y cometido es mejorar la situación económica y social de sus afiliados, así como también la de todos los asalariados. Su labor no está limitada en el tiempo y su fundamento es la solidaridad de los trabajadores que se basa en la coincidencia de intereses”.³

Palomeque López define al sindicato como “la organización permanente de trabajadores asalariados para la representación y defensa de sus intereses

1. Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948.

2. López, J. (1972). La asociación profesional como asociación: personalidad y poder disciplinario. *Revista Derecho del Trabajo*, XXXII, 5.

3. Etala, C. A. (2002), *op. cit.*, p. 119.

generales frente al empresario y sus organizaciones y, eventualmente, frente a cualesquiera otros sujetos de carácter privado o público”⁴

La Ley de Asociaciones Sindicales, en forma todavía más escueta, establece que “las asociaciones que tengan por objeto la defensa de los intereses de los trabajadores se regirán por esta ley” (art. 2).

Existen otras formas de coalición de trabajadores que no llegan a constituir verdaderas asociaciones sindicales.

Así, al margen de los sindicatos, pueden manifestarse, por un lado, las *coaliciones transitorias*, conformadas por grupos de trabajadores que se organizan para obtener un resultado determinado y una vez obtenido se disuelven. Por otro lado, los denominados *organismos parasindicales*, tales como las asambleas o consejos de fábrica; los consejos o comités de empresa; los comités de huelga; las comisiones o cuerpos de delegados, etc., los que también ejercen, paralelamente o al margen de los sindicatos, la titularidad de poderes propios de autonomía colectiva, como la negociación colectiva, que le ha sido reconocida en ciertos países (especialmente en Europa) y que se consideran comprendidos dentro de un concepto amplio de la libertad sindical.⁵

Las asociaciones sindicales, en sentido estricto, son pues aquellas que poseen carácter permanente⁶ y estructural. Para ello, deben contar con tres elementos esenciales:

a) un elemento formal o normativo: el régimen estatutario que regule los fines de la entidad, su forma organizativa, su ámbito de representación, los requisitos para ingresar como miembro, los derechos y obligaciones de los afiliados, el régimen disciplinario interno, los órganos de decisión, ejecución y administración, los procedimientos para la designación de quienes han de

4. Palomeque López, M. C. y Álvarez de la Rosa, M. (1999). *Derecho del trabajo*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, p. 377.

5. Corte, N. T. (1994). *El modelo sindical argentino*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, p. 103.

6. Las asociaciones sindicales son estables, con vocación de permanencia, lo que ha favorecido su progresiva consolidación y desarrollo, como así también la formación de una valiosa tradición sindical o “memoria colectiva” que les permite evolucionar positivamente. Cabe destacar que este aspecto, la permanencia, no ha sido destacado expresamente en la Ley N° 23551 como sí lo hacían las leyes N° 20615 y 22105.

desempeñar los cargos directivos y representativos y la actividad externa de la agrupación.

b) Un elemento humano o personal: los trabajadores afiliados, si se trata de una entidad de primer grado, o miembros de las entidades adheridas, si es una organización de segundo o tercer grado, ligados a la entidad por vínculos jurídicos cuyo contenido establecen las normas estatutarias y articulados jerárquicamente.

c) Un elemento patrimonial, consistente en los ingresos pecuniarios que la organización recauda en ejercicio de derechos propios –cuotas o cotizaciones, aportes permitidos de los empleadores– y en los bienes de diversa naturaleza que constituyen medios por los cuales se procura el cumplimiento de los fines de la asociación sindical.

La traducción normativa de esta clara conceptualización que efectúa Néstor Corte se encuentra en los requisitos que la ley y la autoridad administrativa del trabajo exigen para inscribir una asociación sindical.

Así, el Título VI de la Ley N° 23551, denominado “De la Inscripción”, en su artículo 21 dispone: “Las asociaciones presentarán ante la autoridad administrativa del trabajo solicitud de inscripción gremial haciendo constar:

- a) nombre, domicilio, patrimonio, y antecedentes de su fundación;
- b) lista de afiliados;
- c) nómina y nacionalidad de los integrantes de su organismo directivo;
- d) Estatutos”.

La presencia de estos requisitos es lo que marca la diferencia entre una asociación sindical en sentido estricto de otro tipo de coaliciones.

A su vez, las organizaciones sindicales se han constituido en nuestro país sobre la base de principios que orientan su constitución y su funcionamiento.

2. Principios de la organización sindical

2.1. Principio de pureza

Principio a raíz del cual la asociación profesional debe necesariamente unir en forma exclusiva a trabajadores. Por ende, es lógico sostener que tiende a evitar los sindicatos mixtos, pues considera que el empleador y trabajador son partes antagónicas.

Han existido algunas experiencias de sindicatos mixtos, lo cual se da cuando el empleador y el trabajador se nuclean en una misma organización, pero generalmente es imposible lograr la armonización, dado que la parte empresaria con el sector obrero jamás se lograrían poner de acuerdo teniendo la misma constitución en un único organismo; lógicamente que sí pueden ponerse de acuerdo si son dos organismos diferentes y luchan por sus intereses. La idea de los sindicatos mixtos es evitar el conflicto social y lo cierto es que alguna vez se intentó y el conflicto quedaba a nivel interno de la organización y no se canalizaba a nivel social.

En Argentina en toda su historia no ha existido norma que haya reconocido al sindicato mixto. Tal es así que actualmente en la Ley de Asociaciones Sindicales, N° 23551, la idea del sindicato mixto está implícitamente descartada. Lo mismo ocurrió respecto de las leyes anteriores tales como las N° 14455, 20615 y 22105.

2.2. Principio de especialidad

Los sindicatos, como sujetos de derecho, se caracterizan por representar a una especialidad dentro del área del trabajo. Así, este principio indica que las asociaciones sindicales persiguen intereses profesionales, aquellos que son propios y específicos del grupo en cuestión.

No obstante ello, el bienestar de un grupo determinado alcanza no solo sus intereses estrictamente laborales, sino también todo cuanto se relacione con sus condiciones de vida y de trabajo. Por ello la ley prescribe que “la

acción sindical contribuirá a remover los obstáculos que dificulten la realización plena del trabajador”.

2.3. Principio de autonomía o autarquía sindical

En realidad, no son lo mismo, pero en la práctica se habla como si lo fueran. Lo cierto es que la autarquía se refiere a la administración de las asociaciones, mientras que la autonomía es un concepto más amplio.

Cuando se habla del carácter autónomo de las asociaciones se refiere al hecho de que ellas se organizan, adoptan un nombre, dictan sus estatutos y desarrollan su programa de acción sin injerencia de terceros. En cambio, la autarquía es de tipo administrativa tanto en la percepción como en la administración de fondos. El sindicato es un ente autárquico, aunque el patrimonio puede estar afectado a alguna otra actividad, el sindicato puede constituir un patrimonio de afectación, es decir cooperativas, mutuales o asociaciones sin fines de lucro, que operan de manera separada en lo administrativo de lo que son los fondos del sindicato y, sin embargo, ello no es lesivo al principio de autarquía sindical porque esos patrimonios, aunque estén afectados a una actividad siguen siendo del sindicato. Lo que hay es distintas administraciones, no hay participación de un tercero, son patrimonios separados, pero de un mismo sujeto. Esto es muy importante porque impide que los sindicatos dependan económicamente del Estado o de partidos políticos.

En general, como ya se mencionó, se habla del principio de autonomía o autarquía sindical sin distinción, refiriéndose concretamente a la independencia que debe mantener la asociación frente al Estado, a los empleadores y a los organismos políticos, fundamentalmente referida al impedimento de recibir subsidios o cualquier tipo de apoyo económico de los organismos políticos y del sector empresarial. Actualmente tal impedimento se encuentra contemplado en el artículo 9 de la Ley N° 23551, en donde se establece que: “Las asociaciones sindicales no podrán recibir ayuda económica de empleadores, ni de organismos políticos nacionales o extranjeros. Esta prohibición no alcanza a los aportes que los empleadores efectúen en virtud de las normas legales o convencionales”.

2.4. Principio de no discriminación o de igualdad de trato

Este es un principio general del derecho que tiene aplicación también en el modo de organización sindical. Tal es así que los sindicatos no pueden reservarse el derecho de admisión, esto implica que la asociación no puede rechazar a un trabajador activo si cumple con los requisitos que exige el estatuto y, en este sentido, el artículo 2 del Convenio N° 87 de la OIT dispone que “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”. Consecuentemente los trabajadores de la actividad que pertenezcan al ámbito de representación del sindicato tienen derecho a afiliarse.

En lo que se refiere a la representación de los trabajadores desocupados, el artículo 14 de la Ley N° 23551 establece que por esa circunstancia el trabajador no perderá el derecho a pertenecer a la asociación respectiva, remitiéndose a lo que al respecto establezcan los estatutos sindicales, pero el artículo 6 del Decreto N° 467/88 reglamentario de dicha ley, avanzando más allá que el texto legal, limita la conservación de la afiliación de los trabajadores desocupados hasta transcurridos seis meses desde la ruptura de la relación laboral, plazo que es computado desde la finalización del mandato en aquellos trabajadores que desempeñen cargos representativos.

En la Ley N° 23551, el artículo 7 expresa que “las asociaciones sindicales no podrán establecer diferencias por razones ideológicas, políticas, sociales, de credo, nacionalidad, raza o sexo, debiendo abstenerse de dar un trato discriminatorio a los afiliados” a lo cual se le agrega que “lo dispuesto regirá también respecto de la relación entre una asociación de grado superior y otra de grado inferior”.

Capítulo 3

El modelo sindical argentino

1. Denominación

Las características del sindicalismo de un país o de una región, y de su concreta regulación jurídica, dependen de toda una constelación de factores económicos, sociales y políticos, de tradiciones y vivencias históricas. De esta forma, la legislación sindical puede adoptar distintas modalidades cuya perduración está sometida al vaivén de los regímenes políticos de cada momento.¹ Este mismo criterio ha llevado a Néstor Corte a afirmar que

un régimen legal que se elabore para regir esta particular especie de organizaciones sociales no puede en modo alguno prescindir de los datos de la experiencia práctica, los usos y costumbres, los valores y modos de comportamiento aceptados –o por lo menos tolerados– en las relaciones colectivas de trabajo”²

Esta es una constante en los modelos sindicales comparados y el caso argentino no ha sido una excepción.

Así, el sindicalismo argentino se ha manifestado y desarrollado a través de distintas formas y modalidades organizativas, hasta que llegó a adoptar un esquema propio y particular, consecuente con la realidad social y política parti-

1. Von Potobsky, G. (1981). Las organizaciones sindicales. En E. Córdova (dir.), *Las Relaciones Colectivas de Trabajo en América Latina*. Ginebra: OIT, p. 25.

2. Corte, N. T. (1994), *op. cit.*, p.12.

cular de la historia argentina, esquema que en líneas generales se ha mantenido vigente a pesar de los avatares de la vida política e institucional de este país e incluso a pesar de los intentos de forzar, a través de reformas legislativas, la estructura sindical adoptada por los trabajadores en la Argentina.

En efecto, a partir del dictado del Decreto N° 23852/45, la regulación normativa del funcionamiento de las asociaciones sindicales estuvo basada en los principios elementales que inspiran todavía hoy al modelo sindical argentino, con la sola excepción de las normas de facto 9270/56 y 22105, cuya intención clara era la de debilitar a las organizaciones sindicales. Entonces, puede afirmarse que, salvo estas excepciones, las normas que regularon el funcionamiento de las asociaciones sindicales, más allá de los matices que las diferenciaban, han recogido los principios elementales sobre los cuales los trabajadores decidieron fundar sus organizaciones y que se encuentran plasmados, actualmente, en la Ley N° 23551.

El “Modelo Sindical Argentino”³ es, pues, la denominación con la que se describe al específico modo de organización que se ha dado el movimiento obrero en esta región a partir de 1945 y que presenta características propias que lo distinguen de los demás tipos organizativos del resto del mundo. Es que el fenómeno sindical, como señala Monzón, presenta una acentuada sensibilidad nacional⁴ muchas veces difícil de comprender a partir de paradigmas construidos en otras latitudes. El sistema sindical argentino se ha edificado y ha llegado a adquirir una fortaleza⁵ poco frecuente en la expe-

3. Esta concreta denominación tiene su origen en el título de la obra de Néstor T. Corte sobre la Ley de Asociaciones Sindicales, editada por primera vez en 1988.

4. Monzón, M. D. (1974). El régimen de las asociaciones profesionales según la Ley 20.615. *Derecho del Trabajo*, XXXIV, 324 y ss.

5. Sobre las notas que demuestran esta fortaleza se destacan la alta sindicalización (ha llegado a superar el 90%), la existencia de grandes organizaciones de ámbito nacional, con una fuerte capacidad económica, todo lo cual les ha dado, además, un fuerte protagonismo político. Esta circunstancia ha permitido a las organizaciones sindicales ser una de las pocas organizaciones sociales que el modelo neoliberal no ha podido destruir. Según datos al 30/06/2001, en el país la tasa media de afiliación era del 39,55%. En épocas militares, dada la desactivación de la actividad política, la tasa aumenta. Ello tal vez porque las entidades sindicales constituyen el único refugio de los trabajadores. Durante el denominado Proceso de Reorganización Nacional llegó al 89%. Recuperado el sistema democrático la tasa volvió a

riencia comparada, y ello ha sido sobre la base de principios organizativos que, precisamente, contribuyen a erigir asociaciones con plena capacidad y en condiciones de cumplir con la función para la cual han sido creadas. Con ese objeto, para construir una herramienta capaz de confrontar con el capital en las mejores condiciones que el contexto social permita, es que la normativa actual en la Argentina promueve la libertad sindical, la democracia sindical y la concentración sindical como pilares sobre los cuales deben erigirse las asociaciones sindicales.

La construcción de asociaciones sindicales sobre la base de estos principios ha llevado a la existencia de asociaciones sindicales realmente poderosas y con capacidad suficiente como para incidir, no solo en el mejoramiento de las condiciones de trabajo incluidas dentro del ámbito específico de cada una de las organizaciones, sino también como factor de poder dentro de la realidad económica y política nacional. Claro está que, para garantizar el cumplimiento de estos objetivos, debe contarse con la presencia de los tres pilares básicos adoptados por nuestro ordenamiento jurídico: sindicatos que actúen con libertad sindical, fundamentalmente frente a los empleadores y frente al Estado; con democracia sindical interna, a fin de garantizar que las decisiones de la organización respondan a la voluntad de los trabajadores; y con la mayor fortaleza posible, de manera tal de permitir que tengan capacidad para negociar, para incidir en la voluntad de los empleadores y del Estado y para lograr transformaciones concretas en la realidad cotidiana de las personas que trabajan.

sus cauces anteriores. La realidad internacional demuestra las siguientes tasas de afiliación: Alemania Federal 42%; América Latina (promedio) 15%; Austria 62%; Australia 55%; Bélgica 60%; Brasil 12%; Chile 18%; Canadá 42%; Dinamarca 75%; España 14%; Estados Unidos 18%; Francia 19%; Italia 45%; Japón 29%; Países Bajos 38%; Paraguay 5%; Reino Unido 53%; Suecia 92%; Suiza 34%; Uruguay 22%. Conf. Capón Filas, R. (1993), *op. cit.*, p. 147.

2. Principios

Los principios son las ideas fundamentales e informadoras sobre las cuales se ha edificado la organización sindical, tanto en los hechos como desde el punto de vista normativo.

El modelo sindical argentino, instrumentado a través de las normas que regulan el funcionamiento de las asociaciones sindicales, promueve que las organizaciones de trabajadores se constituyan y desarrollen sobre la base de tres grandes principios: libertad sindical, democracia sindical y concentración sindical.

Los dos primeros son principios universalmente recogidos por los ordenamientos jurídicos comparados, incluso receptados en normas internacionales, como los convenios N° 87 y 98 de la OIT. En nuestro país tienen su fuente normativa en la propia Constitución Nacional en cuanto dispone que las leyes deben asegurar al trabajador “organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro”.

El principio de la concentración sindical, en cambio, es una característica propia del particular modo de organización del sindicalismo argentino y se encuentra regulado solamente en la Ley de asociaciones sindicales, a través de distintas disposiciones.

Estos principios rectores, como se acaba de señalar, se presentan y materializan por medio de diferentes reglas de aplicación que le dan operatividad a cada uno de ellos.

2.1. Libertad sindical

Desde sus inicios tiene dicho la OIT que la libertad sindical no implica solamente el derecho de los trabajadores y empleadores a constituir libremente las asociaciones de su elección, sino también el de las asociaciones mismas a entregarse a actividades lícitas en defensa de sus intereses profesionales.

En el mismo sentido, y en cuanto a su recepción normativa en los ordenamientos comparados, el concepto de libertad sindical ha evolucionado notoriamente. Ya no se refiere apenas al reconocimiento del derecho de los

individuos a constituir sindicatos, sino que actualmente posee un contenido complejo, tal como se acaba de señalar, y esta concepción amplia ha sido claramente receptada por el legislador nacional.

El modelo de libertad sindical de nuestra ley, se manifiesta de tres grandes modos:

a) a través del reconocimiento de un conjunto de derechos, individuales y colectivos, caracterizado en nuestro ordenamiento por incluir no solo su faz positiva (derecho de hacer), sino también una faz negativa (derecho de no hacer). Así, el sistema sindical argentino reconoce, entre otros derechos, el derecho a afiliarse pero también el derecho de no afiliarse y de desafiliarse, a diferencia de los modelos de otros países donde no se incluye como un elemento esencial de la libertad sindical el derecho de afiliación en su faz negativa (el derecho de no afiliarse y el de desafiliarse);⁶

b) por medio de la consagración del principio de independencia o autonomía sindical que garantiza la no injerencia de terceros (poderes públicos, empleadores y cualquier otra persona física o jurídica, incluso otra asociación sindical) tanto en lo concerniente a la constitución, a la vida interna y al accionar externo de la asociación sindical;

c) por medio del reconocimiento de un objeto sindical amplio, a diferencia de otros regímenes que limitan la capacidad de actuación de las asociaciones sindicales exclusivamente a la defensa de los intereses profesionales de los trabajadores, esto es, solo para conseguir, mejorar o mantener condiciones de trabajo (salarios, jornada, etc.).

En efecto, la libertad sindical también se manifiesta en la posibilidad que tienen los trabajadores de elegir sin restricciones las actividades que consideren útiles a los fines de mejorar sus condiciones de vida y de trabajo.

En sentido contrario, un modelo de regulación que circunscribe el objeto de las asociaciones sindicales solo a determinadas actividades (en general, exclusivamente profesionales) o que veda expresamente el cumplimiento de

6. Debe señalarse, por cierto, que los derechos de no afiliarse y de desafiliarse tampoco se encuentran incluidos en el Convenio N° 87 de la OIT, de modo tal que el organismo internacional no considera violatorio de la libertad sindical al régimen jurídico que los limite o sencillamente los desconozca.

determinadas funciones, puede calificarse como un modelo violatorio, o por lo menos restrictivo, de la libertad sindical.

En nuestro ordenamiento jurídico actual, la ley atribuye a las asociaciones sindicales capacidad para defender el interés de los trabajadores, entendido éste, en sentido amplio, como “todo cuanto se relacione con sus condiciones de vida y de trabajo” (art. 3, Ley N° 23551).

Ello no es más que el reconocimiento de una libertad que los trabajadores han ejercido tradicionalmente. La historia del sindicalismo de nuestro país demuestra que los trabajadores se han asociado no solo con la finalidad de incidir en la regulación de las condiciones de trabajo sino también han aprovechado la organización, los lazos y la fuerza que otorga la sumatoria de individualidades solidariamente unificadas para perseguir otros objetivos que contribuyen a la realización de cada uno de esos individuos como personas y al mejoramiento de su nivel y calidad de vida.

Así, las organizaciones de trabajadores han actuado siempre no solo en la lucha por mejores condiciones de trabajo sino también en el ámbito asistencial, cultural, social, deportivo, turístico, educativo –en todos los niveles–, en la conformación de entidades con fines solidarios como cooperativas y mutuales, en el ámbito de la salud, complementando el deficiente sistema sanitario estatal a través de la creación de las obras sociales sindicales; en la promoción de la defensa de los derechos humanos, de los derechos del consumidor, en cuestiones de género, ambientales y, por supuesto, en todo lo relacionado con la actividad política en todos sus sentidos: promoviendo la adopción por parte de los gobiernos de decisiones políticas y económicas vinculadas con el crecimiento económico del país y con la forma de distribución de la riqueza nacional y también apoyando candidatos en las contiendas electorales. En definitiva, la asociación sindical, como órgano de representación, actúa en todo lo que tiene que ver con la vida de los trabajadores en el país.

Debe destacarse que en el Tratado de Paz de Versalles, en donde se dispuso la creación de la OIT, se establece como principio general que los trabajadores tienen derecho de asociarse “para todos los fines que no sean contrarios a la ley” (art. 427), y que en el Convenio N° 87 de la OIT también se dispone que “el término organización significa toda organización de trabajadores o de em-

pleadores que tenga por objeto fomentar y defender los intereses de los trabajadores o de los empleadores” sin distinguir el tipo de interés de que se trata.

Nuestro sistema sindical ha adoptado siempre, en la práctica, y más allá de las denominaciones aparentemente restrictivas de algunas de las normas que regularon su funcionamiento,⁷ un criterio amplio en cuanto al objeto que puede desarrollar la asociación sindical (con la sola excepción de la Ley de facto N° 22105⁸).

2.2. Democracia sindical

La democracia sindical también es promovida por la Constitución Nacional, pero es la ley la que le ha dado operatividad a través de la implementación de un sistema que garantiza la participación de los trabajadores en la vida interna de la asociación y el respeto a la voluntad de las mayorías, ya sea por medio de sus representantes e incluso a través de mecanismos directos para la toma de decisiones. La ley también exige la representación de las minorías, como mínimo, en los órganos deliberativos; dispone el control de la gestión por medio de la obligación impuesta a los delegados a los órganos deliberativos de rendir cuentas y también constituye otro mecanismo de control como es el instituto de la revocación del mandato previsto para todo tipo de representación. Asimismo, la ley prescribe que la administración de la asociación debe estar a cargo de un órgano colegiado y que la elección de los cuerpos directivos y órganos de fiscalización en los sindicatos de base y seccionales debe

7. Tanto el Decreto N° 23852/45 como las leyes N° 14455 y 20615 señalaban que el objeto de las asociaciones sindicales era la defensa de los “intereses profesionales”, no obstante lo cual las asociaciones sindicales nunca limitaron su actuación a lo estrictamente profesional sino también a los demás aspectos ya mencionados, sin que se hubiera formulado alguna observación a la validez de los actos realizados en otros ámbito no profesionales. Asimismo, la Ley N° 22105 dispuso la prohibición expresa de ciertas actividades como la “participación en actividades políticas” (art. 8), la conducción y administración de las obras sociales –especialmente a las federaciones– (arts. 9 y 40) y la realización de actividades con fines de lucro (art. 11).

8. Junto con otras disposiciones limitativas de la libertad sindical, esta norma pretendió establecer que el objeto de las asociaciones sindicales fuera la defensa de los intereses exclusivamente “gremiales y laborales” (art. 2).

realizarse sobre la base del voto directo y secreto de los afiliados. Finalmente, otra manifestación de la promoción de la democracia interna es la consagración del principio de igualdad y de no discriminación entre trabajadores.

2.3. Concentración sindical

El sistema sindical argentino presenta una característica distintiva. Posee, en su regulación jurídica, un conjunto de normas que tienden a promover y garantizar fortaleza a las asociaciones sindicales, como órgano de contrapoder opuesto a la, cada vez más concentrada, fuerza del capital.

La concentración sindical es un principio que se opone a la fragmentación sindical. Concentración sindical es sinónimo de fortaleza y fragmentación, de debilidad.

Nadie discute que la unidad del movimiento obrero, tanto en el ámbito de la empresa como en la actuación a nivel nacional, es una ventaja para la consecución de los objetivos sindicales, así como también es sabido que la división de los trabajadores es siempre alentada y bienvenida por el sector empresarial. El modelo sindical argentino se caracteriza por fomentar la concentración de la fuerza sindical.

La promoción de dicha concentración se manifiesta a través de distintas disposiciones de la ley:

a) el sistema de personería gremial, b) el criterio de agrupamiento permitido (fundado exclusivamente en lo gremial y prohibiendo las discriminaciones fundadas en razones políticas, ideológicas o religiosas); c) la preferencia de los sindicatos de actividad (verticales) por sobre los de oficio, profesión o categoría (horizontales) y por sobre los de empresa; d) la promoción de una estructura piramidal de la representación sindical de modo tal de confluir en una central única de grado superior que concentre la representación de la totalidad del movimiento obrero; y e) la unificación de la actuación sindical también en los lugares de trabajo, a través de la figura del delegado de personal que es elegido y representa a todos sus compañeros de trabajo sin importar su afiliación.

Estos son los principios sobre los cuales debe basarse el funcionamiento del movimiento obrero organizado en nuestra sociedad, conforme dispone el ordenamiento jurídico y la voluntad mayoritaria de los trabajadores, expresada a lo largo de decenas de años de vigencia de este determinado modelo organizativo, pero ello no quiere decir que estos principios sean respetados en la práctica cotidiana. Por el contrario, asistimos a una época en donde cada una de estas ideas fuerza se encuentra gravemente en crisis.

La libertad sindical, si bien siempre fue objeto de constantes ataques por parte de los empleadores, ha atravesado durante algunas etapas, la década de 1990 por ejemplo, un ejercicio más limitado aún, y ello ha obedecido fundamentalmente a las dificultades que, en un contexto signado por altos niveles de desempleo y empleo precario, encuentran los trabajadores para ejercer cada uno de los derechos que esta libertad comprende,⁹ pero también por la falta de mecanismos jurídicos eficaces para su garantización y por la existencia de una interpretación jurisprudencial restrictiva respecto de las garantías efectivamente incorporadas en el ordenamiento jurídico nacional.¹⁰

Del mismo modo, se encuentra gravemente en crisis la democracia sindical interna y, también en este caso, igual que lo que ocurre con la libertad sindical, debido a factores ajenos a las disposiciones de la Ley de Asociaciones Sindicales. Así, pueden señalarse como causas del déficit señalado a la actuación de la autoridad de aplicación, que ha permitido disposiciones estatutarias que dificultan o impiden la participación de los trabajadores en la vida interna asociacional y que posibilitan, facilitan o promueven la existencia de “listas únicas” en las elecciones. Autoridad administrativa que también ha tolerado prácticas patológicas en la vida interna de las asociaciones, como ser la existencia de padrones inflados o desinflados, convocatorias a elecciones no publicadas debidamente,¹¹ entre otras muchas maniobras de algunos dirigen-

9. Héctor P. Recalde hace referencia a esta dificultad para el ejercicio de la libertad sindical, como consecuencia de la falta de libertad individual, cuando señala: “Mi mayor preocupación hoy en torno al concepto de libertad es la ‘prisión’ en que está situado el trabajador por los condicionamientos socioeconómicos que existen”.

10. Me refiero concretamente a la interpretación que efectuaba la mayoría de la jurisprudencia respecto del alcance del artículo 47 de la Ley N° 23551.

11. Existen asociaciones sindicales que publican la convocatoria a elecciones por medios

tes que, con su accionar impune, afectan el funcionamiento democrático de las asociaciones sindicales. Por otro lado, no puede dejar de señalarse que esos factores no son suficientes para resumir las razones que han llevado a que se visualice, en muchos casos, un funcionamiento poco democrático al interior de las asociaciones sindicales. También han conspirado contra la democracia interna, entre una multiplicidad de factores, la apatía, el individualismo y la falta de participación de los trabajadores, no solo en la postulación de candidatos, sino también en la elección de los representantes, incluso en los casos donde existe más de una alternativa electoral y, fundamentalmente, la falta de participación de los trabajadores en cada una de las instancias previstas por la propia ley y por los estatutos. Esto, obviamente, no es un problema exclusivo de las organizaciones sindicales, lo mismo ocurre ya como un problema cultural, en todas las instancias de la sociedad, en los partidos políticos, en los clubes, en asociaciones civiles y en cualquier lugar donde la condición humana deba disponer cómo y quién ostenta el poder. Esta ha sido una característica de nuestra sociedad, llegando a su extremo en los sucesos de diciembre de 2001 y que de a poco parece ir revirtiéndose desde 2003.

Es evidente que el programa de la ley y los deseos democráticos traducidos en cada una de sus disposiciones no han alcanzado contra una multiplicidad de factores conjugados contra el funcionamiento auténticamente democrático al interior de muchas de las asociaciones sindicales.

Finalmente, si bien es cierto que el principio de concentración sindical se mantiene tanto en la Ley de Asociaciones Sindicales como en la concreta forma de estructuración del “mapa” de organizaciones gremiales, no puede soslayarse que existe un incesante intento por desactivar este principio, alentado fundamentalmente por representantes de los intereses patronales, pero ahora también por un minoritario sector del movimiento obrero que impulsa modificaciones en la ley sindical. Dichas modificaciones están referidas casi exclusivamente a la modificación de este aspecto del modelo sindical argentino, como si la concentración de la fuerza sindical fuera la causa de la crisis de representación por la que atraviesan muchas organizaciones sindicales.

que no cumplen con el fin previsto por la norma, como por ejemplo en el diario *The Buenos Aires Herald*.

El embate contra la concentración de la fuerza sindical no ha podido materializarse en la regulación de las asociaciones sindicales, pero ha tenido algún resultado legislativo con las reformas al régimen de la negociación colectiva, introducidas por la Ley N° 25250 que promovía, entre otras formas de flexibilización, la descentralización de la negociación colectiva. No han tenido acogida, en cambio, y a pesar del fuerte respaldo mediático del que gozan, las distintas propuestas de modificación de la Ley de Asociaciones Sindicales que promueven, o bien la implementación de un sistema de pluralidad sindical, o bien la morigeración del sistema de personería gremial a través del reconocimiento de mayores derechos a las asociaciones sindicales simplemente inscriptas.

No obstante, es continua la erosión discursiva que, prescindiendo de la idiosincrasia nacional, promociona la ruptura del modelo de unidad promovida con el claro fin de intentar debilitar la estructura sindical argentina, algunos con la intención de beneficiar al capital con ello, otros simplemente para alimentar el crecimiento de pequeñas organizaciones paralelas.

En este camino coinciden intelectuales claramente enrolados en la defensa de los intereses patronales como otros enrolados en el “progresismo” y, muchas veces, apoyados a partir de análisis de laboratorio efectuados en otras latitudes.

Estas ideas han influido, sin duda, en los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que han declarado la inconstitucionalidad de algunas de las disposiciones que promueven la concentración sindical.¹²

En este sentido, comparto la postura de Néstor Corte cuando afirma que resultan recusables aquellas elaboraciones de mera técnica jurídica que se sustentan en preconceptos abstractos o ideológicos, o en la aplicación de transplantes de esquemas e institutos del Derecho Comparado sin arraigo en la realidad nacional y no adaptados a ella”. “Fantasías jurídicas”, según

12. Me refiero fundamentalmente a los fallos: “Asociación Trabajadores del Estado c/ Ministerio de Trabajo”, del 11 de noviembre de 2008, que declaró la inconstitucionalidad del inciso b del artículo 41 de la Ley N° 23551 y el fallo “Rossi, Adriana María c/ Estado Nacional - Armada Argentina s/ sumarísimo”, del 9 de diciembre de 2009 que cuestionó al artículo 52 de la Ley N° 23551.

Monzón, repelidas por los sectores que protagonizan el denominado Mundo del Trabajo.¹³

También merece destacarse la advertencia que efectúa otro maestro, como Alan Supiot, en el sentido de que “se debe tener un cuidado especial para que las opiniones de los técnicos, sobre todo extranjeros, relacionadas con los derechos sindicales, no sean nada más que el ropaje de una o de otra ideología y que sus reuniones ‘científicas’ se conviertan en lugares de transacción entre las pretensiones de los diversos grupos de intereses, representados indirectamente por ellos”.¹⁴

Es que las características del sindicalismo de un país o de una región –según señala Von Potobsky– dependen de toda una constelación de factores económicos, sociales y políticos, de tradiciones y vivencias históricas. El elemento tradicional influye sobre todo en la configuración de la legislación sindical, cuyas modalidades pueden perdurar o cambiar bruscamente al vaivén de los regímenes.¹⁵

En definitiva, las organizaciones sindicales cumplen el objeto para el cual fueron creadas si, primeramente, reflejan los deseos y la voluntad de los trabajadores (o al menos de la mayoría). Para ello es indispensable un funcionamiento auténticamente democrático y en un marco donde se garantice la libertad sindical en todos sus aspectos.

Pero, además, y no menos importante, debe tenerse bien en cuenta que, para que su accionar tenga probabilidades de éxito, además de un contexto económico razonable, las asociaciones sindicales dependen del poder de presión que puedan ejercer sobre el capital y sobre los poderes públicos. Para ello es indispensable no solo la existencia de una representación legítima, con respaldo en las bases y libertad de actuación, sino también la fortaleza que solo la unidad otorga a los trabajadores. Un movimiento obrero fragmentado o disminuido difícilmente pueda cumplir con los fines que los trabajadores esperan de sus organizaciones representativas que no son otros que la trans-

13. Corte, N. T. (1994), *op. cit.*, p. 12.

14. Supiot, A. (coord.) (1999). *Au-delà de l'emploi*. París: Flammarion, p. 242 [traducción española: (1999). *Trabajo y empleo*. Valencia: Lo Blanch].

15. Von Potobsky, G. (1981), *op. cit.*, p. 25.

formación de la realidad, arrancándole al capital mejoras en el reparto de la riqueza que produce el hombre que trabaja.

Precisamente, las falencias apuntadas en la concreción de estos tres principios han contribuido, cada uno en su ámbito, a debilitar a las organizaciones sindicales y, consecuentemente, a posibilitar el avance del capital, plasmado en el proceso de flexibilización de las condiciones de trabajo padecido a partir del golpe de estado de 1976 y profundizado durante el transcurso de la década del '90 y los primeros años del siglo XXI.

3. Las observaciones de la Organización Internacional del Trabajo a la Ley de Asociaciones Sindicales

Como ya se señalara, el concepto de libertad sindical ha evolucionado a lo largo de la historia, superando notoriamente la concepción inicial que la limitaba casi exclusivamente al derecho de los individuos a constituir sindicatos. Actualmente la libertad sindical posee un contenido amplio y complejo, que incluye derechos positivos (de hacer) y negativos (de no hacer), individuales y colectivos, etc. Dentro de esta amplia gama de derechos que constituyen el contenido de la libertad sindical se encuentra, en el artículo 2 del Convenio N° 87 de la OIT, el derecho de los trabajadores de constituir y afiliarse a “las organizaciones que estimen convenientes”, como una de las manifestaciones de la libertad sindical.

En virtud de lo establecido en la norma citada, y más allá de las ventajas e inconvenientes que pueda poseer un sistema diferente (de “unicidad sindical”, según la terminología más utilizada), lo cierto es que se puede afirmar que la unicidad sindical (o unidad impuesta o sistema de sindicato único) colisiona con este aspecto del concepto más amplio de “libertad sindical” que sostiene la Organización Internacional del Trabajo, al menos en la interpretación que surge de los informes de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones.¹⁶

16. Esta aclaración vale porque se han planteado dudas sobre el sentido del artículo 2 cita-

Ahora bien, la unicidad sindical que cuestiona la OIT es la unidad impuesta o sistema de sindicato único, pero reiteradamente ha señalado que “no se ha opuesto a que existan organizaciones sindicales más representativas, denominadas *con personería gremial*, ni tampoco a que estas organizaciones, por su carácter de ser las más representativas, gocen de ciertos privilegios”.¹⁷

En efecto, nadie desconoce que la *pluralidad* y la *unicidad* no son las únicas alternativas que se presentan para un modelo de asociaciones sindicales en un país determinado sino que, junto con ellas, ha surgido una tercera opción construida a partir del concepto de *sindicato más representativo*, como un “recurso que permite arribar o acercarse a una conciliación o concurrencia entre el pluralismo necesario a la libertad y la eficacia unitaria para la acción”.¹⁸

No se trata de un sistema con sindicato único impuesto por la ley¹⁹ ni de una equiparación total de todos los sindicatos en lo que hace a la representación del grupo profesional o sector de actividad sino que, frente a la existencia de más de un sindicato con el mismo ámbito de representación (personal y territorial), se establece un mecanismo a través del cual se otorgan a uno de ellos (al más representativo) determinados derechos exclusivos.

Es más, la OIT no solo no cuestiona al sistema de personería gremial, sino que ha sido terminante al reconocer que es “consciente de que la multiplicidad excesiva de las organizaciones sindicales puede debilitar el movimiento

do, dado que según surgiría de los trabajos preparatorios del Convenio N° 87, al aprobar el mencionado artículo, la Conferencia no habría entendido tomar posición sobre el problema relativo a la conveniencia de un sistema de unidad o pluralidad sindical. Ver Spyropoulos, G. (1956). *La liberté syndicale*. París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, p. 278, citado por O. Ermida Uriarte (1985). *Sindicatos en libertad sindical*. Montevideo: FCU, p. 42. 17. Conf. Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, 87ª reunión, 1999.

18. Sarthou, H. (1973). La reglamentación de los sindicatos contenida en el decreto 622/73. *Revista Derecho Laboral*, XVI(92), 803, citado por O. Ermida Uriarte (1985), *op. cit.*, p. 43.

19. Lo que se cuestiona de este modelo no es la existencia de sindicato único (que hasta es vista con buenos ojos) sino la imposición estatal. La unidad sindical es por todos aceptada y querida cuando es espontánea, pero no cuando es fruto de una obligación legal y, en menor medida, también se llega a cuestionar la mera promoción de la unidad cuando excede de determinado nivel –ese es precisamente el tema de este dictamen–.

sindical y menoscabar los intereses de los trabajadores” (conf. informe de la CEACR, CIT, 87ª reunión, 1999).

La admisión por parte de la OIT de que el otorgamiento de “privilegios”²⁰ al sindicato más representativo es compatible con el concepto de libertad sindical recogido por el Convenio N° 87 evidentemente no ha cerrado el camino de las controversias. En efecto, si bien se admite que el sistema de *unidad sindical promovida* es compatible con la libertad sindical, no existe –en cambio– uniformidad acerca de cuáles son los límites de este sistema.

Precisamente sobre este último punto es donde se centran las observaciones del Comité de Expertos respecto del sistema establecido por la Ley N° 23551 y su Decreto Reglamentario que lleva el número 467/88.

Sintéticamente, las observaciones que formulara el Comité de Expertos se centran en las siguientes disposiciones.

3.1. Observaciones sobre los criterios de representatividad

- El artículo 28 de la ley, que requiere para poder disputar la personería gremial a una asociación, que la demandante posea una cantidad de afiliados “considerablemente superior”;
- El artículo 21 del Decreto Reglamentario N° 467/88, que califica el término “considerablemente superior” al establecer que la asociación que pretenda la personería gremial deberá superar a la que la posea como mínimo en un diez por ciento de sus afiliados cotizantes;
- El artículo 29 de la ley, que dispone “que sólo podrá otorgarse personería gremial a un sindicato de empresa, cuando no opere en la zona de actuación y en la actividad o en la categoría una asociación de primer grado o unión”;
- El artículo 30, que requiere condiciones excesivas para la concesión de la personería gremial a los sindicatos de oficio, profesión o categoría.

20. Si bien no nos parece feliz, ese es el término utilizado por la OIT.

3.2. Observaciones sobre las ventajas que derivan de la personería gremial

- El artículo 31 a) de la ley, que privilegia a las asociaciones sindicales con personería gremial frente a las demás asociaciones, en materia de representación de intereses colectivos diferentes de la negociación colectiva;
- El artículo 38, que solo permite a las asociaciones con personería gremial, pero no a las simplemente inscritas, la retención en nómina de las cuotas sindicales;
- El artículo 39, que solo exige a las asociaciones con personería jurídica, pero no a las simplemente inscritas, de impuestos y gravámenes; y
- Los artículos 48 y 52 de la ley que prevén que únicamente los representantes de las organizaciones con personería gremial se beneficien de una protección especial (fuero sindical).

3.3. El Decreto N° 9270/56

La única experiencia relevante de consagración normativa de un sistema de pluralidad sindical ha sido el Decreto N° 9270/56, dictado por la dictadura militar que se instalara en el gobierno en el año 1955.

Los que todavía defienden esta normativa como paradigma de la libertad sindical señalan que existía una clara voluntad política en ese sentido y que ello se desprendía de las consideraciones que formulara el denominado “Gobierno Provisional de la Nación”, en sus directivas básicas del 7 de diciembre de 1955, en las que se dispuso con relación al tema en estudio un programa de acción que consistía en: “establecer la libertad sindical de manera que quede asegurado el funcionamiento auténticamente democrático, en un marco de prescindencia de la política partidista, de las asociaciones gremiales y sindicales, cuyo afianzamiento constituirá especial preocupación del gobierno”.

Sin embargo, parece claro que, al revés de lo sostenido precedentemente, y lejos de fomentar el fortalecimiento de los sindicatos como herramienta de los trabajadores para la conquista de derechos y garantía de su goce, el decreto mencionado solo fue un eslabón más de la cadena con la cual el gobierno de

facto pretendía someter al movimiento obrero, en defensa de ciertos intereses minoritarios.

En primer lugar, como sostiene Ermida Uriarte “para que una reglamentación de la actividad de las organizaciones sindicales pretenda legitimidad, exige: a) la preexistencia del goce pleno de todos los derechos fundamentales, b) que dicha reglamentación tienda, efectivamente a promover el sindicalismo y c) que consagre una total e irrestricta libertad sindical y ello porque el concepto mismo de libertad sindical supone –y depende de– la preexistencia efectiva de los derechos humanos básicos, cuyo elenco integra”, requisitos previos éstos que evidentemente no cumplía la reglamentación en análisis.²¹

Pero, más allá del vicio en el origen, corresponde ahora desentrañar cuál era el verdadero fin de tal decreto supuestamente democratizador de las organizaciones gremiales y defensor a ultranza de la libertad sindical.

Si bien en sus directivas básicas el gobierno de facto expresaba su intención de establecer la libertad sindical y asegurar el funcionamiento auténticamente democrático en los sindicatos, objetivo por demás loable, lamentablemente su forma de actuar resultó contradictoria con dichos principios.

En este sentido, no puede sostenerse que por el solo dictado del Decreto N° 9270/56 se establecía la libertad sindical asegurando el funcionamiento auténticamente democrático de las asociaciones gremiales. Muy por el contrario, a partir del golpe de estado de 1955, pese a la consigna señalada, existió un constante embate contra las conquistas del movimiento obrero y contra sus dirigentes.

Resulta por demás extraño e indignante que un gobierno que viene de derrocar por la fuerza a otro democrático (cuya característica principal consistía en la defensa de los derechos de los trabajadores –tanto en el plano individual como colectivo–), que posteriormente persigue y encarcela a los dirigentes sindicales y que interviene a la mayoría de las organizaciones gremiales, luego alegremente postule que pretende “establecer la libertad sindical y asegurar el funcionamiento democrático de las asociaciones gremiales”, cuando precisamente de sus actos se desprendía lo contrario.

21. Ermida Uriarte, O. (1985), *op. cit.*, p. 61.

Realmente no se entiende cómo puede compatibilizarse la promoción de la libertad sindical con el arresto de los dirigentes, ni la democracia con la intervención.

Como sostuvo Monzón,

el decreto-ley 9270/56 representó una fallida tentativa de introducir una involución en el modo concreto de realización de las conductas en la vida sindical y por ello, por su total infidelidad respecto de la realidad existencial, pasó oscuramente, sin pena ni gloria, excepto en cuanto se trate escolarmente, de ejemplificar un modelo acabado de uso torpe de la técnica legislativa, de ignorancia de los principios de la materia y de desapego a todo lo que constituyen valoraciones propias de la comunidad laboral que entre nosotros no están reñidas, sino antes bien, consustanciadas con las más altas valoraciones de la comunidad nacional.²²

Este autor atribuía las críticas al sistema anterior a la distorsión que impone la pasión política y al desconocimiento respecto de “cómo son” la organización y las prácticas sindicales argentinas. Factores estos que siguen influyendo, sin duda, en los cuestionamientos actuales al modelo sindical argentino.

4. El alcance de las observaciones: la OIT no cuestiona el “Modelo Sindical Argentino” ni el sistema de personería gremial sino solo algunos de sus aspectos

Tal como se expone con detalle más adelante, ni la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, ni ninguno de sus instrumentos normativos, pueden ser interpretados como que se encuentran en colisión con un sistema de representación sindical como el que adoptara la Argentina.

El Convenio 87 de la OIT no propende a la creación ilimitada de sindicatos con igual ámbito de actuación, ni mucho menos se pronuncia sobre la necesidad de que ello se verifique.

22. Monzón, M. D. (1974), *op. cit.*, p. 321.

Lo que sí propicia, en consonancia con los principios liminares y fundantes de ese organismo internacional, es que en cada ámbito los trabajadores puedan organizarse gremialmente, alcanzar la formación de estructuras sindicales fuertes y estables que los contengan, y que sean verdaderamente representativas.

Las alternativas para procurar esos fines son variadas, tanto como las peculiaridades históricas y culturales que puedan en cada caso llevar a inclinarse por unas u otras.

No es –ni puede entenderse que así lo defina instrumento alguno de la OIT– que un mayor número de sindicatos, ni la contienda permanente entre los mismos por espacios de poder, garanticen una más genuina y sólida representación.

Por el contrario, en reiteradas normas de la OIT se efectúan expresas referencias a *la mayor representación o mayor representatividad* como elemento primordial para la selección de la organización gremial que deba ejercer una representación singular, entre varias que pudieran aspirar a la misma. Del mismo modo, la mayor representatividad puede ser el eje en función del cual se admitan –o incluso se recomienden– la asignación de privilegios o preferencias a unas asociaciones gremiales en desmedro de otras.

Incluso la delegación sindical que concurre a las conferencias de la OIT ha sido siempre la más representativa y ello no ha merecido observación alguna.

Tampoco cabe omitir que es justamente desde la OIT donde han hallado más recurrente referencia y estímulo las voces encaminadas a alcanzar niveles de organización sindical más fuertes y concentrados, tanto como han sido comunes los llamados de alerta respecto de los peligros de la atomización gremial y la des-sindicalización que es común que esté ligada –como causa o efecto– a esos procesos de fragmentación del colectivo de trabajadores.

Lo que importa, y lo que es motivo de preocupación y promoción en Convenios y Recomendaciones, es que exista una representación gremial que sea verdaderamente representativa y que se muestre apta para defender los intereses de los trabajadores. Intereses de los trabajadores que, principalmente, se ponen en juego en la acción sindical, en la confrontación con sus naturales

antagonistas sociales (los empresarios) y políticos (los gobiernos que impulsan programas económicos que no contemplan la justicia social).

5. El modelo sindical argentino y la falsa dicotomía entre libertad y concentración sindical

Se hace necesario reiterar las claves de bóveda que la normativa vigente en Argentina desde hace más de cincuenta años (actualmente la Ley N° 23551) ha implementado para estructurar el modelo sindical, en tanto la OIT sostiene que no es éste el que está en conflicto con los principios que inspiran al Convenio N° 87 ni con las directivas que dicho convenio consagra.

La legislación argentina ha receptado un perfil gremial que privilegia la concentración sindical como elemento básico para dotar de mayor fuerza a las organizaciones obreras y, por su intermedio, lograr un equilibrio con el poder empresario que se traduzca luego en prácticas negociales que sean aptas para alcanzar la paz social, partiendo de una más justa distribución de la riqueza.

Premisa que, además, es funcional a un concepto moderno de democracia y participación en el campo del trabajo dependiente, en procura de materializar aquello que –no solo como anhelo– prescribe la Ley de Contrato de Trabajo: “el contrato de trabajo tiene como principal objeto la actividad productiva y creadora del hombre en sí ...” (artículo 4), y que se conjuga con lo que constituye el objeto fundamental de las asociaciones sindicales conforme lo dispone la Ley N° 23551 y que no es otro que “la defensa de los intereses de los trabajadores” (artículo 2), o sea, “todo cuanto se relacione con sus condiciones de vida y de trabajo”. La acción sindical, dice la Ley N° 23551, “contribuirá a remover los obstáculos que dificulten la realización plena del trabajador” (artículo 3).

Las técnicas desarrolladas por la legislación nacional para implementar este modelo han sido varias pero, y ello se nota especialmente en la que hoy nos rige, los ejes principales –como ya adelantara en el inicio– se asientan en el respeto a la voluntad de los trabajadores en cuanto a la libertad absoluta de

fundar sindicatos, entre otras libertades; el reconocimiento de importantes privilegios a las organizaciones que demuestren ser las más representativas –a través de un método objetivo y sujeto a controles de la autoridad pública (administrativa y judicial) que garanticen la transparencia–; y el fomento a través de las normas de la democracia participativa al interior de las asociaciones sindicales.

La libertad sindical, entonces, encuentra tutela en todas y cada una de sus manifestaciones básicas tanto las que reconocen derechos, como las que promueven la democracia interna como aquellas que dotan a las asociaciones de fortaleza para lograr conquistas pero también para garantizar la libertad sindical. La ley garantiza la libertad sindical también a través de dispositivos procesales amplios y generosos como el del artículo 47 de la Ley N° 23551 (“Todo trabajador o asociación sindical que fuere impedido u obstaculizado en el ejercicio regular de los derechos de la libertad sindical [...] podrá recabar amparo de estos derechos ante el tribunal judicial [...] conforme el procedimiento sumarísimo”).

No obstante la existencia de estas acciones y garantías para el ejercicio de la libertad sindical no puede desconocerse que, en materia de relaciones colectivas donde la lógica de la relación de fuerzas es la que predomina, el mejor amparo es el que es dable alcanzar a través de la “autotutela” de las organizaciones gremiales, y que es más plena cuanto más fuerte y poderoso sea el sindicato.

Es que, tal como se señala reiteradamente, la libertad sindical no es un fin en sí mismo. Es una herramienta para la consecución de los fines sindicales. Por eso se admite el sacrificio de ciertas libertades individuales cuando contribuyen a la consecución de beneficios colectivos.

Es particularmente revelador y elocuente a este respecto, la ausencia de referencias a la “desafiliación” y a la “no afiliación” como derechos de los trabajadores, como correlato del derecho a afiliarse que sí se reconoce expresamente a los trabajadores en el Convenio N° 87. Claro que ello no puede ser interpretado como un defecto o un olvido en la regulación de tan importante aspecto de la libertad sindical –en los planos individual y colectivo–. Por el contrario, responde a rasgos propios y caracterizantes de la libertad en el terreno gremial que, más allá de relaciones genéricas, no se confunde con la

que inspira e informa otros aspectos del desarrollo humano (v. gr.: libertades civiles, políticas, etc.).

La OIT no ha cuestionado mecanismos mucho más restrictivos de la libertad, como las cláusulas sindicales que limitan la libertad de afiliación en su aspecto negativo, precisamente porque contribuyen a la fortaleza del colectivo laboral por lo que, del mismo modo, no podría cuestionar coherentemente, un modelo que promueve la concentración sindical del modo en el que lo hace la Ley N° 23551.

En definitiva, la concentración, estabilidad y fortaleza de los nucleamientos sindicales que promueve la ley argentina por medio de la unicidad de representación, favorecen la organización de los trabajadores en todos los niveles pero, muy especialmente, en aquellos que faciliten la captación y agremiación del mayor número posible de asalariados, con una más amplia representación de categorías. Esto estimula, asimismo, la participación democrática, volcando su actividad al interior de los sindicatos para obtener en ellos una gama mayor de expresiones que confluyan, finalmente, en una misma estructura gremial y de acción sindical, como modo de promover las contiendas internas –fortalecedoras del colectivo– y de desalentar las competencias externas –entre sindicatos similares– más proclives a la dispersión y atomización de las fuerzas gremiales.

De allí que no resulte indiferente que se multipliquen las representaciones sindicales para un mismo y único ámbito personal y territorial, al menos sin que lo justifique su caudal de afiliación, su nueva especificidad funcional o la ausencia de una organización gremial que pueda eficazmente ejercer la representación de los trabajadores. La pluralidad sindical no es garantía de asociaciones genuinamente representativas, pero sí lo es de asociaciones débiles. El cambio que debe darse en el funcionamiento de los sindicatos es cultural. Mientras no se democratizen las relaciones al interior de los sindicatos y mientras no se garantice la libertad sindical frente a los empleadores, la pluralidad sindical puede llegar a transformarse en la coexistencia de una multiplicidad de pequeñas y débiles burocracias sindicales.

Desde esa óptica se encamina la norma estatal a impulsar la concentración sindical por medio de una *unicidad promocionada* que, a su vez, se proyecta

luego dialécticamente hacia una mayor estabilidad y fortaleza de las organizaciones que alcanzan la mayor representatividad y con ello la “personería gremial” que las define como tales.

Ahora bien, así como esa “unicidad” se materializa en el terreno de la representación legalmente reconocida y predominantemente en organizaciones verticales, lo cierto es que se verifica en un campo creciente de especificidades profesionales individuales, al punto de registrarse más de 1.300 asociaciones sindicales con personería gremial.

Dato de por sí elocuente en orden a la libertad de organizarse de la que efectivamente gozan los trabajadores argentinos y a la variedad de nucleamientos sindicales existentes, máxime si se advierte que hay en la actualidad registradas más de 2.700 asociaciones gremiales, computando las simplemente inscriptas, que gozan de personalidad jurídica, todo ello insertado dentro del modelo sindical argentino y el respeto a las reglas que le dan operatividad al principio de concentración sindical.

6. Constitucionalidad del sistema de personería gremial

Teniendo en cuenta que la libertad sindical se encuentra expresamente consagrada como un derecho tanto en la Constitución Nacional como en el Convenio 87 de la OIT, cabría analizar si el sistema de personería gremial establecido en la ley resulta contradictorio con las disposiciones de mayor jerarquía antes citada.

Tal como se viene de señalar, el sistema de *unidad sindical promovida* resulta, sin discusión, plenamente compatible con el derecho a la pluralidad sindical y es, por lo tanto, respetuoso de la libertad sindical tal como la entiende la Organización Internacional del Trabajo.

En efecto, entendiendo la libertad sindical –en el aspecto que aquí interesa– de conformidad con lo establecido por el Convenio N° 87 de la OIT, esto es, como la posibilidad de que los trabajadores puedan, realmente, constituir y afiliarse a las organizaciones que estimen convenientes, sin autorización previa, el sistema de “personería gremial” que reconoce mejores derechos a la

organización sindical más representativa y que fomenta o promueve una relativa concentración del movimiento sindical, pero permitiendo el desarrollo de otros sindicatos con menores derechos y con la posibilidad cierta de alcanzar la personería gremial, no merece objeción alguna. Se trata, solamente, de la reglamentación de un derecho que se efectúa en forma razonable y dentro de los parámetros establecidos por el artículo 28 de la Constitución Nacional.

Es más, la OIT reconoce expresamente que las disposiciones que distingan entre el sindicato más representativo y los demás sindicatos no contrarían de por sí el principio de la libertad sindical, siempre que esta distinción se limite a reconocer ciertos derechos al sindicato más representativo, determinado según criterios objetivos preestablecidos y, como se verá, eso ocurre en nuestro país actualmente.

Al margen de lo anterior debe recordarse una vez más que, para una mejor realización de este derecho, debe garantizarse que la democracia interna que instituye la ley se efectivice realmente en los gremios y, además, es indispensable asegurar que sea siempre el sindicato más representativo el que goce de las facultades de la personería gremial.

7. Ventajas del sistema actual

Más allá de las falencias y patologías existentes en el funcionamiento de las organizaciones sindicales, puede afirmarse que el modelo sindical descripto es el que más se ajusta a las necesidades de los trabajadores de la Argentina. Ya que, como sostiene Sarthou²³

básicamente la opción entre la unidad legal preceptiva y el pluralismo sindical se centra en elegir entre una solución de política sindical que aconseja la unificación como medio indispensable para fortalecer al movimiento obrero y el respeto al principio de libertad sindical que deja de existir cuando no se admite la posibilidad de crear nuevas organizaciones o se niega la facultad de elección.

23. Sarthou, H. (1973). Perspectivas del derecho colectivo del trabajo. *Revista Derecho Laboral*, XXIV(123), 585.

En estos términos, para la mejor realización de los fines de las organizaciones sindicales que se mencionaran anteriormente, la herramienta más adecuada ha sido, y sigue siendo el sistema de unicidad sindical promocionada que adopta la Ley N° 23551, con la institución del sindicato más representativo, otorgándole ciertas capacidades jurídicas que la diferencian de las demás pero permitiendo la coexistencia con otras que pueden ser constituidas por la simple inscripción en un registro especial, como un recurso que permite arribar o acercarse a una conciliación entre el pluralismo necesario a la libertad y la eficacia unitaria para la acción.

Además, no puede soslayarse que son los trabajadores quienes determinan cuál es el sindicato más representativo puesto que la representatividad es medida en función de la cantidad de afiliados cotizantes, por lo cual será en virtud de su decisión de afiliarse a uno u otro de los sindicatos coexistentes como se resolverá la posible disputa de personería gremial.

Teniendo en cuenta eso, debe destacarse, en primer lugar, que este sistema fortalece al movimiento obrero y permite un mayor poder de negociación frente a los demás actores sociales. La acción del sindicato no puede limitarse a la representación y tutela de sus afiliados, sino que necesariamente se extiende a la representación y tutela de los intereses de los grupos profesionales o sectores de actividad en su conjunto y la eventual coexistencia de varios sindicatos que pretenden representar al mismo grupo profesional o sector de actividad, hacen necesario recurrir a un mecanismo que permita optar por uno de ellos (el más representativo), a la hora de requerirles tal representación, por ejemplo, a los efectos de la negociación colectiva con efectos *erga omnes*, a los fines de solicitar la participación del grupo o sector en organismos estatales o en la empresa, etc.²⁴

Por otro lado, Rial, señala la tendencia en la Ley de Asociaciones Sindicales de evitar, mediante el régimen de personería gremial la atomización que “ha demostrado en la práctica, que sólo ha beneficiado a los empleadores y debilitado la representación sindical” para luego traer la experiencia italiana en

24. Durand, P. y Vitu, A. (1956). *Traité de droit du travail, t. III*. París: Dalloz, pp. 348-349; Montalvo Correa, J. (1980). *El concepto del sindicato más representativo en los sistemas sindicales europeos*. Madrid: Instituto de Estudios Sociales, pp. 13-15.

pro de la unidad promocionada pero condicionada a una amplia democracia interna.²⁵

También es preciso indicar que el sistema es dinámico, en tanto permite el desplazamiento de la personería gremial ante el desplazamiento de la mayor representatividad de una entidad a otra, con la sola excepción de la inconstitucional Resolución MTEySS N° 255 del 23/10/2003 que, respecto de los sindicatos estatales, cristaliza el mantenimiento de la personería gremial en entidades que hayan dejado de ser las más representativas.

25. Rial, N. (1988). La libertad sindical, la democracia interna, su incorporación normativa en la Ley N° 23.551. (Ponencia). *XIV Jornadas de Derecho Laboral*. Huerta Grande, Córdoba.

Capítulo 4

La libertad sindical

1. Sobre la libertad

Un politólogo argentino, José Nun, en una de sus obras comenta que

hace un siglo y medio, Lincoln advertía que su país estaba necesitando con urgencia una definición de la palabra libertad porque se la había desfigurado con exceso: *El mundo nunca tiene una buena definición para esta palabra* –se lamentaba–. Todos estamos decididamente a favor de la libertad, sólo que no siempre pensamos lo mismo cuando la palabra sale de nuestros labios.¹

Al observar la variada utilización que se da al término “libertad” es fácil advertir que en cada caso responde a criterios muy diversos, lo que equivale a decir que el vocablo tiene varios significados. Como recuerda Guibourg, nuestro himno canta “libertad, libertad, libertad” mientras evoca el ruido de cadenas rotas. El preámbulo proclama el objetivo de “asegurar los beneficios de la libertad para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino” y hasta el escudo contiene un gorro frigio que también simboliza una idea de libertad. Estas frases tienen, aparentemente, una aceptación general, pero ¿es posible identificar

1. Nun, J. (2000). *Democracia: ¿gobierno del pueblo o gobierno de los políticos?* Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, p. 9.

cuáles son los “beneficios” de la libertad, quiénes son “nosotros” o cuáles son las cadenas que deben romperse?

No llama la atención de nadie que la definición del concepto “libertad” no sea similar para el neoliberalismo económico que para otras corrientes de pensamiento y, por lo tanto, el alcance que cabe otorgarle a la libertad sindical e incluso la definición misma de este concepto va a estar condicionada por cuestiones que exceden el marco del análisis estrictamente jurídico de las normas vigentes. No obstante ello, es posible efectuar algunas definiciones utilizando como parámetro la normativa vigente, nacional e internacional, así como a partir del examen de los principios que rigen el ordenamiento jurídico laboral y, fundamentalmente, teniendo en cuenta la función que cumple el derecho del trabajo en un sistema de relaciones laborales basado en la propiedad privada de los medios de producción, como el que rige en nuestro país.

2. Sobre la libertad sindical

Como se acaba de señalar, no existe una definición única respecto del alcance de la libertad en ninguno de sus aspectos o denominaciones (libertad de expresión, de reunión, etc.).

En lo referente a la libertad sindical, este concepto ha sido definido de distintas maneras y todas ellas de un modo amplio y con cierto grado de vaguedad, de modo tal que su transcripción no aporta, en realidad, una utilidad práctica de trascendencia aunque sí resulta relevante para dar un marco referencial que nos acerque al contenido concreto en el que se manifiesta la libertad sindical en los distintos ordenamientos, fundamentalmente, en el nuestro.

Es que el contenido de la libertad sindical suele estar condicionado, desde el punto de vista jurídico, por los avatares de las decisiones de política legislativa de cada país, según los distintos momentos históricos por los que atraviesa cada sociedad. Por ello, las definiciones que se efectúan permiten incluir distintos modelos de regulación de la libertad sindical de acuerdo con las preferencias del legislador, en cada etapa de la historia política de un país.

En este marco, se ha definido a la libertad sindical como “el derecho fundamental de los trabajadores a agruparse establemente para participar de la ordenación de las relaciones productivas”.²

También se la ha significado como “el derecho de los trabajadores a fundar sindicatos y a afiliarse a los de su elección, así como el derecho de los sindicatos al ejercicio libre de las funciones que le son atribuidas constitucionalmente para la defensa de los intereses del trabajo asalariado”.³

En nuestro país ha prevalecido en la doctrina la definición que considera a la libertad sindical como “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”.⁴

Ahora bien, como destacara más arriba, estas definiciones no especifican cuáles son, concretamente, esos poderes (o derechos) y ello obedece a que, como también ya fuera señalado, la concreta delimitación de los alcances que el ordenamiento jurídico reconoce a esta libertad varía según la etapa histórica de la que se trate, por lo que debe recurrirse, a los fines prácticos, a las definiciones plasmadas en nuestro derecho positivo y en el derecho internacional, que más adelante serán objeto de un análisis pormenorizado.

3. Sobre las condiciones para empezar a pensar en la libertad sindical

Conforme tiene dicho el Comité de Libertad Sindical (CLS) de la OIT y la Conferencia Internacional del Trabajo, para la existencia de la libertad sindical, en el país deben regir en pleno los derechos civiles y demás libertades de las cuales la libertad sindical es solo una de ellas, coexistiendo con

2. Ojeda Avilés, A. (1995), *op. cit.*, p. 153.

3. Palomeque López, M. C. y Álvarez de la Rosa, M. (1999), *op. cit.*, p. 383.

4. López, J. (1972). Aspectos de la libertad sindical. *Legislación del Trabajo, XX-B*, 673; definición reiterada por el autor en AAVV (1998). *Derecho colectivo del trabajo*. Buenos Aires: La Ley, p. 81.

la “noción de organización” que se encuentra comprendida en el principio de Libertad Sindical.

El Comité de Libertad Sindical tuvo diversos pronunciamientos al respecto: “Un movimiento sindical realmente libre e independiente solo puede desarrollarse en el respeto de los Derechos Humanos Fundamentales” (Dictamen N° 68 del CLS). En 1970, la Conferencia Internacional del Trabajo adoptó la Resolución sobre los Derechos Sindicales y su vinculación con los Derechos Civiles, en la que afirmaba que “los derechos conferidos a las organizaciones de trabajadores y empleadores se basan en el respeto a las Libertades Civiles. En particular, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, por otra parte el concepto de derecho sindical –como hemos dicho– carece de sentido cuando no existen tales libertades civiles.

Conforme esta resolución, los derechos fundamentales indispensables para el ejercicio de la libertad sindical son:

1. El derecho a la libertad y seguridad de las personas y a la protección contra la detención y la prisión arbitraria.
2. La libertad de opinión y de expresión.
3. El derecho de reunión.
4. El derecho a un proceso regular por tribunales independientes e imparciales.
5. El derecho a la protección de la propiedad de las organizaciones sindicales.

Desde este primer punto de vista, se puede afirmar que la legislación argentina, en lo formal, es conteste con los principios de la libertad sindical. No obstante, si bien estas “libertades” son un presupuesto ineludible para el ejercicio pleno de la “libertad sindical”, no puede soslayarse que responden a conflictos políticos distintos, circunstancia que debe tenerse en cuenta en el análisis.

Estas libertades, que en lo formal podemos afirmar que se respetan en el ordenamiento jurídico de nuestro país, tienen como fin establecer un razonable equilibrio entre el poder individual y el poder político o, dicho más claramente, entre el individuo y el Estado. En los inicios de los Estados modernos la idea de igualdad social era vista como enfrentada a la idea de libertad y fue durante esta etapa caracterizada por una ilimitada libertad donde tuvo su

origen este proceso inhumano de acumulación de capital que hoy padece la sociedad, y fue precisamente el derecho del trabajo uno de los instrumentos fundamentales a través de los cuales se estableció un límite a esta libertad que generaba desigualdad e injusticia social.

En sentido inverso, tampoco puede considerarse que una sociedad es auténticamente democrática y respetuosa de los derechos humanos si al mismo tiempo se limita o se cercena la libertad sindical de los individuos y sus asociaciones, toda vez que como lo ha destacado del Director General de la OIT, Francis Blanchard, “sin libertad sindical, la libertad del individuo está a merced de fuerzas tan poderosas que éste difícilmente puede influirlas, y menos aún doblegarlas”⁵. Esta herramienta resulta fundamental para que en la determinación de las condiciones de trabajo y en el reparto de las riquezas producidas los trabajadores puedan negociar de un modo tal que les permita alcanzar una vida en condiciones dignas.

Es más, a pesar de la construcción de distintos instrumentos destinados a ese mismo fin, ello no ha sido suficiente para garantizar un correlato entre la libertades civiles y políticas con la libertad económica ni para asegurarle a la persona una vida digna. Es que la libertad planteada en términos abstractos en el sistema capitalista es sinónimo de desigualdad social y de injusticia. Por eso también el concepto de libertad sindical debe necesariamente confrontarse con la realidad donde este principio debe regir, teniendo en cuenta cuál es el bien jurídico a tutelar, que es la libertad del trabajador con el alcance que luego se explicitará.

4. Finalidad de la libertad sindical

Para un mejor análisis de cualquier cuestión relativa a la libertad sindical, considero indispensable –como ya adelanté– determinar previamente cuáles son los fines de las organizaciones sindicales y al respecto considero que la Ley N° 23551 resume el alcance de tales objetivos de una manera clara: el

5. Blanchard, F. (1980). No hay libertad sindical sin sindicatos libres. *Información OIT*, 16(4), 1 y 2, citado por Corte, N. T. (1994), *op. cit.*, p. 80.

objeto de las asociaciones sindicales es la defensa de los intereses de los trabajadores y entiéndase por interés de los trabajadores todo cuanto se relacione con sus condiciones de vida y de trabajo. La acción sindical –señala la norma– contribuirá a remover los obstáculos que dificulten la realización plena del trabajador (conf. arts. 2 y 3).

La libertad sindical debe entenderse, entonces, no como un fin en sí mismo, sino como una herramienta para que los sindicatos puedan cumplir con los fines sindicales. Estos fines, referidos en esencia al desarrollo del hombre de trabajo, marcan el carácter instrumental del derecho colectivo respecto del derecho individual del trabajo. De ahí que los grandes principios fundantes, como el de libertad sindical, el de concentración y el de democracia, buscan la conjugación de sus términos de forma que sirvan a la efectiva concreción de aquellos objetivos.

En este camino, debe partirse de la afirmación de que la libertad sindical es esencial para el nacimiento del sindicato y para su desenvolvimiento autónomo respecto del estado y de los empleadores. Pero esta libertad debe entenderse como un medio para la realización de los fines propios de las organizaciones de trabajadores y solo adquirirá verdadera plenitud en el marco de un sindicalismo con fuerza frente a las otras partes sociales, la fuerza necesaria para hacer valer los derechos que defiende. La debilidad del sindicato es un impedimento para el desenvolvimiento progresista de la organización social. Por eso la libertad y la democracia sindical deben estar al servicio del fortalecimiento de la acción gremial y no de su atomización.⁶

En muchos casos respondiendo a estos objetivos pero, fundamentalmente, por una inevitable necesidad de adaptarse a la particular realidad que distingue a la cultura sindical argentina, la legislación nacional se ha caracterizado históricamente por ajustarse al modelo sindical que describiéramos más arriba, y que la doctrina ha denominado de unicidad sindical promocionada.⁷

6. Fernández Madrid, J. C. y Caubet, A. B. (2001). *Leyes fundamentales del trabajo. Sus reglamentos y anotaciones complementarias*. Buenos Aires: Erreius, p. 239.

7. También llamada “unidad estimulada” o “unidad promocionada”.

5. El contenido de la libertad sindical

Tal como se señalara en la definición efectuada por Justo López, la libertad sindical comprende tanto un conjunto de derechos o poderes en cabeza de los trabajadores individualmente como también en un conjunto derechos o poderes cuyos titulares son las asociaciones sindicales, esto es las personas jurídicas constituidas por los trabajadores.

A su vez, estos derechos, tanto los individuales como los colectivos, reconocen un aspecto positivo, como libertad para hacer determinados actos, pero también se pueden presentar (como ocurre en nuestra legislación) en su aspecto negativo. Esto es, como la libertad para no hacer, o dicho de otra forma, el derecho a no ser obligado a adoptar determinadas conductas (por ej., a afiliarse a una asociación sindical).

Desde el punto de vista individual-positivo, los trabajadores tienen el derecho a fundar asociaciones, afiliarse, permanecer en la afiliación, participar en el gobierno y administración de las asociaciones, tener igualdad de trato, reunirse y peticionar a las autoridades y empleadores, entre otros.

Desde el punto de vista individual-negativo, los trabajadores tienen el derecho a no afiliarse y a desafiliarse de una asociación sindical.

Desde el punto de vista colectivo-positivo, las asociaciones sindicales tienen el derecho de organizarse y actuar con autonomía. Ello comprende el derecho a dictar sus propios estatutos, determinar su nombre, su ámbito de actuación, de negociar colectivamente, de recurrir a medios de solución de conflictos colectivos, de hacer huelga y de adoptar las demás medidas legítimas de acción sindical que consideren oportunas. Asimismo abarca el derecho de constituir asociaciones de grado superior y de afiliarse a las ya constituidas, etc.

Desde el punto de vista colectivo-negativo, las asociaciones sindicales tienen, en nuestro ordenamiento jurídico, el derecho a no afiliarse o desafiliarse de las asociaciones sindicales de grado superior a las que estuvieran adheridas.

A continuación se detallará el contenido y alcance de cada uno de estos derechos de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico, esto es, la aplicación concreta que tienen en la realidad en función de lo que disponen las leyes,

decretos y demás normas emanadas de los poderes públicos, de la interpretación que han hecho los jueces de estas normas y de los usos y costumbres que caracterizan a las relaciones laborales colectivas de nuestro país; y luego se presentarán las actitudes típicas que constituyen actos violatorios de la libertad sindical.

6. El régimen jurídico de la libertad sindical

Las organizaciones de trabajadores reclamaron el reconocimiento de la libertad sindical mucho antes de que se creara la Organización Internacional del Trabajo, tal como lo señala el Informe de la Comisión de Expertos de la OIT.⁸

La Organización Internacional del Trabajo incorporó este principio ya en su Constitución como uno de los objetivos de su programa de acción, desde 1919.

En el preámbulo de la parte XIII del Tratado de Versalles⁹ se incluye “la afirmación del principio de la libertad de asociación sindical” entre los objetivos de ese organismo internacional, y el artículo 427 de ese pacto, relativo a los principios generales, proclama “el derecho de asociación para todos los fines que no sean contrarios a las leyes, así para los obreros como para los patronos”.

En 1944 se anexó a la Constitución de la OIT la Declaración de Filadelfia, en la que se reafirmaba, como uno de los principios fundamentales sobre los cuales está basada la Organización, que “la libertad de expresión y de asociación es esencial para el progreso constante”.

A partir de la creación de la Organización Internacional del Trabajo se fueron dictando sucesivas normas, tanto en el orden internacional como en el ordenamiento jurídico local que fueron componiendo el complejo espectro de derechos que componen hoy el concepto de libertad sindical.

Si bien ya se han enumerado en el capítulo referido a las fuentes del Derecho Colectivo del Trabajo las principales normas que reconocen la libertad

8. Organización Internacional del Trabajo (1994). *Libertad sindical y negociación colectiva*. Ginebra: OIT, p. 2.

9. Ratificado por Ley N° 11722.

sindical como un derecho fundamental de los trabajadores, resulta oportuno reiterar el contenido de las disposiciones más importantes de nuestro derecho interno en lo relativo a la libertad sindical y destacar con especial énfasis el contenido de las normas internacionales sobre la materia, con especial detenimiento en los convenios 87 y 98 de la OIT.

Entre las normas nacionales debe señalarse, en primer lugar, el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, incorporado en 1957 por la reforma constitucional que dejara sin efecto la Constitución de 1949, tal vez la más profunda en cuanto al reconocimiento de los derechos sociales y, en particular, los derechos de los trabajadores. Este artículo proclama que “el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador [...] organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial”.

A su vez, y fundamentalmente a partir de 1994, resulta ineludible recurrir también –como ya se ha resaltado– a las disposiciones de las normas internacionales que, conforme lo establece el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y deben entenderse complementarias de los derechos y garantías por ella reconocidos, que se encuentran expresamente enumeradas en esa norma y que contienen, algunas de ellas, disposiciones vinculadas con la libertad sindical.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el artículo 22, prescribe que “toda persona tiene el derecho de asociarse con otras para promover, ejercer y proteger sus intereses legítimos de orden sindical”.

La Declaración Universal de Derechos Humanos también dispone que “toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y asociación pacíficas” y que “nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación” (art. 20). Asimismo establece que “toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses” (art. 23).

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, a su vez, establece que “todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines laborales” (art. 16).

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señala que

los Estados partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar: a) el derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales. No podrán imponerse otras restricciones al ejercicio de este derecho 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 y libertades ajenos; b) el derecho de los sindicatos a formar federaciones y confederaciones nacionales y el de éstas a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas; c) 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 y libertades ajenos; d) el derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 22 prescribe:

1) Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses. 2) El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.

Entre los instrumentos internacionales se destacan, en orden cronológico, los siguientes: el Convenio sobre el derecho de asociación (agricultura) de 1921 (Nº 11) y el Convenio sobre el derecho de asociación (territorios metropolitanos) de 1947 (Nº 84). Recién en 1948 se adoptó el Convenio sobre la libertad sindical (Nº 87) y, al año siguiente, el Convenio sobre derecho de sindicación y de negociación colectiva (Nº 98), que son los instrumentos fundamentales en materia de libertad sindical.

A partir de estos instrumentos, la OIT ha adoptado una variedad de convenios que versan sobre los derechos sindicales y la negociación colectiva.

Entre esos convenios se destacan: 1) la Recomendación sobre los contratos colectivos, de 1951 (Nº 91), que trata sobre el procedimiento de las negociaciones colectivas, la definición de los contratos colectivos, los efectos de esos contratos, su extensión, su interpretación y el control de su aplicación; 2) la Recomendación sobre la conciliación y el arbitraje voluntarios, de 1951 (Nº 92), que está destinada a fomentar el establecimiento de organismos paritarios de conciliación y arbitraje; esta Recomendación destaca el carácter voluntario que deben tener esos mecanismos y aclara que ninguna de sus disposiciones puede interpretarse en modo alguno en menoscabo del derecho de huelga; 3) la Recomendación sobre la colaboración en el ámbito de la empresa, de 1952, (Nº 94); 4) la Recomendación sobre la consulta en las ramas de actividad económica y ámbito nacional, de 1960 (Nº 113); 5) el Convenio (Nº 154) y la Recomendación (Nº 163) sobre la negociación colectiva, de 1981, que tienen como objetivo el fomento de la negociación colectiva libre y voluntaria; 6) el Convenio (Nº 141) y la Recomendación (Nº 149), de 1975, sobre las organizaciones de trabajadores rurales, en los que se destacan las dificultades particulares que los trabajadores de ese sector poseen para el ejercicio de sus derechos sindicales; 7) el Convenio (Nº 151) y la Recomendación (Nº 159), de 1978, sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, donde se reconocen los derechos sindicales de los trabajadores de ese sector y las particularidades de su ejercicio en el ámbito estatal; 8) el Convenio (Nº 153) y la Recomendación (Nº 143), de 1971, sobre los representantes de los trabajadores, mediante los cuales se establecen pautas con el fin de mejorar la protección de los representantes de los trabajadores y asegurarles facilidades que les permitan desempeñar sus funciones en forma rápida y eficaz.

Pero las disposiciones fundamentales y de mayor contenido en cuanto al reconocimiento jurídico de la libertad sindical se encuentran en los convenios 87 y 98 de la OIT, cuyas cláusulas han adquirido jerarquía constitucional a partir de la reforma de 1994.

7. El Convenio N° 87 de la OIT

Este convenio de la OIT sobre “la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, fue aprobado por la Conferencia Internacional del Trabajo en 1948 y ratificado por nuestro país en 1959 a través de la Ley N° 14932.

Este convenio enfoca la libertad sindical tanto en el aspecto individual como en el colectivo y, además, reconoce derechos en cabeza de los trabajadores pero también de los empleadores.

Según el análisis de Falchetti,¹⁰ ampliamente difundido a partir de la obra de Néstor Corte, este convenio consagra cuatro garantías y dos cláusulas de salvaguarda, a saber:

La primera garantía está prevista en el art. 2° que otorga a los trabajadores y empleadores, sin ninguna distinción sin autorización previa, el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como de afiliarse a estas organizaciones, con la condición de observar sus estatutos. El precepto quiere excluir toda discriminación, ya sea por razones de ocupación, raza, sexo, credo. Nacionalidad u opinión política, como también entre trabajadores privados y del sector público. Garantiza la plena libertad de elección, desechando en consecuencia el monopolio sindical impuesto por el Estado pero no la unidad sindical cuando ella es resultado de la voluntad de los propios interesados. Asimismo proscribire la exigencia de una autorización estatal previa para constituir sindicatos, aun cuando admite la existencia de un registro de entidades sindicales llevado por el poder público, siempre y cuando la inscripción en el mismo no sea discrecional.

La segunda garantía se refiere a la autonomía colectiva de las asociaciones de trabajadores y empleadores, y surge del artículo 3° que les reconoce el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos –aunque la ley puede prescribir sus contenidos básicos–; la libre elección de sus representantes y la organización de su administración y de sus actividades, sin perjuicio de que la autoridad estatal pueda ejercitar un contralor financiero, siempre que no implique una injerencia arbitraria en la vida interna sindical. También garantiza este artículo 3° la for-

10. Falchetti Mignone, R. (1985). El papel de los sindicatos en la sociedad democrática, en épocas de crisis: tendencias del movimiento sindical moderno. *Trabajo y Seguridad Social*, 1060 y ss.

mulación de su programa de acción sindical, inclusive en el ámbito político, salvaguardando la finalidad esencial de carácter profesional y la futura continuidad de la asociación.

La tercera garantía es la norma del artículo 4º, por la cual se dispone que las organizaciones de trabajadores y de empleadores no están sujetas a suspensión o disolución por vía administrativa, requiriéndose por lo tanto que medidas tan extremas estén supeditadas a un pronunciamiento judicial rodeado de todas las garantías del debido proceso.

La cuarta garantía es la consagración del derecho de los sindicatos a constituir organismos de grado superior –federaciones y confederaciones– y el de éstas a adherirse a organizaciones internacionales de trabajadores o empleadores, como expresión de la solidaridad internacional.

La primera cláusula de salvaguarda radica en el artículo 7º según el cual la adquisición de la personalidad jurídica por estas entidades no puede estar sujeta a condiciones que desnaturalicen las demás garantías otorgadas por el mismo Convenio.

La segunda cláusula de salvaguarda consiste en que los trabajadores y los empleadores o sus respectivas organizaciones, al ejercer los derechos que el Convenio les reconoce, deberán respetar la legalidad y que los Estados que lo ratifiquen no dictarán leyes ni las aplicarán de manera que se menoscaben las garantías previstas en el Convenio.¹¹

8. El Convenio N° 98 de la OIT

El Convenio N° 98 sobre “el derecho de sindicación y de negociación colectiva” fue aprobado por la Conferencia Internacional del Trabajo de 1949 y ratificado por la Argentina a través del Decreto-Ley N° 11594/56.

Siguiendo el esquema propuesto, esta norma contiene en lo relativo a la libertad sindical dos garantías relacionadas con la discriminación antisindical por parte de los empleadores.

La primera garantía contemplada en el artículo 1º protege a los trabajadores contra todo acto discriminatorio tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con el empleo, en cuanto tienda a supeditar la contratación de un traba-

11. Corte, N. T. (1994), *op. cit.*, p. 92.

jador a la condición de que no se afilie a un sindicato o se desafilie del mismo; o bien cuando se lo despidan o perjudique de cualquier otra manera a causa de su afiliación o participación en actividades sindicales –dentro o fuera del horario de trabajo– consentidas por el empleador. Abarca la protección tanto al momento de la contratación del trabajador como al desarrollo de la relación laboral, y contempla no sólo el despido sino otras medidas como el traslado, negativa de ascensos, retrogradación, medidas disciplinarias, restricciones en materia salarial o en otras ventajas sociales, etcétera.

La segunda garantía es la que contempla el artículo 2º: la prevención contra actos de injerencia de una organización, respecto de la constitución, funcionamiento o administración de otras, ya sea directamente o por sus miembros o agentes. La norma específica ejemplos: fomentar la creación de sindicatos dominados por el empleador o sostener económicamente o en alguna otra forma organizaciones de trabajadores, para colocarlas bajo el control de un empleador o de una organización patronal.

A su vez, en el artículo 3º el convenio obliga a crear, cuando ello sea necesario, los organismos adecuados a las condiciones nacionales, para respetar el derecho de sindicación.

Además de estas “garantías” destinadas a proteger el derecho de sindicación, el convenio impone el deber de adoptar 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, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo”.

Capítulo 5

La libertad sindical individual

1. Contenido

1.1. Derecho de constituir sindicatos

Podría considerarse este derecho como una manifestación del derecho del que gozan todos los habitantes de la Nación de “asociarse con fines útiles” (conf. art. 14 de la Constitución Nacional), pero el derecho de constituir sindicatos tiene un alcance mucho mayor, más específico y destinado a una finalidad concreta y, por lo tanto, ha merecido una regulación diferenciada. Así, el reconocimiento jurídico de esta manifestación de la libertad se encuentra especialmente contemplado en el artículo 14 bis que dispone, específicamente, que las leyes asegurarán al trabajador el derecho a una “organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial”.

A su vez, el artículo 2 del Convenio N° 87 de la OIT establece que “los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes”.

Por otro lado, este derecho también se encuentra plasmado en la Ley de Asociaciones Sindicales cuando dispone que los trabajadores tienen el derecho de “constituir libremente y sin necesidad de autorización previa, asociaciones sindicales”.

De estas normas se desprende: a) que es un derecho que los trabajadores tienen, sin distinción, b) que el derecho a constituir asociaciones se debe poder ejercer sin ninguna clase de injerencia externa (“libremente”) y c) que este derecho puede ejercerse sin ningún otro requisito más que la simple inscripción en un registro especial, vedándose expresamente la posibilidad de que la fundación de una asociación sindical esté supeditada a alguna clase de permiso previo.

1.2. Derecho de afiliarse, no afiliarse y desafilarse

1.2.1. Opción por un sistema de libertad sindical amplia.

Reconocimiento del “aspecto positivo” y también del “aspecto negativo” de la libertad sindical

La libertad sindical se manifiesta, en su aspecto positivo, en el reconocimiento de una serie de derechos cuya finalidad es el fortalecimiento de la organización sindical como medio instrumental para la realización del objeto sindical (la mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores). Pero también puede reconocerse, y de hecho nuestra ley lo hace, el mismo derecho en sentido inverso (como el negativo de una fotografía). Así, el denominado “aspecto negativo” de la libertad de afiliación lo constituye la libertad para no afiliarse y para desafilarse.

En lo que respecta a la normativa internacional y, concretamente, a los parámetros universales que consagra la Organización Internacional del Trabajo, debe señalarse que el artículo 2 del Convenio N° 87 sobre libertad sindical solo prescribe que “los trabajadores sin ninguna distinción y sin autorización previa tienen el derecho de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas”.

Según la Organización Internacional del Trabajo existe libertad sindical en un país siempre y cuando se garantice a los trabajadores el derecho de afiliarse a una asociación sindical, pero no incluye el aspecto negativo de este derecho como parte del “contenido esencial” de la libertad sindical.

La falta de reconocimiento del derecho de no afiliarse y de desafilarse en el Convenio N° 87 como requisito esencial de la libertad sindical obedece a la fir-

me oposición sindical a que ello sucediera, dado que el reconocimiento de este derecho podría tener como consecuencia la prohibición de las denominadas cláusulas sindicales, también llamadas de seguridad o consolidación sindical.

La inclusión de este tipo de cláusulas en los convenios colectivos de trabajo, con sus diversas variantes, es una práctica habitual en numerosos países en donde la legislación sindical no las prohíbe. Se trata de cláusulas a través de las cuales se promueve la afiliación sindical limitando, precisamente, el derecho individual a no afiliarse y/o a de desafiliarse. Esta limitación se establece a través de la negociación colectiva, pactando en los convenios colectivos la obligación del empleador de contratar solo a trabajadores afiliados al sindicato o bien la obligación de despedir a los trabajadores que no se afilien y/o a los que se desafilien.

Basándose en los trabajos preparatorios del Convenio N° 87 y teniendo particularmente en cuenta el rechazo por la Conferencia Internacional del Trabajo de una enmienda cuyo objetivo era reconocer el derecho de los trabajadores a no afiliarse a una organización, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT ha reconocido que el artículo 2 del convenio

deja a la práctica y a la reglamentación de cada Estado la tarea de decidir si conviene garantizar a los trabajadores el derecho de no adherirse a una organización profesional o, al contrario, de autorizar y, en su caso, regular el uso de cláusulas y prácticas de seguridad sindical.

Por consiguiente, son compatibles con el convenio tanto los sistemas que prohíben las prácticas de seguridad sindical con el fin de garantizar el derecho de no afiliación como los regímenes que autorizan tales prácticas.¹

La permisión de este tipo de cláusula depende de una opción de política legislativa que corresponde a cada Estado en cada momento histórico.

A través de la tolerancia de estas cláusulas, lo que se hace es limitar la libertad individual en pos de fortalecer las organizaciones representativas del conjunto. Una vez más se advierte, en este caso en el derecho comparado,

1. Organización Internacional del Trabajo (1994), *op. cit.*, p. 48.

el carácter instrumental que presenta el derecho colectivo del trabajo cuya función no debe ser otra que la de dotar de herramientas suficientemente poderosas a los trabajadores para contrapesar el poder empresarial con la mayor eficacia posible.

En nuestro ordenamiento jurídico, en cambio, la Ley N° 23551 –continuando con el mismo criterio de las normas que le precedieron– reconoce el aspecto negativo de esta libertad sindical y garantiza a los trabajadores el derecho de afiliarse pero también el de no afiliarse y el de desafiliarse (art. 4).

Del mismo modo que en otros países, en nuestra legislación “el interés de la libre elección por parte del trabajador se considera preferente, de una manera explícita, respecto del interés del fortalecimiento de la organización, no habiendo realizado jamás el legislador una opción de signo distinto”.²

Se ha sostenido que la explicitación de este derecho “parece además lo adecuado con el sistema de unicidad promocionada, para permitir en condiciones, al menos de igualdad en afiliación, la posibilidad de disputa de la personería gremial”.³

1.2.2. Derecho de afiliarse

La afiliación es la inscripción espontánea de un trabajador en la asociación sindical representativa del universo en que realiza sus tareas. La decisión debe estar libre de presiones, franca o encubiertas. Si bien los estatutos regulan la conducta del trabajador respecto de su afiliación, no pueden obstaculizarla. La solicitud pertinente ha de resolverse por el órgano directivo de la asociación. Su rechazo debe ser confirmado por la asamblea inmediatamente posterior, pudiendo el pretensor accionar ante el Poder Judicial si considera violado el derecho sindical obrante en su esfera. En caso de afiliaciones sucesivas a

2. Giugni, G. (1983). *Derecho sindical*. Madrid: Servicio de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (España), p. 23, citado en Rodríguez, E. O. y Recalde, H. P. (1989). *Nuevo régimen de asociaciones sindicales*. Buenos Aires: Gizeh, p. 35.

3. Rodríguez, E. O. y Recalde, H. P. (1989), *op. cit.*, p. 35.

distintas asociaciones, la última hace caducar las anteriores, ya que la conducta del trabajador manifiesta su intención de abandonar la primera entidad.⁴

Ya se ha dicho que el Convenio N° 87 de la OIT destaca que los trabajadores tienen derecho, “sin distinción”, a afiliarse a las asociaciones sindicales ya constituidas. En este sentido, y en concordancia con lo dispuesto por el Convenio N° 87, el artículo 7 de la Ley N° 23551 prohíbe a las asociaciones sindicales “establecer diferencias por razones ideológicas, políticas, sociales, de credo, nacionalidad, raza o sexo”.

También en el artículo 12 se dispone que “las asociaciones sindicales deberán admitir la libre afiliación, de acuerdo a esta ley y a sus estatutos, los que deberán conformarse a la misma”.

Todo trabajador tiene, entonces, el derecho de ser incluido como afiliado en la asociación sindical en cuyo ámbito de actuación se encuentra comprendido. De esta forma, el sindicato que pretende representar una determinada actividad, oficio, profesión, categoría o empresa está obligado a aceptar la afiliación de cualquier trabajador, sin distinción alguna, que se desempeñe en ese ámbito.

Requisitos de la afiliación

No obstante la vigencia de estas reglas generales, el derecho de los trabajadores a afiliarse no es absoluto y se ejerce –también lo destaca el propio Convenio N° 87– con la condición de observar los estatutos de la asociación y, conforme nuestro ordenamiento, siempre que se cumpla con las demás condiciones establecidas minuciosamente en la reglamentación.

De esta forma el Decreto N° 467/88 reglamenta el ejercicio del derecho de afiliación, en primer lugar, estableciendo distintas causales que pueden justificar el rechazo de la solicitud de afiliación de un trabajador. Estas causas que se encuentran taxativamente enumeradas son las siguientes:

- a) incumplimiento de los requisitos de forma exigidos por los estatutos;
- b) no desempeñarse en la actividad, profesión, oficio, categoría o empresa que representa el sindicato;

4. Capón Filas, R. (1993), *op. cit.*, p. 149.

c) haber sido objeto de expulsión por un sindicato sin que haya transcurrido un año desde la fecha de la medida;

d) hallarse procesado o haber sido condenado judicialmente por la comisión de un delito en perjuicio de una asociación sindical de trabajadores, si no hubiese transcurrido un lapso igual al plazo de prescripción de la pena, contado desde que la sanción hubiera terminado de cumplirse.

El decreto reglamentario dispone que la solicitud de afiliación “sólo podrá ser rechazada” por algunos de los motivos precedentemente señalados, de modo tal que no pueden agregarse otros motivos en los estatutos. Los únicos requisitos que puede incorporar el estatuto tienen que ver exclusivamente con exigencias “de forma” pero no serían válidas ni exigibles al trabajador otras condiciones que no sean meramente formales.

Se ha criticado esta norma, por un lado, porque limita la autonomía estatutaria, prevista en el derecho de “aprobar sus estatutos” (art. 5, inc. c), incluyendo los “derechos y obligaciones de los afiliados, requisitos para su admisión y procedimiento para su separación” (art. 16, inc. c), al limitar la posibilidad de que los estatutos prevean otras causales, no meramente formales, para no admitir a un trabajador dentro de su seno.

La disposición que permite rechazar la solicitud de afiliación por la mera circunstancia de estar “procesado” por la comisión de un delito en perjuicio de una asociación sindical también ha merecido reproche por contradecir el principio de presunción de inocencia. El rechazo de una solicitud por este motivo podría ser cuestionado con base en lo dispuesto por el artículo 18 de la Constitución Nacional.

La reglamentación establece que la solicitud de afiliación debe ser resuelta por el órgano directivo de la asociación sindical, para lo cual cuenta con un plazo perentorio de treinta días hábiles a contar desde su presentación. Si transcurre ese plazo sin que hubiera decisión al respecto, el decreto dispone que “se considerará aceptada”. De modo tal que si no fue aceptada expresamente, la afiliación se entiende aceptada tácitamente si a los treinta días hábiles desde su presentación no fuera expresamente rechazada.

1.2.3. Derecho de permanecer

El derecho a afiliarse implica no solo el derecho a ser admitido dentro del seno de una asociación sindical sino también el de no ser excluido indebidamente, esto es, el derecho de permanecer en la asociación sindical. De lo contrario el derecho a afiliarse no tendría ningún valor. Sería un derecho sin contenido si se admitiera la posibilidad de expulsar a un trabajador sin una causa justificada.

En concordancia con esta idea, la Ley N° 23551 dispone que los estatutos necesariamente deben contener el “procedimiento para su separación, que garantice el derecho de defensa” del afiliado (art. 12, inc. c). Y el Decreto N° 467/88 reglamenta, de manera minuciosa, las situaciones y el procedimiento por el cual puede excluirse a un trabajador de una asociación sindical, tanto provisoria o definitivamente.

1.2.4. Derecho de no afiliarse y desafiliarse

Ya se señaló que nuestro sistema reconoce el aspecto “negativo” de la libertad sindical a pesar de que se encuentra previsto en los convenios de la OIT sobre libertad sindical (convenios 87 y 98).

El derecho de “no afiliarse” y de “desafiliarse” también se encontraba garantizado en nuestro país en las normas que precedieron a la actual Ley de Asociaciones Sindicales, y ello a pesar de la existencia de distintas experiencias legislativas en la normativa nacional, todas ellas orientadas hacia modelos destinados a promover la fortaleza de las organizaciones de trabajadores.

Ninguna norma superior impide al legislador limitar o incluso habilitar la supresión del derecho de no afiliarse o desafiliarse. Esta limitación, además, podría reglamentarse con distintos alcances, no obstante lo cual en nuestro modelo prevalece una consagración amplia de este aspecto de la libertad sindical individual.

Dentro de las formas de reglamentar este derecho, en primer lugar, cabe recordar una diferenciación de importancia fundamental que ha sido señalada por Ernesto Krotoschin. El autor citado advierte que la “libertad de no

sindicación” puede manifestarse de dos maneras: a) como el derecho de no afiliarse a una determinada organización sindical; b) como el derecho de no afiliarse a ninguna de las organizaciones existentes.

Resulta razonable que el trabajador no se vea obligado a afiliarse a una determinada asociación, pero lo que sí podría imponerse es la obligación de afiliarse a alguna asociación sindical. De esta forma le queda al trabajador la libertad de elegir el sindicato al que decide afiliarse o bien de constituir otra asociación sindical si es que ninguna de las existentes es de su agrado.

Y si bien esta disposición puede considerarse una limitación de la libertad desde el punto de vista individual y liberal de este concepto, también es cierto que la afiliación obligatoria no solo contribuye al fortalecimiento de las organizaciones sindicales frente a los empleadores sino que también puede enriquecerlas desde el punto de vista de la democracia interna, e incluso podría ser un mecanismo que contribuya a darle dinamismo al sistema de personería gremial.

Con el mismo fundamento, basado en el principio de solidaridad, que ha dado lugar a la consagración legislativa de la afiliación forzosa a una determinada obra social –ahora flexibilizado con la posibilidad de elegir la obra social, pero manteniéndose la obligación de afiliarse–, podría imponerse la afiliación obligatoria sin que ello resulte violatorio del principio de libertad sindical consagrado en nuestra Constitución nacional, y delimitado conforme los parámetros de la Organización Internacional del Trabajo.

Algunos autores, en esta misma línea de pensamiento, han asimilado la afiliación sindical con la ciudadanía política:

el momento está cerca –afirmaban en 1939 Capitant y Cuhe– en que cada uno se sentirá en su profesión como se siente en su patria, y en que no será posible sustraerse a los deberes de la solidaridad profesional, como no es posible sustraerse a los deberes de la solidaridad nacional.⁵

5. Capitant, H. y Cuhe, P. (1939). *Précis de législation industrielle*. París: Librairie Dalloz, p. 121, citado por Corte, N. T. (1994), *op. cit.*, p. 128.

Es que, como señala Krotoschin,

parece difícil sostener que la libertad de no afiliarse sea el reverso natural de la libertad de afiliarse. Al contrario, si la organización sindical es considerada como condición esencial para el pleno desarrollo de las fuerzas sociales que ella debe reunir, sería lógico y consecuente hacer del derecho de afiliación un deber no solamente moral sino jurídico. Por eso, sería absolutamente concebible que la Constitución sólo hubiera querido proteger el aspecto positivo del derecho de afiliación y que con respecto a su lado negativo la protección no existiera en un grado mayor al que se infiere de las leyes comunes.⁶

Desde otro punto de vista, merece destacarse que en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra admitida –y regulada– la posibilidad de imponer a los trabajadores, a través de los convenios colectivos, una “contribución de solidaridad” (obligatoria y compulsiva) a favor del sindicato, aun a los trabajadores que no estén afiliados a esa asociación. Se ha justificado esta posibilidad de distintas maneras,⁷ pero lo cierto es que sí se admite que pueda

6. Krotoschin, E. (1979). *Tratado práctico de derecho del trabajo: volumen II*. Buenos Aires: Depalma, pp. 54 y 56.

7. Ver Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, en pleno (CNTrab) en autos: “Federación Obrera Ceramista de la República Argentina c/ Cerámica San Lorenzo I.C.S.A.” 22/10/2003, La Ley 31/10/2003, 5 - DJ 2003-3, 667 - DT 2003-B, 1674 - IMP 2003-B, 2608, en el dictamen del Fiscal General se señala que estas contribuciones “han sido avaladas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación [ver, en particular, *Fallos* 282:269 y el análisis de Rodríguez Mancini, J. (1998). *Las instituciones del Derecho Colectivo del Trabajo y la Constitución Nacional*. En E. O. Álvarez, *Derecho colectivo del trabajo* (pp. 55 y ss). Buenos Aires: La Ley] y se justifican, como ya lo he recordado, porque los logros y avances en las condiciones de trabajo, obtenidas por la asociación sindical con personería gremial, se extienden, por el efecto “erga omnes” sobre los contratos de trabajo de los dependientes no afiliados [ver, asimismo, Krotoschin, E. (1979), *op. cit.*, pp. 1556 y ss]. En consecuencia, es razonable exigirles una contraprestación por esa suerte de gestión de negocios de carácter legal, que irroga para la entidad una labor y un costo”. Además que “esta ha sido la posición tradicional del Comité de Libertad Sindical de la OIT, que hizo una impecable descripción al afirmar que en una situación como la nuestra, en la cual un agente negociador goza por ley el derecho de negociación exclusiva de todos los trabajadores de la actividad, el pago obligatorio de una suma de dinero por parte de los no afiliados al ente, a cambio de los beneficios que les aporta el contrato colectivo, adquiere el carácter de una suerte de contraprestación y no es incompatible con lo dispuesto por el Convenio 87” [ver Organización

imponerse una cotización forzosa, pero no se acepta que se lo pueda obligar a incorporarse al conjunto de derechos que impone la condición de afiliado. La contradicción es clara. La ley admite imponer de manera compulsiva las “obligaciones” que tiene el afiliado (de aportar económicamente), pero se considera un ataque a la libertad sindical el hecho de reconocerle, compulsivamente también, no solo las obligaciones sino también los derechos que otorga esa condición (participar de la vida interna, elegir, ser elegido, hacer uso de las instalaciones, hoteles, etc.).

No debe perderse de vista que la libertad sindical no es un fin en sí mismo sino un instrumento para que los trabajadores puedan, a través de sus organizaciones, realizar el verdadero objetivo en función del cual se asocian y accionan: el de mejorar sus condiciones de vida y de trabajo.

1.2.5. Las cláusulas sindicales

Sin llegar a reglamentar de modo general la obligatoriedad de la afiliación, existen numerosos países en donde se admite que la libertad individual de no afiliarse o de desafiliarse pueda ser limitada en pos de los beneficios que otorga al conjunto de los trabajadores el incremento de la cantidad de afiliados y de la capacidad económica de la asociación.

El mecanismo a través del cual se han implementado estas restricciones es por medio de la negociación colectiva y, concretamente, a través de la inclusión en los convenios de las denominadas “cláusulas sindicales”, también llamadas “cláusulas de seguridad sindical” o “cláusulas de consolidación sindical”.

Se trata de cláusulas que disponen prohibiciones –directas o indirectas– dirigidas al empleador para que no contrate trabajadores no afiliados al sindicato pactante, o bien bajo la forma de obligación de despedir a trabajadores que no se afilien o que se desafilien al sindicato.

Las cláusulas más frecuentes son las siguientes:

a. La cláusula *closed shop* (taller cerrado). En el convenio colectivo se establece una disposición por la cual el empleador se compromete a no contratar

Internacional del Trabajo (1994), *op. cit.*, pp. 49 y ss].

trabajadores que no estén afiliados al sindicato firmante. Se trata de una cláusula que limita la libertad de no afiliarse.

b. La cláusula *union shop* (taller sindical). Se establece en el convenio la obligación del empleador de despedir a aquellos trabajadores que estén trabajando en la empresa, o que recién ingresan a la empresa y que no se afilien dentro de un plazo determinado. Esta cláusula también limita la libertad de no afiliarse.

c. La cláusula *hiring hall* (agencia de contratación). Se pacta que los empleadores contraten trabajadores exclusivamente a través de la bolsa de trabajo del sindicato. Como para estar incluido en esta nómina también hay que estar afiliado, esta cláusula limita también la libertad de no afiliarse.

d. La cláusula *preferencial hiring* (contratación preferente). Se establece en el convenio colectivo que, al momento de incorporar a un trabajador, el empleador debe dar preferencia al trabajador que esté afiliado al sindicato por sobre el que no lo esté. Es otra forma de limitar la libertad de no afiliación, pero de una manera más tenue, en tanto admite la posibilidad de contratar trabajadores no afiliados, mientras no haya otro postulante en igual situación que sí lo esté.

e. La cláusula *maintenance of membership* (mantenimiento en la afiliación). Esta cláusula dispone que el empleador se obliga a despedir a los trabajadores que se desafilien del sindicato firmante del convenio. En este caso la libertad que se limita es la de desafiliarse.

f. La cláusula *preferencial shop* (tratamiento preferencial). Se establece en el convenio colectivo derechos exclusivos para los trabajadores que estén afiliados al sindicato y que no se reconoce al resto. Este tipo de cláusula, que también podría considerarse como una limitación a la libertad de no afiliarse, se encuentra expresamente prevista en la Ley de Convenciones Colectivas de Trabajo (N° 14250) cuando establece que “la convención colectiva podrá contener cláusulas que acuerden beneficios especiales en función de la afiliación a la asociación profesional de trabajadores que la suscribió” (art. 9).

g. La cláusula *agency shop* (cotización sindical obligatoria). Se pacta en el convenio que los trabajadores no afiliados al sindicato también deben efectuar una contribución obligatoria a favor de la asociación sindical y que el

empleador debe actuar como agente de retención de dicho aporte. Al respecto, el segundo párrafo del artículo 9 de la Ley de Convenciones Colectivas de Trabajo también permite que “las cláusulas de la convención por las que se establezcan contribuciones a favor de la asociación de trabajadores participantes, serán válidas no solo para los afiliados, sino también para los no afiliados comprendidos en el ámbito de la convención” (art. 9, Ley N° 14250).

La utilización de estos términos en idioma inglés obedece, fundamentalmente, a que este tipo de cláusulas se utilizan y se encuentran permitidas en países de tradición anglosajona (Estados Unidos, Gran Bretaña, Australia, Nueva Zelanda, Canadá, etc.).

1.3. Derecho de reunirse y de realizar actividades sindicales

El derecho de reunión es, en realidad, una de las actividades sindicales que realizan los trabajadores. El derecho de realizar actividades sindicales comprende un sinnúmero de actos que tienen que ver o pueden encontrarse vinculados con el objeto de una asociación sindical. Así, este derecho comprende la potestad individual de cada trabajador, incluso con independencia de que exista una organización sindical dentro del ámbito donde presta servicios, de llevar a cabo cualquier tipo de actividades de índole sindical y que no se encuentran expresamente enumeradas en el resto de los incisos del artículo 4.

En cuanto al derecho de reunión, se encuentra reconocido no solo como un derecho individual de los trabajadores (art. 4, inc. c) sino también como un derecho de la asociación sindical (art. 23, inc. e).

Este derecho individual de reunión, otorgado en cabeza de los trabajadores como derecho subjetivo, tiene implicancia, fundamentalmente, en su ejercicio dentro de la empresa o lugares de trabajo, lugar en donde se pueden presentar las mayores dificultades para su ejercicio y los conflictos más frecuentes.

Pero también es un derecho que suele ejercerse en lugares públicos o incluso en el propio sindicato, al margen de las reuniones o asambleas a las que convoque una asociación sindical. Este derecho tiene una íntima relación, por

supuesto, con el derecho a la participación que presupone también el derecho a la información.

En el aspecto colectivo, las asociaciones sindicales tienen el derecho de realizar reuniones o asambleas sin necesidad de autorización previa (art. 23, inc. e), y en el aspecto individual, los trabajadores tienen el derecho de asistir (aspecto positivo) así como el de no hacerlo (aspecto negativo de la misma libertad). Por lo tanto, deben considerarse actos violatorios de la libertad sindical no solo cualquier acto que tienda a prohibir, expresa o implícitamente, obstruir o dificultar el derecho a participar de una reunión gremial, sino también aquellas conductas patronales que impliquen una imposición en sentido contrario.

De acuerdo con lo dispuesto por la ley, los trabajadores tienen derecho a desarrollar asambleas en el lugar de trabajo. Ese es el ámbito natural y más adecuado para ejercer el derecho de reunión que se potencia con la deliberación y constituye, además, una de las formas de hacer operativa la actividad de participar y peticionar.

No existe disposición alguna que reglamente o establezca requisitos o condiciones para el ejercicio del derecho de reunión. Esta circunstancia ha generado que se produzcan conflictos en torno a algunas situaciones.

En primer término, respecto del lugar de reunión, siendo la empresa el espacio común de los trabajadores resulta lógico que utilicen ese ámbito para reunirse, de modo que, salvo en excepcionales circunstancias, debidamente fundadas, los empleadores no podrían oponerse a que las reuniones se lleven a cabo dentro de la empresa.

En segundo lugar, respecto del momento u oportunidad, se discute si los trabajadores tienen derecho a reunirse durante la jornada de trabajo o si, por el contrario, este derecho pueden ejercerlo una vez concluidas sus obligaciones laborales.

En estos casos, en general se considera que este derecho debe ejercitarse con aviso previo al empleador, y en lugares y momentos de la jornada laboral en que causa el menor inconveniente posible a las actividades de la empresa.⁸

8. Bussi, H. y Corte, N. T. (1983). *Manual del delegado gremial: guía práctica para su desempeño*. Buenos Aires: Macchi, p. 21.

Esta norma está relacionada con el artículo 8 de la ley, en tanto garantiza la democracia interna, para lo que es necesario una fluida comunicación entre los órganos internos de la asociación y sus afiliados. En ese sentido, resulta oportuno recalcar la importancia de este aspecto del instituto, ya que la representación de los trabajadores en la empresa también es un órgano de la asociación. En consecuencia, para efectivizar la fluida comunicación, son necesarias reuniones que se cumplirán con o sin el procedimiento de una asamblea para tratar la actividad interna del sindicato, las cuestiones referidas a la negociación colectiva, todo planteo de conflicto o de huelga, o medidas legítimas de acción sindical, o que pueda tener relación con el funcionamiento del sindicato.

Si se cumple con el oportuno aviso y la reunión o asamblea no afecta severamente el desenvolvimiento de la empresa, el empleador no puede denegar arbitrariamente este permiso. Además, cualquier obstrucción a este derecho puede ser considerado una práctica sindical (art. 53, inc. c) lo mismo que la adopción de represalias por este motivo (art. 53, inc. e).

1.4. Derecho de peticionar ante las autoridades y los empleadores

El derecho de petición se encuentra garantizado a todos los habitantes en el artículo 14 de la Constitución Nacional de modo que, en tanto los trabajadores también son personas, pareciera sobreabundante la mención expresa que se efectúa en la Ley de Asociaciones Sindicales. Sin embargo, a veces olvidadas como esta son puestas en tela de juicio no solo por empleadores sino incluso por algunos doctrinarios.

En función de ello no ha estado de más la consagración explícita del derecho de los trabajadores, tanto individual como colectivamente, de efectuar peticiones aclarándose además que comprende el derecho de peticionar tanto ante las autoridades como ante los empleadores.

A su vez, y aunque no está expresamente mencionado, el derecho de peticionar también puede estar dirigido hacia la asociación sindical y sus distintos órganos.

1.5. Derecho de participar en la vida interna de las asociaciones sindicales

Los derechos reconocidos en el inciso e del artículo 4 se vinculan con el ejercicio efectivo de uno de los aspectos esenciales que requiere un sistema sindical democrático. La democracia sindical forma parte de la libertad sindical y, a su vez, la efectividad de este aspecto de la libertad sindical es esencial para que la asociación sindical funcione democráticamente. Sin el efectivo ejercicio del derecho de participación, la democracia se vuelve una simple formalidad.

El derecho de elegir libremente a sus representantes, de ser elegidos y de postular candidatos por supuesto que constituyen elementos esenciales de unas relaciones democráticas dentro de la asociación, pero no bastan. Una auténtica democracia sindical solo puede fundarse sobre la efectiva participación si no de la totalidad, de una gran parte del colectivo de los trabajadores. La participación no solo se expresa al momento de elegir los representantes, también se debe manifestar en todas las instancias de la vida interna de la organización: en las instancias de información y toma de decisiones (reuniones, asambleas, consultas), en las instancias de control (solicitando información, participando de las asambleas donde se aprueba el balance, otorgando mandato a los delegados que participan de los congresos, etc.) y en los momentos en los que la asociación adopta medidas de acción directa (huelgas, paros, movilizaciones, etc.).

Pero la forma mínima de participación en la vida de una asociación es a través de la afiliación y, a pesar de que el nuestro es de los países con mayor tasa de afiliación, lo cierto es que los niveles descendieron mucho a partir de 1990, producto, entre otros factores, de la cultura individualista que ha venido ganando terreno paulatinamente desde la ruptura del orden democrático en 1976, llegando a su mayor expresión durante toda la década de 1990.

En una segunda instancia, también resulta indispensable el reconocimiento de los derechos electorales para que la asociación sindical tenga un funcionamiento auténticamente democrático, aun en aquellas integradas por un grupo reducido de afiliados.

Todo trabajador tiene el derecho de afiliarse y todo afiliado tiene el derecho de ser elegido o postular candidatos a través de la conformación de agrupaciones internas, o listas para participar de los comicios sindicales.

Y si bien es razonable que existan ciertas exigencias para postularse o presentar una lista, la reglamentación del régimen electoral debe ser razonable. A partir de la realidad recogida luego de años de funcionamiento de las asociaciones sindicales, la Ley N° 23551 dispuso que “las asociaciones sindicales garantizarán la efectiva democracia interna” y, entre otras medidas que fomentan la participación de los afiliados, dispuso una serie de reglas destinadas a evitar la existencia de obstáculos que puedan dificultar excesivamente el ejercicio de los derechos electorales.

Capítulo 6

La libertad sindical colectiva

1. El principio de la autonomía colectiva

A la libertad sindical en el aspecto colectivo, esto es, desde el punto de vista de los derechos, facultades y garantías que se reconocen a las asociaciones sindicales con el fin de proteger los intereses de los trabajadores, también se la denomina en la doctrina como “autonomía colectiva”, “autonomía sindical”, “autarquía sindical” o “independencia sindical”.

A través de la consagración normativa de este principio se busca asegurar que las asociaciones sindicales puedan constituirse y actuar libremente, es decir, sin interferencias externas que limiten, dificulten o impidan su creación y su funcionamiento.

La libertad sindical colectiva se realiza, entonces, en primer lugar, a través de la libertad de las asociaciones sindicales para organizarse autónomamente, pero además, a través de la libertad para actuar o, dicho de otra forma, cuanto menores sean las restricciones tanto para constituirse como para funcionar.

2. Contenido de la libertad sindical colectiva

2.1. Libertad para organizarse

El primer aspecto de la libertad sindical desde el punto de vista colectivo lo constituye el derecho de las asociaciones sindicales a organizarse sin

interferencias. La libertad de organización de los trabajadores comprende el derecho de constituir las asociaciones que estimen convenientes sin autorización previa, el de dictar sus propias normas de funcionamiento interno y el de asociarse, a su vez, con otras organizaciones constituyendo asociaciones de grado superior.

Entonces, y más allá del alcance que en cada ordenamiento pueda otorgarse a la autonomía colectiva, puede afirmarse que existe libertad para organizarse solo si se garantiza y respeta la autonomía constitutiva, la autonomía estatutaria y la autonomía federativa de las asociaciones sindicales como parte inescindible de la libertad sindical, condiciones que deben estar presentes en una sociedad que pretenda ser respetuosa de los parámetros establecidos por la Organización Internacional del Trabajo.

2.1.1. Autonomía constitutiva

Acto de creación

Las asociaciones sindicales son una creación de los trabajadores que nunca ha dependido de una autorización estatal. Por el contrario, y como ya se señaló, los sindicatos han nacido y se han desarrollado aun a pesar de la expresa prohibición de los poderes públicos.

Pero a partir del reconocimiento jurídico de las asociaciones sindicales por parte de los Estados modernos, los trabajadores gozan de un conjunto de derechos, facultades y garantías (libertades) entre las que se encuentra, precisamente, la de constituir o fundar sindicatos.

No obstante, el acto de creación sigue siendo previo al de su reconocimiento jurídico.

El Estado no crea sindicatos sino que se limita a reconocer su existencia, a establecer, mediante un acto de carácter declarativo, la capacidad jurídica de la asociación preexistente, o sea, el reconocimiento del carácter de persona jurídica de la asociación, y junto con este, también el reconocimiento de una serie de derechos y obligaciones expresamente consagrados en el ordenamiento jurídico.

La constitución de una asociación sindical se materializa, entonces, a través de la expresión de la voluntad de un conjunto de trabajadores de conformar un ente colectivo que los agrupe y fortalezca con el fin de mejorar sus condiciones de vida y de trabajo y, a partir de su inscripción, el sindicato adquiere personalidad jurídica, capacidad para actuar como sujeto de derecho y protección de su actividad por parte del ordenamiento.

Si bien no existe una formalidad jurídica determinada al respecto, “el acto constitutivo asume habitualmente las características de una asamblea espontánea, no sujeta a recaudos preestablecidos en cuanto a convocatoria y procedimiento a seguirse en ella, en la cual los fundadores de la entidad adoptan la decisión colectiva de asociarse con fines específicos. Puede tratarse de un acto único o bien de asambleas o sesiones sucesivas, en las cuales, luego de declararse la conveniencia y la oportunidad de constituir la nueva asociación, se designa una comisión directiva o ejecutiva provisoria o promotora que asumirá la representación del grupo organizado, y se someten a elaboración los estatutos sociales, que serán considerados –en su caso– en posteriores sesiones del grupo fundacional”¹

La autonomía constitutiva se materializa, pues, en tanto los trabajadores puedan concretar estos pasos sin interferencias de terceros (ni del Estado, ni de los empleadores, ni de partidos políticos ni de otras asociaciones sindicales).

En nuestro ordenamiento jurídico, la Constitución Nacional establece que los trabajadores tienen derecho a una “organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro”.

Este registro es llevado por el Ministerio de Trabajo, conforme lo dispuesto por el inciso 1 del artículo 56 de la Ley N° 23551. Actualmente esa función la cumple a través de la Dirección Nacional de Asociaciones Sindicales.

La Ley de Asociaciones Sindicales (LAS) y su decreto reglamentario no solo le dan operatividad a esta disposición constitucional sino que también establecen algunas formalidades que deben seguirse para poder inscribir una asociación sindical.

1. Corte, N. T. (1994), *op. cit.*, p. 278.

En primer lugar, en el artículo 21 la ley dispone que

las asociaciones sindicales presentarán ante la autoridad administrativa del trabajo solicitud de inscripción haciendo constar:

- a) nombre, domicilio, patrimonio y antecedentes de su fundación (se refiere aquí al acta de la asamblea que dispuso la creación de la asociación).
- b) Lista de afiliados.
- c) Nómina y nacionalidad de los integrantes de su organismo directivo.
- d) Estatutos.

El decreto reglamentario añade que la lista de afiliados debe contener la mención del lugar donde se desempeñan y, además, que la autoridad de aplicación podrá requerir la acreditación de que los afiliados se desempeñen, efectivamente, en la actividad, oficio, profesión, categoría o empresa que sirvan para establecer el ámbito personal de la asociación sindical.

La autonomía constitutiva comprende, además, la libertad de los trabajadores de elegir el ámbito personal y territorial dentro del cual pretenden actuar.

Así, la ley permite la constitución de asociaciones por actividad, por empresa, profesión, categoría u oficio, dentro de los más variados ámbitos territoriales (nacional, provincial, regional, local, etc.) e incluso en los distintos niveles previstos en la legislación (de primer grado – sindicatos o uniones–; de segundo grado –federaciones– y de tercer grado –confederaciones–).

En efecto, el art. 5 de la Ley N° 23.551 dispone que “las asociaciones sindicales tienen los siguientes derechos: [...] c) adoptar el tipo de organización que estimen apropiado [...] y constituir asociaciones de grado superior.

Antes de proceder a la inscripción, el Ministerio de Trabajo efectúa un controlador de legalidad consistente en verificar que la asociación sindical cumpla con los requisitos de forma y de fondo exigidos por la ley. Por medio de los re-

caudos enumerados en el artículo 21 de la LAS, la autoridad de aplicación verifica el cumplimiento de las disposiciones de la ley relativas a la composición del órgano directivo y, fundamentalmente, a lo que presta mayor atención es a que el contenido de los estatutos se ajuste a las pautas previstas en la ley en cuanto al objeto, a la estructura interna, al funcionamiento democrático, etc.

2.1.2. Autonomía estatutaria

El artículo 3 del Convenio 87 garantiza el libre funcionamiento de las organizaciones de trabajadores y empleadores y, entre los derechos que reconoce con ese fin, está el de redactar sus estatutos y reglamentos.

También la Ley N° 23551 establece, como un derecho de las asociaciones sindicales, el de “aprobar sus estatutos”.

No obstante el reconocimiento de esta libertad, lo cierto es que la ley reglamenta de manera detallada el contenido que deben contener los estatutos, de manera tal que esta autonomía no es ilimitada sino que está condicionada por las exigencias impuestas por la legislación, cuya inobservancia puede acarrear, precisamente, la no aprobación del estatuto y, con ella, la no inscripción de la asociación sindical. Las reglas que debe respetar el funcionamiento interno de la asociación, y que vienen impuestas desde el Estado, tienen como finalidad garantizar su adecuación al modelo sindical vigente, de modo tal que las organizaciones se estructuren bajo los principios de la libertad sindical, la democracia interna y la concentración de la fuerza sindical.

El Ministerio de Trabajo controla la legalidad de los estatutos, tanto al inscribirse una asociación como al momento de registrar la modificación de su estatuto. En ejercicio de esta prerrogativa la autoridad de aplicación puede formular observaciones y, de no adecuarse el estatuto a esos señalamientos, negarse a inscribirlo. En este caso, la asociación sindical puede recurrir esta decisión ante la justicia en los términos de lo dispuesto por el artículo 62 de la Ley N° 23551.

2.1.3. Autonomía federativa

Las asociaciones de trabajadores suelen agruparse en federaciones, ya sea de estructura vertical (integradas por asociaciones que representan a una misma actividad, profesión, oficio o categoría de distintas regiones) o de estructura horizontal (conformada por asociaciones que representan a trabajadores de todas las actividades, pero de una misma región). A su vez, estas federaciones se unen con otras y conforman confederaciones de carácter nacional o interprofesional.

La formación de este tipo de “asociación de asociaciones” tiene como objetivo acrecentar la fuerza sindical y su capacidad de negociación frente al poder patronal y al poder estatal. La Comisión de Expertos también ha señalado que estas organizaciones de grado superior contribuyen a defender eficazmente los intereses de los afiliados, sobre todo en el caso de los pequeños sindicatos a quienes no siempre les es posible reclutar de entre el escaso número de sus afiliados a suficientes dirigentes con buena formación.

Es por ello que, de manera similar al derecho que poseen los trabajadores de constituir las asociaciones que estimen convenientes y de afiliarse a ellas libremente, la libertad sindical en el aspecto colectivo también reconoce a las asociaciones de trabajadores el derecho de constituir organizaciones de grado superior sin autorización previa del Estado y el de asociarse a las ya constituidas.

Como señala Corte, la unidad de acción, que constituye una de las “ideas fuerza” más relevante del modelo sindical argentino,

ha sido encauzada e institucionalizada a través de la unidad orgánica de la C.G.T. fundada el 27 de septiembre de 1930, cuya constitución no ha sido el producto de una imposición heterónoma por vía legislativa o administrativa, sino gestada ‘desde abajo hacia arriba’ por decisión autónoma emanada de las organizaciones que integran el movimiento obrero argentino, cuyos integrantes la conciben y la valoran como la institución representativa por antonomasia de la clase trabajadora del país.²

2. *Ibíd.*, p. 25.

2.2. Libertad para actuar

El segundo aspecto de la libertad sindical desde el punto de vista colectivo lo constituye el derecho de las asociaciones sindicales de actuar sin interferencias. La libertad de acción de las asociaciones sindicales se vincula también con la amplitud del objeto reconocido por la ley a este tipo de asociaciones. En concordancia con esta amplitud de fines que puede perseguir una asociación sindical, en nuestro ordenamiento jurídico la libertad de actuación se encuentra establecida en el artículo 5 de la Ley de Asociaciones Sindicales cuando reconoce que las asociaciones sindicales tienen el derecho de “formular su programa de acción y realizar todas las actividades lícitas en defensa del interés de los trabajadores” aclarándose, además, en dicha norma que “en especial” las asociaciones tienen el derecho “a negociar colectivamente, el de participar, el de huelga y el de adoptar demás medidas legítimas de acción sindical”.

De esta forma, la libertad para actuar comprende no solo la actuación gremial en sentido estricto, sino también la libertad de actuar en el ámbito de lo político y de lo social, todo ello con el objeto de perseguir la defensa del interés de los trabajadores y de remover los obstáculos que dificulten su realización plena.

Al establecer el derecho de realizar “todas las actividades lícitas en defensa del interés de los trabajadores”, se consagra un dispositivo amplio y coherente con los artículos 1, 2 y 3 de la ley que, como señala Corte, “ha suprimido toda exclusión de ciertas actividades lícitas que el régimen derogado pretendió imponer a las asociaciones gremiales, vedándoles la actuación en el terreno político o en las actividades con fines de lucro”³

2.3. Actuación política

Según señala Rodríguez Mancini, la legislación generalmente impone como objeto principal ineludible el de la defensa de los intereses profesionales de los trabajadores, sin perjuicio de que puedan cumplir secundariamente

3. *Ibíd.*, p. 144.

otras actividades regularmente vinculadas al bienestar material y espiritual de sus integrantes y representados. En particular, la actividad política de los sindicatos puede estar autorizada expresamente o simplemente no prohibida y, en algunos casos, al contrario, expresamente vedada, de todo lo cual en nuestro país hemos tenido ejemplos.⁴

No obstante esta opinión, la actuación política de las asociaciones sindicales se ha transformado en un hecho generalizado en la mayoría de los países democráticos.

En nuestro país este hecho ha sido receptado por la Ley N° 23551 a través de la cual se ha dejado sin efecto la prohibición legal que establecía el artículo 8 del Decreto-Ley N° 22105. También algunos otros antecedentes normativos establecieron prohibiciones similares pero tampoco tuvieron eficacia práctica.

Es que, como señala Lyon-Caen la “licitud de los medios políticos al servicio de los fines profesionales es incontestable”⁵ y las dificultades no surgen porque los sindicatos hayan invadido la escena política, sino por todo lo contrario; porque la política no es solo parlamentaria, y el poder social que encarnan los sindicatos es tan político como el poder económico detentado por los empresarios.

Pero no debe confundirse esta libertad de actuar más allá de lo estrictamente reivindicativo con la identificación ideológica o partidaria del sindicato. Ya que la neutralidad ideológica de la asociación sindical no significa de manera alguna apoliticidad de las organizaciones argentinas, sino una manera práctica de procurar que, dadas las inevitables y estrechas vinculaciones entre la actividad gremial y la militancia política y religiosa, las divergencias que pudieran derivar de estas últimas no afecten ni debiliten la unidad y coherencia de acción que requiere el mejor cumplimiento de los fines sindicales.

En los hechos es sumamente difícil establecer una clara distinción entre la actividad reivindicativa y las facetas políticas de esa reivindicación.

4. Rodríguez Mancini, J. (dir.) (1993). *Curso de derecho del trabajo y de la seguridad social*. Buenos Aires: Astrea, p. 450.

5. Lyon-Caen, G. (1969). *Syndicats et partis politiques*, p. 174, citado por Ojeda Avilés, A. (1995), *op. cit.*, p. 43.

La distinta denominación entre la acción reivindicativa y la acción política (en sentido estricto) obedece a la necesidad histórica de un reparto de papeles entre los sindicatos y los partidos obreros. Así, a través de una interpretación reduccionista del término, se ha limitado el concepto de política exclusivamente a las acciones dirigidas a la conquista del poder político, es decir, del gobierno del Estado.

La participación en actividades que exceden de lo estrictamente gremial y se vinculan con la política en el sentido amplio del término tiene como finalidad, precisamente, la de cumplir el objeto social que tienen los sindicatos que no es otro que el de defender los intereses de los trabajadores, entendiendo el interés de los trabajadores como todo cuanto se relacione, no solo con su condiciones de trabajo, sino también con sus condiciones de vida y, en particular, el de remover los obstáculos que dificulten la realización plena del trabajador.

Por eso el Comité de Libertad Sindical ha sostenido que “una prohibición general de toda actividad política de los sindicatos no sólo sería incompatible con los principios de la libertad sindical, sino que carecería de realismo en cuanto a su aplicación práctica”, como así también que “es difícil efectuar una distinción clara entre lo político y lo realmente sindical”⁶.

Es que ya en los trabajos preparatorios del Convenio N° 87⁷ se había indicado que no cabe limitar estrictamente la acción de las organizaciones sindicales a la sola esfera profesional, dado que en la práctica la elección de una política general decidida por el Gobierno casi siempre tiene repercusiones en las condiciones de los asalariados (remuneración, vacaciones, condiciones de trabajo, marcha de la empresa, seguridad social, etc.). Esta relación resulta patente en el caso de la aplicación de una política económica nacional (por ejemplo, la incidencia de los programas de austeridad presupuestaria o de control de precios y salarios, o los efectos de una política de ajuste estructural, etc.), pero puede asimismo afectar concretamente a los trabajadores en el

6. OIT (1985). *La libertad sindical: recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, pp. 351 y ss.

7. CIT (1948). *31ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo* (Actas). Organización Internacional del Trabajo. Ginebra, pp. 458-459.

marco de opciones políticas o económicas más generales (como, por ejemplo, los acuerdos bilaterales o multilaterales de libre intercambio o la aplicación de las directivas que emanan de las instituciones financieras internacionales, etc.) e inclusive de decisiones que rebasan el ámbito de la soberanía nacional (por ejemplo, el traslado de empresas de un lugar a otro, cuyos efectos repercuten sobre el empleo y los salarios). Si bien el mejoramiento de las condiciones de trabajo mediante la negociación colectiva sigue siendo un eje fundamental de la acción de los sindicatos, la Comisión de Expertos considera que la evolución del movimiento sindical y la aceptación cada vez más amplia de su calidad de interlocutor social de pleno derecho exigen que las organizaciones de trabajadores puedan pronunciarse sobre los problemas de carácter político en el sentido amplio del término y, en particular, expresar públicamente su opinión sobre la política económica y social del gobierno.

En el mismo sentido, el Comité de Libertad Sindical ha sostenido que

los intereses profesionales y económicos que los trabajadores y sus organizaciones defienden, abarcan no sólo la obtención de mejores condiciones de trabajo o las reivindicaciones colectivas de orden profesional, sino también la búsqueda de soluciones a las cuestiones de política económica y social a los problemas que se planteen en la empresa y que interesan directamente a los trabajadores.⁸

2.4. Actuación social

Además de su función gremial y política, las asociaciones sindicales en nuestro país se han caracterizado por desarrollar una amplia actuación en el plano de lo social.

En este sentido, el papa Juan Pablo II señaló en la encíclica *Centesimus Annus* que

en medio de la crisis del desempleo y de la exclusión social, los sindicatos no solo son instrumentos de negociación sino también “lugares” donde se expresa la personalidad de los trabajadores. Los servicios que brindan contribuyen al

8. OIT. Comité de Libertad Sindical (1996). *La libertad sindical*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, p. 8.

desarrollo de una verdadera cultura del trabajo y ayudan a aquellos a participar de manera plenamente humana en la vida de la empresa.⁹

En ese campo, la acción sindical ha abarcado también actividades con fines asistenciales, culturales, educativos, comunitarios, recreativos, deportivos, turísticos, de salud, de capacitación profesional, de capacitación político-sindical, de derechos humanos, de género, etc.

En definitiva, las organizaciones gremiales, efectivamente y tal como luego lo estableciera expresamente la ley al recoger la realidad histórica, han sido una herramienta destinada a remover todos los obstáculos que dificultan la realización plena del trabajador y su familia. Por ello, basada en el hecho social, la ley les reconoce a las asociaciones sindicales una amplia capacidad de actuación más allá de lo estrictamente gremial.

De este modo, es posible advertir, por ejemplo, la cantidad de hoteles sindicales diseminados a lo largo de todos los centros turísticos del país, construidos con el aporte de los trabajadores y que han permitido a miles de obreros disfrutar del derecho a un descanso en lugares como Mar del Plata o Córdoba a los que originariamente no tenían acceso más que unos pocos privilegiados por sus altos ingresos.

Asimismo, muchos sindicatos han desarrollado una frondosa actividad en el ámbito educativo, creando o sosteniendo instituciones educativas de los distintos niveles, incluso existen organizaciones que han inaugurado instituciones de estudios terciarios y universitarios.

También en el ámbito deportivo y recreativo se destacan las importantísimas actividades y también las instalaciones de muchas organizaciones, previstas para que los trabajadores puedan acceder a centros de esta naturaleza, muchos de los cuales, por su infraestructura, son utilizados por clubes de fútbol para realizar entrenamientos así como concentraciones previas a una competencia.

La creación de “mutuales” ha sido otra de las formas de acción social de los sindicatos. Cabe recordar que, conforme la Ley N° 20321, una mutual es

9. Juan Pablo II (1991). *Centesimus Annus*. Recuperado de http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/es/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_01051991_centesimus-annus.html.

una asociación “constituida libremente, sin fines de lucro, por personas inspiradas en la solidaridad, con el objeto de brindarse ayuda recíproca frente a riesgos eventuales o de concurrir a su bienestar material y espiritual, mediante una contribución periódica”. En definitiva, estas entidades están destinadas a dar cobertura complementaria de los regímenes de seguridad social a contingencias determinadas (fallecimiento, enfermedad, maternidad, etc.) y de esa forma contribuir a remover obstáculos que puedan dificultar la realización plena del trabajador.

En defensa de los intereses de sus representados, las organizaciones sindicales han actuado incluso en el marco de la protección del medio ambiente y ello ha sido avalado por la jurisprudencia. En efecto, se ha resuelto que

una agrupación sindical posee legitimidad para promover una acción de amparo con sustento en la protección del medio ambiente –en el caso, la Unión Obrera Metalúrgica de la República Argentina pretendió que se impida la tala de árboles que correspondían a plantaciones que proveen renovación de aire en una zona de industrias– si el estatuto de aquella contempla entre sus fines fundamentales favorecer los objetivos de garantía de los derechos de los trabajadores, así como representar y defender sus intereses, abarcando este último concepto todo cuanto se relacione con sus condiciones de vida y de trabajo.¹⁰

Otra forma de actuación en el campo de lo social ha sido y es a través de la creación de cooperativas. Por medio de esos instrumentos, las entidades sindicales pueden, entre otras finalidades, facilitar a los trabajadores el acceso total o parcial a la propiedad de las fuentes de trabajo. Estas y otras formas de propiedad social funcionan como modelo para organizar colectivamente el acceso a la vivienda.¹¹

10. Cámara Primera de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Nicolás. 27/02/2003. “Unión Obrera Metalúrgica de la República Argentina - Seccional San Nicolás c/ Ente de Promoción del Plan Comirsa”. Pose, C. (2003). Acción amparista sindical para lograr la tutela del medio ambiente: nota al fallo. *Derecho del Trabajo, 2003-B* (octubre), 1536-1538.

11 Rodríguez, E. O. y Recalde, H. P. (1989), *op. cit.*, p. 126.

Capítulo 7

Protección de la libertad sindical

1. Introducción

En la experiencia de las legislaciones comparadas así como en la historia de nuestra regulación se advierte la presencia de distintos mecanismos destinados a proteger la libertad sindical en sus distintos aspectos. A los fines de presentarlos resulta **útil la clasificación efectuada por Néstor Corte**, quien los divide entre mecanismos preventivos, mecanismos reparatorios y mecanismos sancionatorios.

Los mecanismos preventivos son aquellos destinados a evitar que se produzca un acto antisindical. Ante determinadas acciones que comúnmente obedecen a motivaciones antisindicales, la ley establece instancias previas a la adopción de esas medidas, de modo tal de detectar, antes de su concreción, una medida que atente contra la libertad sindical y así neutralizarla.

El mecanismo más común es el de establecer que antes de adoptar alguno de esos actos (en general el despido, la adopción de sanciones o modificaciones en las condiciones de trabajo de trabajadores que ejercen una representación sindical) se deba recurrir a una instancia previa en la que se demuestre la existencia de una justa causa que excluya una motivación antisindical.

La determinación de la existencia de una justa causa legitimante y la autorización que habilita a adoptar la medida propuesta quedan en manos de un órgano ajeno a las partes en conflicto.

Esta autorización previa puede emanar: de la propia organización sindical,¹ de un organismo interno de la empresa con representación sindical (comité o consejo de empresa),² de la inspección del trabajo,³ o bien de la justicia laboral.⁴

Los mecanismos reparatorios son procedimientos que no alcanzan a evitar que el acto antisindical se produzca pero procuran remediar expeditivamente sus efectos, evitando que se prolonguen en el tiempo los agravios que esa conducta discriminatoria ocasiona a los derechos de la libertad sindical. El medio adecuado es la prohibición de innovar o una medida cautelar que ordene el inmediato reintegro del trabajador afectado a su empleo o la reposición de las condiciones de trabajo alteradas, restableciéndose así el estado de cosas anterior al surgimiento del litigio, hasta tanto se pronuncie sobre el mismo el organismo competente.⁵

A su vez, la previsión de la nulidad del acto violatorio de la libertad sindical es otra medida que suele acompañar a la anterior de modo de restablecer la situación al estado anterior a la conducta antisindical. Así, la adopción de medidas sin justa causa o sin cumplimentar el procedimiento formal establecido como requisito de su validez trae como consecuencia la reinstalación del trabajo en su puesto de trabajo en el caso de que la medida fuera un despido, o el restablecimiento de las condiciones de trabajo modificadas, además del pago de los salarios correspondientes al tiempo durante el cual el trabajador fue improcedentemente desplazado o suspendido.

Los mecanismos sancionatorios consisten en la previsión de penas pecuniarias para los empleadores que afecten de algún modo alguno de los derechos que hacen a la libertad sindical. Las sanciones pueden consistir en el pago de una indemnización especial al trabajador que ha sido víctima individual y directa de la medida, en la aplicación de una multa que puede ir

1. En Italia, pero solamente para efectuar un traslado (artículo 22 del *Statuto dei lavoratori*).

2. República Federal Alemana, ley del 15/1/72, artículo 7-20. Francia, *Code du Travail*.

3. Francia, *Code du Travail*. Venezuela, artículo 204 de la *Ley de Trabajo*.

4. Colombia, *Código Sustantivo del Trabajo* (arts. 405-408). Brasil, artículo 453 de la *Consolidação*.

5. Bartolomei de la Cruz, H. G. (1976). *Protección contra la discriminación antisindical*, citado por Corte, N. T. (1994), *op. cit.*, p. 446.

destinada a las arcas del Estado y, en algunos casos, también puede imponerse como sanción una pena privativa de la libertad.

Estos mecanismos no son excluyentes y, por el contrario, suelen utilizarse de manera combinada y complementaria. Los mecanismos esenciales para lograr la efectiva vigencia de los bienes jurídicos tutelados –tal como señala Corte– son los de carácter preventivo y reparatorio, en tanto que los medios sancionatorios o represivos pueden tener una real utilidad como complementos de aquellos, en tanto que por su aplicación estricta y efectiva adquieran una real fuerza disuasoria, sobre todo si se los regula en relación directa con aquellos, supeditando la cuantía de la sanción a que el empleador haya persistido en la conducta antisindical o sea reincidente en ella, o bien acate en forma inmediata la orden de cese y restablecimiento de las condiciones alteradas.

2. El amparo sindical

La Ley de Asociaciones Sindicales establece que

todo trabajador o asociación sindical que fuere impedido u obstaculizado en el ejercicio regular de los derechos de la libertad sindical garantizados por la presente ley, podrá recabar el amparo de estos derechos ante el tribunal judicial competente, conforme al procedimiento sumarísimo establecido en el artículo 498 del Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Nación o equivalente de los códigos procesales civiles provinciales, a fin de que éste disponga, si correspondiere, el cese inmediato del comportamiento antisindical.

La incorporación de esta disposición no registra antecedentes en la legislación nacional y la mayoría de los autores coincide en que la fuente de inspiración provendría de la Ley Orgánica de Libertad Sindical española.⁶

Se establece una acción de carácter genérico y sumamente amplia. Esta norma no hace más que darle operatividad a la cláusula constitucional que

6. Scotti, H. (1998). La protección a la actividad gremial. En A.A.V.V. (1998), *op. cit.*, (pp. 369 y ss); Rodríguez Mancini, J. (1992). Acción de tutela por conductas antisindicales, *Trabajo y Seguridad Social*, p. 208; Strega, E. (2004). *Asociaciones sindicales: Ley 23.551*. Buenos Aires: La Ley, p. 305.

ordena a las leyes asegurarle al trabajador una organización sindical libre y democrática, y que prescribe que los representantes gremiales deben gozar de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión, en particular, las relacionadas con la estabilidad de su empleo.

El amparo sindical previsto en el artículo 47 se ve complementado por la acción sumarísima dispuesta en el artículo 52 que refuerza la protección de la libertad sindical en determinados supuestos. En efecto, el artículo 47 es aplicable para cualquier supuesto de afectación de la libertad sindical y puede solicitarse, por su intermedio, el cese de cualquier conducta antisindical. Lo que la ley hace luego es, sencillamente, presumir la existencia de una motivación antisindical en determinados actos (el despido, la suspensión o la modificación de las condiciones de trabajo de determinados trabajadores –fundamentalmente los representantes sindicales de asociaciones sindicales con personería gremial–) que solo puede desvirtuarse mediante la acreditación previa, en sede judicial, de la existencia de una causa justificada. Sobre el régimen de las acciones previstas en esa norma volveremos más adelante.

El mecanismo protectorio previsto en el artículo 47, por su naturaleza y amplitud, no tiene antecedentes similares en la historia de la legislación sindical argentina. Se trata de una acción autónoma y especial de amparo que se aparta del régimen general previsto en la Ley N° 16986. Esta disposición resulta armónica con la posterior incorporación en el texto constitucional de la disposición que reconoce que

toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Esta disposición constitucional es una norma general prevista para proteger los derechos y garantías reconocidos en la Constitución, en un tratado o

en una ley, mientras que el artículo 47 es una norma específica que contiene una acción dirigida exclusivamente destinada a amparar la libertad sindical.

En cuanto a la aplicación de las disposiciones de la Ley N° 16986 y del artículo 321 el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN) deben considerarse condicionadas al carácter amplio y protectorio del artículo 43 de la Constitución Nacional y al carácter específico y posterior del artículo 47 de la Ley N° 23551.

Al respecto cabe señalar que, de acuerdo con la redacción del artículo 47, para que sea procedente la acción sumarísima no parece ser necesario que el acto cuestionado contenga arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, como exige el artículo 321 inciso 2 del CPCCN. Por el contrario, es suficiente la mera demostración de la existencia de un acto que impida u obstaculice el ejercicio regular de los derechos de la libertad sindical, aun cuando no se manifieste con la claridad y contundencia que se exige para la procedencia del amparo en otros supuestos, vinculados con otros derechos.

En el mismo sentido se han pronunciado Scotti,⁷ quien señala que ello es así por cuanto el precepto remite solo al artículo 498 del CPCCN y sus similares, esto es, a la vía procesal a utilizar, pero no contiene referencia alguna a que para la procedencia de la misma deba acudir a las pautas del citado artículo 321. Sin embargo, esta opinión no es compartida por otros autores, como Eduardo Álvarez,⁸ quienes sostienen que para activar la acción genérica de tutela sindical resulta imprescindible que el acto cuestionado contenga arbitrariedad o ilegalidad manifiesta. En el mismo sentido, Etala afirma que “para que sea procedente el amparo, el acto u omisión del agente productor de la lesión a la libertad sindical debe estar afectado por una arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, es decir, que surja con toda evidencia.”⁹

7. Scotti, H. (1998), *op. cit.*, p. 372.

8. Ver dictamen de la Procuración General del Trabajo en el fallo CNAT, Sala III, en *Derecho del Trabajo, 1990-B*, p. 2329.

9. Etala, C. A. (2002), *op. cit.*, p. 101.

2.1. Sujetos legitimados

Ya se ha señalado que esta acción, a diferencia de la prevista en el artículo 52 de la misma ley no se encuentra restringida a una categoría determinada de sujetos. Por el contrario, la legitimación activa para interponer el amparo sindical es sumamente amplia tal como lo expresa la norma: “todo trabajador o asociación sindical [...] puede recabar el amparo de sus derechos ante el tribunal judicial competente”.

De esta forma, tienen derecho a ejercer esta acción:

a) Todo trabajador: nótese que la ley es absolutamente abarcativa y no efectúa distinciones, por lo que pueden iniciarla, en caso de ver obstruido un derecho sindical, tanto trabajadores con o sin representación sindical, los candidatos, los trabajadores afiliados o no afiliados a una asociación sindical, sea esta con personería gremial o simplemente inscripta. También pueden iniciarla tanto trabajadores del sector público como privado, de cualquier actividad, sea que estén “efectivos” o con contratos temporarios, etc.

b) Toda asociación sindical: aquí tampoco se efectúan distinciones por lo que sería incorrecto distinguir entre asociaciones con o sin personería gremial, de primero, segundo o tercer grado; de actividad, de empresa o de profesión, oficio o categoría.

2.2. Los sujetos pasivos de la acción

La acción puede ser dirigida contra cualquier sujeto que impida u obstaculice el ejercicio regular de estos derechos. Puede iniciarse contra el Estado, si en virtud de algún acto administrativo, lesiona uno de esos derechos; también puede iniciarse contra actos u omisiones de los empleadores o de las organizaciones de empleadores, con independencia de que también puedan constituir una práctica desleal, en cuyo caso podrían acumularse las acciones; e incluso también pueden ser sujetos pasivos de esta acción los sindicatos (son frecuentes las violaciones a la libertad sindical de algunos trabajadores por parte de la asociación sindical) y hasta podría demandarse a un trabajador o un grupo de ellos si cometieran alguno de los actos susceptibles de activar esta acción.

2.3. Las conductas que pueden motivar la acción

El objeto de esta acción también se caracteriza por su amplitud. Cualquier conducta que impida u obstaculice el ejercicio de cualquiera de los derechos que componen la libertad sindical puede dar lugar al inicio del amparo sindical por parte del sujeto damnificado.

A diferencia de la acción especial de la que gozan los representantes sindicales, que solo está prevista para neutralizar tres actos (los despidos, las suspensiones y las modificaciones de las condiciones de trabajo cuya motivación sea antisindical, motivación que, reitero, se presume en estos casos salvo prueba en contrario que debe producirse previo a la adopción de alguna de esas medidas), la acción prevista en el artículo 47 puede interponerse para hacer cesar no solo un despido, una suspensión o una modificación de las condiciones de trabajo dispuestas como medio para afectar la libertad sindical, sino para hacer cesar cualquier otro acto u omisión que produzca una lesión a cualquiera de los derechos que hacen a la libertad sindical.

Así, dentro de la amplia e inagotable gama de actos antisindicales, y solo a guisa de ejemplo, podrían mencionarse la obstrucción del derecho a constituir una asociación sindical, de afiliarse a una ya constituida, de no afiliarse, de desafiliarse, de reunirse y desarrollar actividades sindicales, de peticionar ante las autoridades y los empleadores, de participar de la vida interna de una asociación sindical, de ser elegido y postular candidatos; o bien el derecho de las asociaciones de afiliarse a otras de grado superior o desafiliarse, formular su programa de acción y realizar todas las actividades lícitas en defensa del interés de los trabajadores, etc.

Para impedirles la afiliación sindical y la participación en actividades sindicales, los empleadores suelen emplear tres modalidades: condicionar el empleo de un trabajador a la no afiliación a una organización sindical, despedirlos y hostigarlos de cualquier otro modo.¹⁰ Capón Filas agrega que el empleador puede inferir en la esfera del pretensor del empleo para que no se afilie a un sindicato o para que, al contrario, se afilie al sindicato cooptado

10. Rendón Vásquez, J. (1994). *Manual del Derecho del trabajo colectivo*. Lima: Edial, p. 94.

por él. Del mismo modo, puede inferir en la esfera del trabajador para que se desafilie o se afilie a una entidad cooptada.

Entonces, la acción bajo análisis ha sido prevista por el legislador como una suerte de acción residual para exigir el cese de un comportamiento antin-sindical en todos aquellos casos en los que no existe un medio expresamente previsto para alcanzar el mismo fin de protección de los derechos. Entre esos medios específicos se destacan la acción de reinstalación prevista en el artículo 52; los recursos contra actos de la autoridad administrativa del trabajo regulados en los artículos 59 a 62 de la Ley N° 23551. También se ha sostenido que el remedio del artículo 47 no puede admitirse para reemplazar los procedimientos previstos legalmente para perseguir el cobro de los créditos a favor de las asociaciones sindicales de trabajadores, en concepto de cuotas sindicales o aportes pactados en las convenciones colectivas, aunque el incumplimiento del empleador pudiera constituir una práctica o comportamiento antisindical.¹¹ En el mismo sentido se ha resuelto que los conflictos intrasindicales se encuentran regidos por los artículos 59 y 60 de la Ley N° 23551 y resultan, en principio, ajenos a las directivas del artículo 47 de la misma ley.¹² También se ha señalado que

dentro de la economía de la ley 23.551, el control de los procesos electorales que se llevan a cabo en las asociaciones gremiales, está a cargo de la autoridad de aplicación, artículo 56 inciso 4), por lo cual aun acordando al artículo 47 una interpretación tan simple como la que se da para usarlo como instrumento para prácticamente todo, cabría admitir que la intervención de la Justicia Nacional del Trabajo por la vía sumarísima debe ser subsidiaria y, en cuanto a esa materia concreta, interpretada con criterio restrictivo.¹³

11. Rodríguez Mancini, J. (1992), *op. cit.*, p. 297.

12. Conf. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala V. 06/06/90, *Trabajo y Seguridad Social*, 1990, 645.

13. Conf. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala IV. 31/03/95. "Battaglia, Amilcar c/ Junta Electoral Nacional de la Asociación del Ministerio de Enseñanza Técnica s/ amparo". *RLySS*, 1(6), 647.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha decidido que por la vía del artículo 47 de la Ley N° 23551 no corresponde a los jueces ordenar la realización de comicios sindicales ni la oficialización de listas impugnadas.¹⁴

2.4. El objeto del reclamo y el alcance de la sentencia

En cuanto al objeto del reclamo y los alcances de la decisión a dictarse en estos casos existen distintas posturas. Por un lado se ha sostenido que “el remedio implantado por el artículo 47 tiene un carácter cautelar y provisorio: obtener el cese inmediato del comportamiento antisindical hasta tanto se resuelve la cuestión litigiosa por la vía procesal correspondiente”.¹⁵ De acuerdo con esta postura, el órgano judicial llamado a intervenir en el marco de la acción contemplada en dicha norma debe limitar su pronunciamiento a hacer cesar en forma inmediata el comportamiento violatorio de la libertad sindical del afectado.

En este sentido, se enmarca el citado fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos “Borda, Ramón y otro c/ UTGHR” del 13 de noviembre de 1990, en el que se ha hecho mérito del trámite parlamentario de la Ley N° 23551, en cuyo transcurso se descartó la modificación propuesta por el senado, en el sentido de que la acción podía comprender, además, “la reparación de sus consecuencias ilícitas”.¹⁶

Se sostiene que la pretensión

no puede ir más allá de poner coto a una conducta violatoria del derecho al ejercicio pleno de la libertad sindical, quedando para otro litigio, en el marco de un proceso “ordinario” con amplitud de debate y sin limitaciones probatorias, la determinación y resarcimiento si fuere el caso, de los eventuales perjuicios que pudiera haber sufrido la víctima de aquel reprochable comportamiento.¹⁷

14. Corte Suprema de Justicia de la Nación. 13/11/90. “Borda, Ramón y otro c/ Unión de Trabajadores Gastronómicos de la República Argentina”. *Trabajo y Seguridad Social*, 1991, 302.

15. Corte, N. T. (1994), *op. cit.*, p. 461.

16. Diario de Sesiones, Antecedentes Parlamentarios de la ley 23.551. *Servicio de Información Parlamentarias*, (224), pp. 1937, 2291 y 2301.

17. Scotti, H. (1998), *op. cit.*, p. 373.

No comparto esta posición, dado que, si bien puede ser razonable en algunos casos, en muchos otros puede dar lugar a dispendios jurisdiccionales inútiles, como en el caso de que un trabajador al que se le niega el derecho a desafiliarse deba primero requerir el cese de ese comportamiento y solo después reclamar el pago de los créditos originados por las indebidas retenciones de la cuota sindical.

Debe tenerse en cuenta, como señala Scotti, que si bien

en el plano de la teoría parece resultar muy clara esta distinción, puede no serlo tanto frente a las numerosas y variadas facetas que puede revestir una conceptualización legal que, por fuerza, ha resultado genérica [...] por lo que no será sencillo distinguir entre hacer cesar ese proceder antisindical por un lado y la reparación de los agravios que el mismo haya causado.

Por ello entiendo que deben ser los jueces los que decidan, en cada caso concreto, si la reparación de los daños que ocasione el proceder antisindical merezcan el inicio de una nueva acción, ordinaria, o si, a través del mismo proceso sumarísimo es posible dirimir ambos conflictos sin afectar el derecho de defensa de las partes y sin ocasionar un dispendio jurisdiccional innecesario.

Por otro lado, el desdoblamiento de las acciones podría dar lugar a la existencia de sentencias contradictorias con las consecuencias que ello acarrea desde el punto de vista de la seguridad jurídica.

Es que el artículo 47 de la Ley N° 23551 nada dice acerca de los alcances de la sentencia dictada en un juicio de amparo en cuanto a si ella trae aparejada la existencia de cosa juzgada material o simplemente formal. En cambio, el artículo 13 de la Ley N° 16986 dice que

la sentencia firme declarativa de la existencia o inexistencia de la lesión, restricción, alteración o amenaza arbitraria o manifiestamente ilegal de un derecho o garantía constitucional hace cosa juzgada respecto del amparo, dejando subsistente el ejercicio de las acciones o recursos que puedan corresponder a las partes, con independencia del amparo.

Por su otro lado, en el inciso 6 del artículo 498 del CPCCN se dispone que “en el supuesto del art. 321, inc. 2º, la demanda rechazada únicamente podrá reproducirse si tuviere lugar un nuevo acto, cuya reparación no pueda obtenerse por vía de ejecución de sentencia”.

Palacio distingue dos supuestos: a) si la sentencia hace lugar a la pretensión comprobando la lesión de un derecho constitucional a raíz de un acto manifestamente arbitrario o ilegal, el órgano judicial ha resuelto la totalidad del conflicto y queda descartada la posibilidad de que la misma cuestión sea objeto de un ulterior proceso, pues dicha sentencia adquiere eficacia de cosa juzgada en sentido material; b) si, por el contrario, el órgano judicial desestima la pretensión por considerar que la determinación de la eventual invalidez del acto requiere mayor amplitud de debate o de prueba, no importa, en consecuencia, prejuizamiento alguno acerca de la fundabilidad del derecho del demandante, que puede ser válidamente reclamado mediante la vía judicial que corresponda.¹⁸

En definitiva, coincido con Etala en cuanto a que para resolver esta cuestión no pueden formularse soluciones con carácter general, siendo necesario atender a la pretensión deducida por el demandante, a la naturaleza de la cuestión debatida y al contenido de la decisión de tribunal.¹⁹

2.5. Competencia y procedimiento

Conforme lo dispone el artículo 63, inciso c, de la Ley N° 23551, son competentes para entender en estas acciones los jueces o tribunales con competencia en lo laboral en las respectivas jurisdicciones.

En cuanto al procedimiento, debe ajustarse a las disposiciones del artículo 498 del CPCCN o equivalente de los códigos procesales civiles provinciales, y en todo lo que no esté previsto en dicha norma son de aplicación las disposiciones de la ley de procedimiento laboral aplicable en cada jurisdicción.

18. Palacio, L. E. (1983). *Derecho procesal civil: tomo VII*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 138.

19. Etala, C. A. (2002), *op. cit.*, p. 104.

2.6. El despido antisindical y la reinstalación del trabajador

Existen supuestos en los que el acto antisindical consiste en la separación del trabajador de la empresa, mediante un despido.

De acuerdo con la redacción literal de la norma, si se demuestra que la motivación del despido fue discriminatoria y antisindical, esto es, violatoria de la libertad sindical, el damnificado puede demandar el cese del comportamiento antisindical que, en este caso, no es otro que el cese del despido o, lo que es lo mismo, debería disponerse la reinstalación del trabajador.

No obstante la claridad de la disposición legal, la reinstalación de los trabajadores que no se encuentran incluidos dentro de los sujetos especialmente tutelados por la Ley de Asociaciones Sindicales (art. 52) ha sido mayoritariamente rechazada por los tribunales, hasta el dictado por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de varios fallos que admitieron ese derecho extendiéndolo a trabajadores no comprendidos en la tutela sindical específica prevista en el artículo 52.

En este sentido, la jurisprudencia tradicional ha sostenido que la vía del artículo 47 no resulta apta para modificar todo el andamiaje legal que sustenta desde siempre la legislación argentina en el sentido de otorgarle eficacia disolutoria a las decisiones patronales que proceden a extinguir las relaciones laborales anudadas con sus trabajadores, sin perjuicio de que, si la medida resultare injustificada, se coloque en cabeza del principal el pago de una indemnización.²⁰

También se ha sostenido en esta misma dirección que

la jurisprudencia ha restringido los alcances de este amparo sindical cuando la tutela se proyecta sobre un acto calificado como práctica antisindical, con la posibilidad de obtener una protección jurisdiccional que se traduzca en un reconocimiento a la estabilidad en el empleo que no está contemplada como

20. Scotti, H. (1998), *op. cit.*, p. 374.

permanente en el vínculo jurídico que liga a las partes y tampoco deriva de la garantía consagrada en el art. 52 de la ley 23.551.²¹

No comparto estas posturas que, a mi juicio, contradicen las expresas disposiciones de la ley. La consideración restrictiva de su interpretación, por la cual solo se puede ordenar una abstención, solo el cese de un comportamiento, implica desnaturalizar la marcada protección del artículo 47 vaciándola de eficacia.

En los casos en los que la actitud antisindical consista en un despido, sea o no representante sindical el afectado, el cese inmediato del comportamiento antisindical se traduce, necesariamente, en la orden de retrotraer el estado de situación al momento anterior al del despido del que fuera objeto el actor, disponiendo su reinstalación en el puesto de trabajo.

En esta misma dirección se ha afirmado que

el trabajador afectado por una acción de ese tipo (prohibida por la ley), previa su comprobación en juicio contencioso, tiene derecho a que el juez disponga su cese inmediato y la “reinstalación” de las condiciones de trabajo anteriormente vigentes (*statu quo ante*). Dichas medidas, en cuanto infringen el ordenamiento legal, no producen el efecto deseado por el que las adoptó, ya que en cuanto nulas, son ineficaces en ese sentido y sólo dan lugar a la reparación de los efectos ilícitos provocados a través de las mismas (art. 18, 1056, Cód. Civil; 47, 55, inc. 2º, párr. 2º, inc.4º, ley 23.551. No nos cabe ninguna duda que ante lo dispuesto expresamente por la norma legal, todos los trabajadores sujetos a una relación dirigida (arts. 4º, 21 y conc. Ley de Contrato de Trabajo) gozan de estabilidad absoluta en términos aminorados, no ya en razón de la función que ejercen, sino de la lesión que se les ha inferido: práctica antisindical. En consecuencia, en tanto se acredite la existencia de una acción de ese carácter, la misma, en cuanto nula, no produce la modificación de las condiciones de trabajo hasta ese momento existentes y da derecho al trabajador a solicitar que se reponga la situación al estado anterior.²²

21. Bermúdez, J. (1998). Metodología legal para acceder a la tutela judicial en la ley de asociaciones sindicales. En A.A.V.V. (1998), *op. cit.*, pp. 411 y ss.

22. Vázquez Vialard, A. (1989). La estabilidad absoluta del trabajador víctima de una práctica antisindical. *Derecho del Trabajo*, 1989-A, 8.

Esta interpretación es coherente con el resto de las disposiciones de la ley y, en particular, con las sanciones previstas para los supuestos de prácticas desleales.

En efecto, en el artículo 53 se tipifican una serie taxativa de conductas de los empleadores que se consideran antisindicales y que han sido denominadas como “prácticas desleales”.

Dentro de esas conductas antisindicales se prevé, como práctica desleal, “despedir a su personal con el fin de impedir o dificultar el ejercicio de los derechos a que se refiere esta ley”.

A su vez, en el artículo 55 se dispone que la condena podrá consistir también en la obligación de cesar con el comportamiento antisindical.

Ello es lo que se colige de la lectura del inciso 2, en el que se afirma que

cuando la práctica desleal pudiera ser reparada mediante el cese de la medida que la hubiera producido o la realización de los actos que resulten idóneos, conforme a la decisión calificadora y el infractor mantuviera las medidas o dejare de cumplir los actos tendientes a la cesación de sus efectos, el importe originario (de la multa) se incrementará automáticamente en un 10% por cada cinco días de mora, mientras se mantenga el incumplimiento del empleador.

Además, esta interpretación no solo resulta armónica con las disposiciones de la misma ley sino que también concuerdan con otras normas que forman parte del mismo ordenamiento jurídico. Así, la Ley N° 23592 ha sido interpretada pacíficamente en el sentido de que sanciona con la nulidad a todos aquellos actos discriminatorios, cualquiera sea el ámbito en el que se produzcan.

En su artículo 1, la norma invocada describe el objeto de condena disponiendo que el agente del comportamiento discriminatorio será “obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionado”.

De hecho, existen fallos que han dispuesto la nulidad del despido y la reinstalación del trabajador exclusivamente por aplicación de la Ley N° 23592,

descartando expresamente la posibilidad de reincorporar a un trabajador en virtud de lo dispuesto por el artículo 47 de la Ley N° 23551.²³

Contribuye en igual sentido lo dispuesto por el artículo 1 del Convenio OIT N° 98 (ratificado por Decreto-Ley N° 11594/56), y de jerarquía supralegal a partir de la reforma constitucional de 1994 (art. 75, inc. 22), en tanto dispone que “los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo” y que “dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto: [...] b) despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales”.

3. La tutela sindical específica (remisión)

La Constitución Nacional, a la par que dispone que las leyes deberán garantizar al trabajador una organización sindical libre y democrática, también establece que los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y, en particular, las relacionadas con la estabilidad de su empleo (art. 14 bis).

La Ley de Asociaciones Sindicales le ha dado operatividad a la disposición constitucional estableciendo de manera concreta el contenido de esas garantías y el procedimiento para llevarlas a cabo a través de los artículos 43-46, 48 y 52. En los artículos 43-46 se reglamentan los derechos y garantías en torno a la gestión sindical correspondientes a los delegados del personal que cumplen sus funciones en los lugares de trabajo; el artículo 48 se refiere a la situación de los representantes sindicales que ocupan cargos en el sindicato u organismos similares y en el artículo 52 se establecen las garantías relacionadas con la estabilidad en el empleo de todos los anteriores. Además, en el artículo 50 se extiende esta protección, con los alcances allí mencionados, a los candidatos a ocupar cargos que no resultaren electos.

23. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala II. 25/06/2007. “Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A.”

En efecto, junto con el amparo sindical ya analizado, la Ley N° 23551 incorporó en el artículo 52 otras acciones destinadas a proteger la libertad sindical que han sido consideradas “la clave operativa de todo el sistema legal protectorio de la libertad sindical y de los derechos de los trabajadores inherentes a ella”.²⁴

Las acciones previstas en este artículo constituyen mecanismos preventivos, por un lado, y también reparatorios, por otro, destinados a neutralizar los comportamientos antisindicales más frecuentes de los empleadores.

Ya se ha señalado que los mecanismos preventivos poseen una relevancia sustancial dentro de las herramientas destinadas a la protección de la libertad sindical. Entre esos instrumentos, se destaca el del requisito de la exclusión de la tutela, a través de la demostración de la justa causa, para la adopción de alguna de las medidas que el ordenamiento jurídico considera que normalmente se adoptan como represalia por la actividad sindical del sujeto protegido.

El artículo 14 bis no solo ha recogido la libertad sindical como un derecho fundamental de los trabajadores sino que, como ya se mencionó, dispuso algunos mecanismos que deben asegurarse para garantizar su efectivo ejercicio. Así, nuestra carta magna expresamente prescribe que “los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad en su empleo”.

La inclusión de esta disposición en el denominado “artículo 14 nuevo” tiene antecedentes y fundamento en distintas normas internacionales. El artículo 26 de la Carta Interamericana de Garantías Sociales (Bogotá, 1948); el Convenio OIT N° 135 y la Recomendación N° 143 también de la OIT sobre los representantes de los trabajadores en la empresa en cuanto aconseja “la exigencia de consulta, dictamen o acuerdo de un organismo independiente, público o privado o de un organismo paritario, antes de que el despido de un trabajador sea definitivo” o de “imponer al empleador, cuando se alegue que el despido de un representante de los trabajadores o cualquier cambio desfavorable en sus condiciones de empleo tiene un carácter discriminatorio, la obligación de probar que dicho acto estaba justificado” (art. 6, inc. 2, apartados b y e).

24. Corte, N. T. (1994), *op. cit.*, p. 480.

Así, además de la acción de tutela genérica prevista en el artículo 47, la ley estableció una acción específica destinada a proteger a los representantes sindicales exclusivamente.

En efecto, la norma bajo análisis está prevista para tutelar exclusivamente a los sujetos más expuestos a las represalias patronales (los representantes sindicales), y solo frente a determinados actos, precisamente aquellos que comúnmente adoptan los empresarios contra la libertad sindical de aquellos (despidos, suspensiones y modificación de las condiciones de trabajo).

El mecanismo preventivo utilizado por el legislador ha sido el de exigir, previo a la adopción de alguna de esas concretas medidas respecto de alguno de los sujetos especialmente protegidos, el inicio de una acción judicial denominada de “exclusión de tutela”, mediante la cual se acredite que la medida no obedece a una motivación antisindical. La regulación específica de estos mecanismos será tratada con detalle en el capítulo referido a “los representantes sindicales”, por lo que para conocer todo lo referido a los sujetos protegidos, a las conductas consideradas violatorias de la estabilidad, al procedimiento de cada una de las acciones reguladas, remitimos al capítulo mencionado.

Sobre estas disposiciones se volverá más adelante en detalle y profundidad en el capítulo respectivo.

4. Las prácticas desleales

4.1. Concepto. Alcances

Desde la doctrina, los autores han esgrimido diferentes definiciones, siendo la más clara y completa aquella que identifica a las prácticas desleales como “toda conducta del empleador, que directa o indirectamente, se halle dirigida a menoscabar, perturbar u obstruir la acción y el desarrollo de las asociaciones profesionales y de los derechos que en su consecuencia se reconocen a los individuos.”²⁵

25. Monzón, M. D. (1952). Las prácticas desleales a través de las decisiones del Consejo Nacional de Relaciones Profesionales. *Derecho del Trabajo*, 1952, 584. En términos simila-

No debe soslayarse el origen sociohistórico de este instituto, cuyo análisis resulta sumamente útil no solo a los fines de entender su aplicación sino también para analizar las reformas que se han introducido en la regulación de estas conductas durante los últimos años. Con esa intención, corresponde remitirse a la década del '30 en los Estados Unidos de Norteamérica. Por aquel entonces se estaba implementando el denominado *New Deal*, durante la administración del presidente Roosevelt, con el objeto de consagrar diversas garantías sociales, entre ellas la libertad sindical. En ese marco y con el fin de fortalecer la protección de los derechos sindicales para así hacer realidad una efectiva negociación colectiva, nace el instituto de las prácticas desleales en los Estados Unidos, buscando lograr una mayor equiparación del poder de negociación de las asociaciones sindicales frente al poder patronal. De lo dicho surge que el instituto de las prácticas desleales está destinado, junto a otros instrumentos e institutos legales y convencionales, a consagrar en los hechos la garantía de libertad sindical que gozan los trabajadores en forma individual y las asociaciones sindicales como colectivo de ellos. El instituto en análisis fue receptado por primera vez en nuestra legislación mediante el Decreto-Ley N° 23852 en 1945.

Lo relatado no es de menor importancia porque el modelo sindical argentino continúa consagrando los mismos valores y principios que se acaban de enunciar, por lo que la consagración de prácticas desleales en cabeza de las asociaciones sindicales, más allá de la valoración ideológica que realizaremos más adelante, constituye un contrasentido lógico con relación al resto de las normas y los principios que rigen la regulación de las asociaciones sindicales en nuestro país.

Del análisis del texto de la Ley de Asociaciones Sindicales, se advierte que el legislador optó por la enumeración de las conductas reguladas por la norma como conductas contrarias a la ética de las relaciones profesionales del trabajo, evitando incorporar un concepto preciso y determinado, pero abierto, del instituto de las prácticas desleales.

res, Deveali, M. L. (1957). *Derecho sindical y de previsión social*. Buenos Aires: Víctor P. de Zavallía Editor, p. 127 y Centeno, N. O. (1974). Prácticas desleales y procedimiento ante el Tribunal Nacional de Relaciones Profesionales (ley 20.615). *Derecho del Trabajo*, XXV, 120.

4.2. Naturaleza. Tipicidad. Intencionalidad

Si bien la naturaleza jurídica de las prácticas desleales no produce en la actualidad mayor controversia, la doctrina y la jurisprudencia se han manifestado a favor de considerar la enumeración de conductas del artículo 53 de la Ley N° 23551 como “ilícitos laborales colectivos”.

Las conductas tipificadas como prácticas desleales, como ya se señalara, son actos ilícitos, por lo que son pasibles de sanciones de carácter penal administrativo (multas). El régimen de las prácticas desleales constituye un ordenamiento sancionatorio específico del derecho colectivo de trabajo respecto del cual rige el principio de legalidad o de reserva legal, así como también son aplicables a este instituto los principios que rigen el sistema sancionatorio, entre ellos el principio *nulla poena sine lege*, el *ne bis in idem*, el principio de la ley más benigna, etc.

La exigencia de tipicidad, conforme lo indica Etala, genera dos importantes consecuencias jurídicas: la primera tiene que ver con el carácter taxativo de la enunciación efectuada en el artículo 53 y la segunda, en consonancia con lo manifestado, consiste en la prohibición de una interpretación extensiva o analógica de las conductas indicadas en el artículo 53 que permita incorporar otras que no se encuentran expresamente enunciadas.

La postura descripta es compartida por Néstor Corte, Guillermo López, Enrique Rodríguez y Héctor Recalde. En cambio Amanda Caubet y Juan Carlos Fernández Madrid²⁶ consideran que la enumeración no es taxativa y que toda violación por parte del empleador que merece la tutela del amparo sindical consagrado en el artículo 47 de la LAS, puede constituir una práctica desleal.

4.3. Clasificación. Descripción de los tipos

Podemos dividir las conductas descriptas en el artículo 53 de la Ley de Asociaciones Sindicales en tres categorías, según se refieran:

26. Fernández Madrid, J. C. y Caubet, A. B. (2016), *op. cit.*, p. 681.

a) a las instancias previas al nacimiento de la asociación sindical, específicamente todo lo relacionado con su formación (inc. b);

b) a la faz interna de la asociación sindical (inc. a, b, c y d);

c) a la actuación externa de la asociación sindical en relación a terceros (inc. e, f, g, h, i, j y k).

Efectuada esta clasificación de las distintas conductas enumeradas por la ley como prácticas desleales, corresponde analizar cada una de ellas en particular.

Inciso a) subvencionar en forma directa o indirecta a una asociación sindical de trabajadores.

El inciso en análisis es consagratorio del principio de pureza sindical, y más genéricamente del de autonomía sindical, buscando cercenar toda posibilidad de intromisión en el actuar de la asociación sindical, ya sea de empleadores así como de organismos públicos de cualquier índole. Específicamente apunta a evitar que el aporte económico por conceptos diferentes a los expresamente autorizados por la ley genere en las asociaciones sindicales desviaciones de sus fines y del objeto sindical establecido en los artículos 2 y 3 de la Ley de Asociaciones Sindicales.

A modo de ejemplo podemos citar como conductas incluidas en el presente inciso que un empleador o una asociación de empleadores se haga cargo del canon locativo del local donde ha de funcionar la asociación sindical, o abone la cuenta de telefonía celular de los integrantes del cuerpo directivo del sindicato o cualquier otro aporte extra a los establecidos en la ley o convenios colectivos de trabajo. Este tipo de subvenciones, cuya fuente es exclusivamente la voluntad unilateral del empleador, pueden condicionar a la asociación sindical que puede dejar de adoptar alguna acción para no perder ese beneficio, cuyo mantenimiento depende de la mera decisión del empleador. Distinto es el caso de los aportes obligatorios que se mantienen cualquiera sea la actitud que adopte la asociación.

Por ello no se considera práctica desleal los aportes que efectúen los empleadores en virtud de normas legales o convencionales, en concordancia con lo que también dispone el artículo 9, ya que, al ser obligatorio, ello excluye toda discrecionalidad patronal en cuanto a la forma, monto y periodicidad

de su pago, lo que impide que se utilice como mecanismo para condicionar la autonomía de las asociaciones sindicales.

Inciso b) intervenir o interferir en la constitución, funcionamiento o administración de un ente de este tipo.

De acuerdo a la clasificación antes efectuada, el presente inciso tiene relación tanto con los pasos previos al nacimiento de la asociación sindical como a su funcionamiento una vez constituida la misma.

A modo de ejemplo podemos citar la prohibición establecida por los empleadores para evitar que sus dependientes concurren a las reuniones sindicales, omitan retener maliciosamente la cuota sindical tal como lo requirió la asociación sindical con personería gremial o negarse a otorgar licencia gremial a aquellos trabajadores que por sus funciones cuentan con dicha potestad legal.

Inciso c) obstruir, dificultar o impedir la afiliación de los trabajadores a una de las asociaciones por ésta reguladas.

Inciso d) promover o auspiciar la afiliación de los trabajadores a determinada asociación sindical.

Los incisos en análisis tienen una mayor especificidad que los anteriormente desarrollados y expresamente hacen referencia a una de las aristas fundamentales de la libertad sindical, en este caso individual positiva, al referirse al derecho de los trabajadores a afiliarse libremente a la asociación sindical que prefieran.

Las conductas en análisis buscan evitar, expresamente, que los empleadores impidan la libre afiliación del trabajador a una asociación sindical o mediante su conducta procuren la división del movimiento obrero mediante la desviación de la afiliación hacia una asociación determinada.

Como ejemplo de las conductas descriptas podemos citar la entrega de un bonus o premio a aquellos trabajadores que no se encuentren afiliados sindicalmente o lo estén en determinado sindicato, o la denegatoria de un ascenso por estar afiliado sindicalmente o el otorgamiento de beneficios, como ser el pago de parte del canon de una cobertura de medicina prepaga, para que se desafilien.

Si se ejerce coacción para procurar el ingreso a un determinado sindicato, dicha conducta se encuentra tipificada, además, por el artículo 158 del Código Penal, que prevé para esa conducta una pena de prisión de un mes a un año.

Inciso e) adoptar represalias contra los trabajadores en razón de su participación en medidas legítimas de acción sindical o en otras actividades sindicales o de haber acusado, testimoniado o intervenido en los procedimientos vinculados a juzgamiento de las prácticas desleales.

El inciso en análisis se refiere a las represalias ante dos grandes categorías de conductas llevadas adelante por los trabajadores, ya sea participando de las medidas de acción directa o habiendo intervenido en los procedimientos destinados a determinar si la patronal llevó adelante conductas pasibles de ser declaradas prácticas desleales, lo que conlleva a la aplicación de la correspondiente sanción conforme la normativa vigente.

Inciso f) rehusarse a negociar colectivamente con la asociación sindical capacitada para hacerlo o provocar dilaciones que tiendan a obstruir el proceso de negociación.

La negociación colectiva es un instituto central del derecho colectivo del trabajo, ya que está destinada a generar las condiciones y el ámbito para arribar a la firma de un convenio colectivo de trabajo, como consagración del acuerdo entre trabajadores y empleadores destinado a generar un marco suplementario al de la ley, a los fines de reglar las condiciones laborales en el ámbito territorial y personal que ostenten las partes y determine la autoridad de aplicación mediante la resolución homologatoria.

Ahora bien, vale dejar claro que la ley no impone a los empleadores la obligación de acordar o convenir, sino simplemente de negociar y de hacerlo de buena fe. Lo contrario implicaría una franca violación al principio de negociación voluntaria consagrado en el artículo 4 del Convenio N° 98 de la OIT. Pero en cambio sí requiere de los empleadores que concurran a la negociación y se conduzcan con lealtad durante su tramitación.

Inciso g) despedir, suspender o modificar las condiciones de trabajo de su personal, con el fin de impedir o dificultar el ejercicio de los derechos a que se refiere esta ley.

Inciso h) negarse a reservar el empleo o no permitir que el trabajador reanude la prestación de los servicios cuando hubiese terminado de estar en uso de la licencia por desempeño de funciones gremiales.

Inciso i) despedir, suspender o modificar las condiciones de trabajo de los representantes sindicales que gocen de estabilidad de acuerdo con los términos establecidos por este régimen, cuando las causas del despido, suspensión o modificación no sean de aplicación general o simultánea a todo el personal.

Los artículos 40, 48 y 50 de la misma ley establecen la prohibición del empleador de despedir, suspender o modificar las condiciones de trabajo de aquellos trabajadores amparados por la tutela sindical. El artículo 52 dispone, entre otras cosas, el procedimiento que está obligado a cumplir el empleador, consistente en el pedido de exclusión de tutela del trabajador, para decidir las acciones antes descriptas siempre y cuando cuente, además, con una justa causa.

Cuando el empleador no cumpla con el procedimiento antes descripto, además de la sanción establecida en el artículo 52, dicha conducta es pasible de ser considerada práctica desleal conforme lo establece el inciso i del artículo en análisis.

El inciso g amplía la concepción de práctica desleal establecida en el inciso h en cuanto hace al ámbito personal, ya que protege a la totalidad de los trabajadores y no solo a los que cuentan con tutela sindical como lo establece el inciso h.

Para que quede configurada la conducta como práctica desleal se requiere que la finalidad buscada sea la de obstruir o dificultar el ejercicio de los derechos consagrados a partir del principio de libertad sindical, establecidos en todos y cada uno de los artículos de la ley. Aquí se advierte una diferencia fundamental con lo dispuesto en los incisos h e i, ya que el legitimado deberá acreditar que la medida tuvo como finalidad impedir u obstaculizar el ejercicio de derechos consagrados en la ley, lo que en los mencionados incisos debe presumirse.

El inciso h establece dos supuestos diferentes, por un lado, la negativa a reservar el empleo y, por el otro, no permitir que el trabajador reanude la prestación de servicios. En definitiva, mediante el presente inciso se busca que

desde lo formal y desde los hechos, el trabajador pueda reincorporarse luego del cargo sindical ejercido, y continúe prestando tareas tal como lo venía haciendo previamente.

Lo establecido en el último párrafo del artículo 48 de la citada ley, cuando expresamente prohíbe la modificación de las condiciones de trabajo del trabajador electo, así como lo dispuesto en el artículo 52 de la LCT, que incluye el supuesto del artículo 48, por lo que si el empleador decidiera otorgarle tareas al trabajador, luego de vuelto de su licencia, cuyas condiciones fueran modificadas, dicha conducta será pasible de ser considerada práctica desleal en los términos de la ley.

j) practicar trato discriminatorio, cualquiera sea su forma, en razón del ejercicio de los derechos sindicales tutelados por este régimen.

Aquella asociación sindical que en nombre del trabajador afectado o el propio trabajador que promueva querrela por práctica desleal en los términos del inciso j tiene a su cargo probar la subjetividad; es decir, deberá acreditar que la conducta antisindical de empleador o asociación de empleadores tuvo como finalidad impedir o dificultar el ejercicio de derechos sindicales tutelados.

k) negarse a suministrar la nómina del personal a los efectos de la elección de los delegados del mismo en los lugares de trabajo.

El presente inciso no tiene antecedentes en normas anteriores a nivel nacional.

Sanciona la negativa del empleador a entregar a la asociación sindical la nómina de trabajadores a los fines del actor eleccionario, no pudiendo dejar de lado su importancia atento que del acto eleccionario del delegado, conforme lo establece el artículo 41 de la Ley de Asociaciones Sindicales, tienen derecho a participar todos los trabajadores, se encuentren sindicalizados o no.

Vale destacar que la sola negativa fehaciente a suministrar la nómina hace que se configure la conducta de práctica desleal, sin necesidad de mayor acreditación.

4.4. Prácticas desleales en la Ley de Negociación Colectiva

El artículo 14 de la Ley N° 25250²⁷ modificó el artículo 4 de la Ley N° 23546 sobre procedimiento para la negociación colectiva, e introdujo, en lo que significó una novedad legislativa, una norma que tipifica una “práctica desleal y contraria a la ética de las relaciones profesionales del trabajo” ya no solo por parte de los empleadores y de las asociaciones profesionales que los representan sino también “de las asociaciones sindicales”. En efecto, la denominada “Ley Banelco” incluyó como práctica desleal de las asociaciones sindicales la de “rehusarse injustificadamente a negociar colectivamente de buena fe con la asociación sindical, el empleador o la organización de empleadores legitimados para hacerlo o provocar dilaciones que tiendan a obstruir el proceso de negociación”. Como se puede advertir, el hecho de “rehusarse a negociar” ya se encontraba tipificado como práctica desleal de los empleadores en el artículo 53 de la Ley de Asociaciones Sindicales. La novedad que introduce esta norma es que incluye a los sindicatos como obligados también a omitir esta conducta, o sea, como obligados a negociar colectivamente.

Y si bien la Ley N° 25250 fue derogada, el actual inciso e del artículo 4 de la Ley N° 23546 (t.o. 2004) mantiene el esquema sancionatorio previsto en aquella bochornosa ley. Como consecuencia de las críticas que recibió la bilateralidad de ese instituto, solo posee una diferencia de redacción: la denominación. Aunque ya no se califican como “práctica desleal” los comportamientos violatorios del deber de negociar de buena fe, todavía se conservan las consecuencias jurídicas que preveía la Ley N° 25250.

La calificación como práctica desleal del sindicato así como la imposición de sanciones a las asociaciones sindicales por rehusarse a negociar han sido severamente cuestionadas. Es que históricamente nuestra legislación sancionó una serie de conductas del empleador que directa e indirectamente se hallan dirigidas “a menoscabar, perturbar u obstruir la acción y el desarrollo de las asociaciones profesionales y de los derechos que en su consecuencia se

27. Conocida como “Ley Banelco” o “Ley del Soborno”.

reconocen a los individuos”. En la Ley N° 25877 se reitera esa criticable incorporación efectuada por la Ley N° 25250 de incluir como posible sujeto activo de estas prácticas a las asociaciones sindicales. Esta modificación contradice la regulación tradicional de nuestra materia que, con la única excepción de la Ley de facto N° 22105 de 1976, siempre dirigió estas sanciones hacia los empleadores o sus organizaciones representativas. Es más, la incorporación de la asociación sindical como posible sujeto activo de las prácticas desleales, ha merecido duras críticas de la doctrina por cuanto esta concepción desconoce que la libertad sindical no es una garantía simétrica para ambos interlocutores sociales y que, específicamente, la sanción de las “prácticas desleales” es una forma de proteger y preservar la actividad sindical. A raíz de las observaciones efectuadas a los anteproyectos, el Ministerio de Trabajo sustrajo la calificación como “práctica desleal”, pero mantuvo el esquema sancionatorio; dicho de otra forma, efectuó una modificación gatopardista: cambió algo –la calificación de práctica desleal– para que nada cambie –el régimen sancionatorio–.

Tal como ya sostuvimos, no puede considerarse un incumplimiento que el sindicato se rehúse a negociar colectivamente, puesto que es el único sujeto titular de dicho derecho conforme lo reconocido por el artículo 14 de la Constitución Nacional. En consecuencia, como titular del derecho, la representación sindical puede ejercerlo o no, sin que en este caso su negativa constituya un hecho sancionable.

Capítulo 8

La democracia sindical

1. La democracia

Antes de abordar el tema de la democracia sindical resulta conveniente abocarnos a una tarea en la que probablemente estemos trágicamente condenados al fracaso: definir el término “democracia”.

Y es que, efectivamente, el término en cuestión es antiquísimo y ha sido utilizado dependiendo de la cultura, de la época y de la idiosincrasia de quien lo mencionara con connotaciones diferentes. Hoy es uno de los términos más utilizados en la ciencia política, y nadie desconoce la inmensa carga emotiva que puede tener, sobre todo en su empleo vulgar, lo que dificulta aún más la tarea de aportar definiciones.

Mario Justo López¹ enseña que la palabra democracia designa tanto una forma de gobierno –sistema de toma de decisiones que afectan a la sociedad en su conjunto– como un estilo de vida –forma particular en la que deben relacionarse entre sí los distintos miembros de la sociedad–.

En la Antigua Grecia, la democracia era concebida como una forma de gobierno en la cual la designación de los cargos era, en principio, por sorteo y las decisiones fundamentales eran tomadas por la mayoría de los ciudadanos reunidos en asamblea. Se trataba, obviamente, de un tipo de democracia

1. López, M. J. (1994). *Manual de derecho político*. Buenos Aires: Depalma, p. 406.

directa. Todos los ciudadanos eran igualados en su posibilidad de elegir y ser electos y no se hacían distinciones en función del mérito.

Entre aquella democracia primigenia y la actual las diferencias son inconmensurables. En particular, aquella democracia era de tipo directa y hoy por hoy no podemos concebirla más que indirectamente. Rousseau señalaba en *El Contrato Social* que “tomando el término en su rigurosa acepción, no ha existido nunca verdadera democracia, ni existirá jamás. Va contra el orden natural que el gran número gobierne y el pequeño sea gobernado”.

Siguiendo a Mario Justo López,² la democracia contemporánea, a la que da el título de democracia constitucional, como régimen político integral se caracteriza por la unión indisociable entre democracia y constitución –garantías–; la limitación del poder estatal; reconocimiento, en detrimento de la concepción igualitaria, de la necesidad de la relación mando-obediencia así como de la limitación de la libertad y la igualdad.

Como hemos visto, por un lado, existe la imposibilidad de encontrar una definición inimpugnable del término “democracia”; pero, por otro, a nadie le puede resultar completamente ajena esta noción.

En lo que nos concierne, es evidente el paralelo que puede trazarse entre la democracia a nivel social y a nivel sindical. En definitiva, la democracia sindical no es más que una subespecie de aquella y está conformada por elementos de igual naturaleza.

Resulta también evidente que la democracia se presenta en el plano real en grados y no en términos absolutos. Es decir, el modelo teórico democrático, tal como lo han señalado diversos estudiosos del tema constituye una utopía; sin embargo, la historia ha presenciado sociedades y gobiernos con mayor o menor grado de democraticidad.

En el ámbito sindical, no caben dudas de que el de democraticidad es uno de los principios que junto con el de libertad sindical deben ordenar la vida interna de las organizaciones. Ahora bien, se impone en este estado aportar algunas precisiones acerca del concepto de democracia sindical.

2. López, M. J. (1994), *op. cit.*

En palabras de Juan Carlos Fernández Madrid,³ la democracia sindical se refiere a la legitimidad de la representación de los dirigentes sindicales, el control de su gestión y la responsabilidad frente a los afiliados y la publicidad de los actos que integran la acción sindical.

Por otra parte, si bien la Constitución Nacional garantiza la democracia sindical interna, resultaría inconcebible una organización sindical democráticamente organizada de puertas adentro mientras que su accionar en la vida de relación con la comunidad fuera absolutamente arbitrario y antidemocrático. De ese modo, entendemos que la democracia sindical además de estar definida por un aspecto formal y otro sustancial, también debe ser concebida en sus otros dos aspectos, el interno y el externo.

Ojeda Avilés, con gran tino y haciendo gala de un excepcional pragmatismo, enuncia que la democracia sindical básicamente “consiste en someter la actuación sindical a la voluntad mayoritaria, para que no se produzca una gestión del aparato sindical dedicada a potenciar los intereses personales de los líderes más que a la liberación civil de la clase obrera”.⁴

Cuando eso ocurre, nos encontramos frente al fenómeno de la “burocracia sindical”. Este término muchas veces ha sido utilizado para describir genéricamente toda patología que afecte a la democracia sindical, sin embargo su existencia es innegable.

Efectivamente, en la vereda antagónica de la democracia sindical se sitúa la burocracia sindical; entendida esta como aquella en virtud de la cual el poder sindical se concentra en la cúspide de la organización provocando otro fenómeno del cual se retroalimenta que es la escasa participación de los afiliados en la vida interna del sindicato y en el ejercicio del control por parte de las bases característico de las democracias.

De esta manera, la dirigencia del sindicato es ocupada por elites que actúan a favor propio y solo disputan el poder con las nuevas elites en surgimiento generando un círculo vicioso del que resulta difícil salir, ya que no existe fomento a la participación real por parte del afiliado que es lo que se revela como único remedio a este problema.

3. Fernández Madrid, J. C. y Caubet, A. B. (2016), *op. cit.*

4. Ojeda Avilés, A. (1995), *op. cit.*

Es que, como señala Fernández Madrid,

la fuerza del sindicato depende también de la organización democrática de su vida interna. Si los dirigentes son verdaderamente representativos serán auténticos intérpretes de sus bases y esto garantiza eficiencia y autoridad a su gestión gremial que es algo que interesa tanto a sus representados como a los empresarios y al Estado.⁵

2. Régimen legal

Nuestro ordenamiento contiene disposiciones de diverso origen que consagran la democracia sindical. Nuestra Constitución Nacional, en su artículo 14 bis, establece que “el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: [...] (la) organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial”.

Siguiendo el mandato constitucional, la Ley N° 23551 de Asociaciones Sindicales establece en su artículo 8 que:

Las asociaciones sindicales garantizarán la efectiva democracia interna. Sus estatutos deberán garantizar:

- a) una fluida comunicación entre los órganos internos de la asociación y de sus afiliados;
- b) que los delegados a los órganos deliberativos obren con mandato de sus representados y les informen luego de su gestión;
- c) la efectiva participación de los afiliados en la vida de la asociación, garantizando la elección directa de los cuerpos directivos en los sindicatos locales y seccionales;
- d) la representación de las minorías en los cuerpos deliberativos.

A su vez, el artículo 16 establece que los estatutos de las organizaciones deben contener un régimen electoral “que asegure la democracia interna

5. Fernández Madrid, J. C. (1985). Bases para una ley de organización sindical. *Derecho del Trabajo, 1985-A, 737*.

de acuerdo con los principios de la presente ley, no pudiendo contener como exigencia para presentar listas de candidatos a órganos asociativos, avales que superen el tres por ciento (3%) de sus afiliados”.

Como puede apreciarse, el principio de democraticidad es aplicable a todo tipo de organización sindical. Pero este principio cobra especial relevancia en un sistema de unicidad como el nuestro en el que la asociación más representativa tiene el derecho exclusivo y excluyente para negociar convenios. Señalan Recalde y Rodríguez⁶ que

en otros sistemas donde el sindicato se conforma por afinidades políticas y los criterios de mayor representatividad no son exclusivos para la negociación colectiva, el tema de la democracia no aparece en el centro del debate, ya que si el sindicato limita la democracia, los trabajadores pueden fundar otro, y si logran determinados parámetros de representatividad tienen derecho a participar en la negociación colectiva.

En esos sistemas, precisamente, la pluralidad es la consecuencia del tipo de organizaciones establecidas que no asocian trabajadores solo en función de la profesionalidad sino también de acuerdo a su ideología política e incluso, su religión. En nuestro sistema los sindicatos deben incluir a todos los trabajadores cualquiera sea su ideología o religión (art. 7, Ley N° 23551) de manera tal que la pluralidad sindical se da dentro del sindicato. De modo que esas distintas vertientes que nutren al sindicato con personería gremial (trabajadores de todas las opiniones, ideologías y religiones) deben convivir democráticamente.

Sin perjuicio de adherir a otras enunciaciones y clasificaciones de los elementos que componen la democracia sindical se realizará a continuación una enumeración de las principales características del sistema democrático, en función de las disposiciones legales que promueven la democracia interna en nuestro sistema.

6. Rodríguez, E. O. y Recalde, H. P. (1989), *op. cit.*

3. Disposiciones de la ley que promueven la democracia interna

3.1. Participación y control

Este es como se dijo, uno de los pilares de la democracia sindical. No pueden haber dudas de que, sin participación de los afiliados en la vida sindical, no habrá control suficiente de estos respecto de sus representantes y por ende no habrá democracia posible. Esta participación debe ser entendida en un sentido lato y debe incluir tanto la participación en la toma de las decisiones trascendentes de la organización, en la elección de los representantes, en el control de la gestión de estos, en la aprobación de dicha gestión, etc... Diversas manifestaciones de estos elementos se irán repitiendo en exégesis de los restantes. Pero si no existe la participación efectiva, el resto de los mecanismos se ven desvirtuados. Así, de poco sirve establecer mecanismos de democracia directa, como las asambleas, si los trabajadores no se filian al sindicato o si no participan de las asambleas. Tampoco cumple su función un sistema electoral pulcro y garantista si no existen trabajadores que participen en la contienda electoral presentando listas alternativas o, lo que muchas veces sucede, si los trabajadores ni siquiera concurren a votar.

3.2. Representación con mandato

Como puede apreciarse, este elemento es vital para que los afiliados puedan participar y ejercer un control adecuado por cuanto el representante no solo debe actuar con mandato previo sino que debe además rendir cuentas ante los afiliados por los actos realizados en su representación, lo que se relaciona inescindiblemente con el derecho de información de los afiliados. Así, el inciso b del artículo 8 establece que los estatutos de las organizaciones deberán garantizar que los delegados a los órganos deliberativos obren con mandato de sus representados y les informen luego de su gestión. En opinión de Griso-

lía,⁷ la ley no prevé el mandato expreso y vinculante del modelo francés sino que, por el contrario, adhiere al modelo alemán de mandato “abierto”, en el cual los representantes cuentan con ciertas facultades discrecionales: “parece acoger –la ley de Asociaciones Sindicales– la posibilidad del apartamiento del mandato recibido, al hacer mención a la información posterior a la gestión”. Sin embargo, es dudosa esta interpretación ya que atribuye consecuencias que a nuestro entender no fueron buscadas por el legislador. Por otro lado, no parece lógico exigir al mandatario que informe sobre una gestión que no le habría sido encomendada.

Corte,⁸ en una postura más moderada, entiende que ni el texto legal ni la reglamentación parecen efectuar una opción definida entre ambas posturas, y que la disyuntiva en cuanto a la implementación concreta del sistema (alemán o francés) queda supeditada a lo que establezcan las normas estatutarias de cada organización.

3.3. Elegibilidad de los cargos. Periodicidad

Estos elementos suponen la elección de los representantes por parte de los afiliados que legitiman de esta manera la actividad de aquellos. La reglamentación le reconoce especial importancia al tema de la elegibilidad como mecanismo para garantizar la democracia interna, es por ello que dispone que en sus estatutos, las organizaciones sindicales deben contener el régimen electoral en un capítulo aparte.

El derecho de elegibilidad está contemplado tanto en su faz activa como pasiva, es decir, tanto el derecho a elegir como el de ser electo. La periodicidad en la elección asegura por su parte un mecanismo de control de gestión y evita la instalación en los cargos de las llamadas “elites”, descritas por Pareto y Mosca.

Al respecto, señala Fernández Madrid⁹ que sectores ajenos al sindicalismo suelen exponer posiciones contradictorias:

7. Grisolia, J. A. (2004). *Manual de derecho laboral*. Buenos Aires: LexisNexis.

8. Corte, N. T. (1994), *op. cit.*, ver “Régimen de las Asociaciones Sindicales”.

9. Fernández Madrid, J. C. (1985), *op. cit.* y A.A.V.V. (1998), *op. cit.*

por una parte critican la permanencia de los cuadros en el poder, lo que impide el acceso de las bases a los altos cargos, y por la otra, expresan su admiración por organizaciones sindicales extranjeras, que exhiben un alto nivel de profesionalidad en su cúpula (algo evidentemente imposible de conseguir con una rotación constante de dirigentes provenientes no de una elite sino de las bases mismas del gremio).

Efectivamente, con frecuencia, la exigencia de idoneidad de la dirigencia sindical entra en colisión con el deseo de rotación de los dirigentes en los cargos.

El decreto reglamentario también establece que en los sindicatos locales y seccionales, la elección de todos los integrantes de cuerpos deliberativos y órganos de fiscalización sea hecha por medio del voto directo y secreto de los afiliados. La voluntad del decreto es manifiesta en el sentido de arbitrar los medios para evitar la violencia y el fraude electoral. Sin embargo, la ley en ningún caso dispone el voto obligatorio, el que podría ser dispuesto por vía estatutaria.

En cuanto a la periodicidad, la ley dispone –art. 17– que los mandatos en la dirección y administración de la asociación gremial no podrán exceder de cuatro años, es decir que los estatutos pueden prever plazos inferiores y que dichos cargos son reelegibles. No establece un número máximo de reelecciones consecutivas de un mismo candidato por lo que los mismos pueden ser reelectos indefinidamente.

Este artículo vuelve a la concepción de la Ley N° 20615 en cuanto a la duración de los mandatos. También reestablece, de acuerdo a lo resuelto en reiteradas oportunidades por el Comité de Libertad Sindical de la OIT, la posibilidad de reelección indefinida de los órganos, a pesar de la crítica que suele hacerse por facilitar el perpetuamiento en el poder de las “elites sindicales”. El fundamento de los expertos de la OIT reside en el hecho de que una restricción de esta naturaleza resulta gravemente nociva en aquellas asociaciones que no cuentan con un número suficiente de personas capacitadas para ejercer funciones sindicales. Sin embargo, nada impediría que el estatuto prevea la limitación a un determinado número de reelecciones para una persona en un mismo cargo.

3.4. Órgano colegiado

El artículo 17 de la Ley N° 23551 dispone que “la dirección y administración serán ejercidas por un órgano compuesto por un mínimo de cinco (5) miembros, elegidos en forma que asegure la voluntad de la mayoría de los afiliados o delegados congresales mediante el voto directo y secreto”.

Como surge expresamente de la norma, la voluntad legislativa apunta a inyectar democraticidad en el órgano de dirección. De esta manera, procura un órgano colegiado y no unipersonal a fin de evitar concentraciones de poder que provoquen patologías en la estructura sindical.

Sin embargo, por tratarse del órgano de dirección, del cual se pretende la toma de decisiones de manera eficaz y eficiente, muchas veces la pluralidad puede entorpecer su funcionamiento. Así, la ley, si bien exige un mínimo de directivos (5), no prevé (como sí lo hace para el caso de los órganos deliberativos) la representación de las facciones minoritarias.

Aunque la asociación que considerara que esta forma de funcionamiento resulte más conveniente, podrá establecer dicho sistema por vía estatutaria, tal como lo han hecho algunos sindicatos.

3.5. Comunicación fluida. Derecho a la información. Rendición de cuentas

Estos elementos guardan estrecho vínculo con el derecho a control por parte de los trabajadores. La comunicación para ser fluida debe ser constante, suficiente y contemplar la gestión económica y todo lo concerniente a los procesos electorales; por otra parte, además de ser fluida debe ser bidireccional, es decir que la información no solo debe circular del sindicato al afiliado sino también en sentido inverso.

El derecho a la información se relaciona asimismo con el principio de publicidad que debe regir los actos de los representantes sindicales. En lo que respecta al proceso eleccionario, obviamente este también debe estar rodeado por la mayor transparencia posible. En ese sentido, el artículo 13 del Decreto N° 467/88 dispone que

las asambleas o congresos ordinarios deberán ser convocados con no menos de 30 días de anticipación ni más de 60; los extraordinarios con no menos de 5 días. En ambos casos deberá existir una publicidad inmediata y adecuada de la convocatoria que asegure el conocimiento de los representantes sindicales incluyendo publicidad en la empresa salvo que por razones de tiempo ello sea imposible, e incluya para las asambleas, la exhibición, en los lugares de trabajo, de folletos o carteles que mencionen el orden del día, el lugar de reunión de la asamblea y los requisitos para participar en ella y, para los congresos, comunicación a los delegados a dicho congreso u otro medio razonable de difusión previsto en el estatuto, con idénticas menciones a las previstas para las asambleas.

La rendición de cuentas debe ser el corolario de la actuación de los representantes que explicarán y justificarán su accionar ante el órgano soberano.

3.6. Trato igualitario. No discriminación. Representación de las minorías

Dispone el artículo 7 de la Ley N° 23551 que

las asociaciones sindicales no podrán establecer diferencias por razones ideológicas, políticas, sociales, de credo, nacionalidad, raza o sexo, debiendo abstenerse de dar un trato discriminatorio de los afiliados. Lo dispuesto regirá también respecto de la relación entre una asociación de grado superior y otra de grado inferior.

Asimismo, establece en su artículo 12 que “las asociaciones sindicales deberán admitir la libre afiliación, de acuerdo a esta ley y a sus estatutos, los que deberán conformarse a la misma”. Vemos aquí cómo queda consagrada la libertad de asociación –en su faz positiva– y, a su vez, se ratifica el principio de no discriminación y de democraticidad ya que los estatutos “deberán ajustarse a los establecido en el artículo 8°” (conf. art. 16, Ley N° 23551).

En lo que hace a la representación de las minorías, el artículo 8, inciso d de la Ley de Asociaciones Sindicales prescribe que los estatutos deberán garantizar la representación de las minorías en los cuerpos deliberativos. A su vez, el artículo 16, inciso g dispone que los estatutos de las organizaciones deben contener un “régimen electoral que asegure la democracia interna de acuerdo con los princi-

prios de la presente ley, no pudiendo contener como exigencia para presentar listas de candidatos a órganos asociacionales, avales que superen el tres por ciento (3%) de sus afiliados”. Es evidente que esta normativa favorece el pluralismo interno y la participación de grupos opositores que quieran acceder a la conducción del sindicato limitando las posibilidades de exigir requisitos difíciles de obtener para la presentación de candidaturas. De esta manera se evita la exigencia de avales que representen una porción de los afiliados imposible de obtener por parte de las corrientes de oposición, particularmente las minoritarias.

El Decreto Reglamentario –N° 467/88– no impone qué sistema de cómputo de votos deberán adoptar las asociaciones, pero sí establece que la elección se efectúe con “algún sistema de proporcionalidad”, o que “otorgue a la primera minoría un número de cargos no inferior al veinte por ciento”.¹⁰ Sin embargo, dicho decreto establece que se puede exigir a las minorías, a fin de que obtengan representación, “un número de votos no inferior al veinte por ciento de los votos válidos emitidos”, como piso para poder acceder a la representación en los cuerpos deliberativos.

Es importante destacar que lo que establece el inciso d del artículo 8 es la representación de las minorías en los órganos deliberativos y no en los directivos.

Por su parte, el inciso j del artículo 16 consagra el requisito de un procedimiento especial para la modificación de los estatutos y la disolución de la asociación ya que, de no ser así, se tornarían en ilusorias muchas de las garantías contenidas en la ley.

En cuanto a la no discriminación, la Ley N° 25674 establece que: “cada unidad de negociación colectiva de las condiciones laborales deberá contar con la participación proporcional de mujeres delegadas en función de la cantidad de trabajadoras de dicha rama o actividad”. Y además que “los acuerdos celebrados sin la representación proporcional de mujeres, no serán oponibles a las trabajadoras, salvo cuando fijaren condiciones más beneficiosas”. Este sistema de discriminación positiva –es decir, se realiza una discriminación a fin de evitar otra que la ley repudia– tiene como evidente finalidad la inclusión progresiva de la mujer en la vida sindical.

10. En realidad se refiere a la “segunda fuerza”, dado que la primera minoría puede ser la lista que obtuviera mayor cantidad de votos –cuando no supera el 50%–.

Capítulo 9

La concentración sindical

1. Caracterización

El modelo sindical argentino se caracteriza y distingue del resto de los sistemas sindicales comparados por el conjunto de normas que apuntan a fortalecer a las asociaciones sindicales, fundamentalmente, a través de la unidad de actuación.

Este principio sobre el cual se orientan las disposiciones de la ley sindical ha sido denominado por la doctrina como el principio de “concentración sindical” que apunta, fundamentalmente, a contrarrestar la cada vez más concentrada fuerza del capital.

Como ya se señalara, la concentración sindical es un principio que se opone a la fragmentación sindical. Concentración sindical es sinónimo de fortaleza y fragmentación de debilidad.

La Ley N° 23551 del año 1988 lo que ha hecho es recoger la idiosincrasia y tradición de las formas asociativas que se ha dado el movimiento obrero en la Argentina, y volver al modelo tradicional de organización decidido y adoptado por los propios trabajadores organizados que fuera receptado en distintas normas en etapas constitucionales de nuestro país y que ha sido objeto de ataques por parte tanto de los gobiernos de facto como de gobiernos pseudo-democráticos que quisieron pulverizar el poder sindical.

El modelo sindical adoptado por la Ley N° 23551 fue, además, el resultado de cuatro años de búsqueda de acuerdos parlamentarios, que contó con el

consenso de todos los sectores sindicales del país y que solo encontró oposición de parte de los sectores más concentrados del empresariado argentino.

En relación con este último punto, no puede dejar de señalarse que en un mundo sometido a la globalización económica, sojuzgado por los organismos financieros internacionales y por la división del trabajo, parecería una prerogrullada plantear desde la óptica de los trabajadores, la necesidad de unidad sindical. Incluso, a nivel internacional, las dos grandes centrales internacionales han decidido unificarse en pos de estos principios.

Hay quienes, a pesar de ello, piensan que la multiplicidad de sindicatos tiene que ver con la libertad sindical, cuando más bien tiene que ver con todo lo contrario, es decir con el fraccionamiento de la capacidad negocial de las organizaciones gremiales.

No obstante, merece destacarse que en nuestro país, pese al sistema de unicidad sindical, cuya característica es que el sindicato que tiene mayor representatividad, por la mayor cantidad de trabajadores afiliados, ostenta la personería gremial y por ello, cuenta con mayores derechos, el mapa sindical actual dista de una gran concentración, ya que la ley permite competir para lograr la personería gremial, desplazando a aquel que la tenía. Existían en 2009, según datos del Ministerio de Trabajo, 1.350 sindicatos con personería gremial; 1.227 sindicatos con inscripción gremial; 472 sindicatos compitiendo por la personería gremial o peticionándola y 593 peticionando la inscripción gremial.

Nadie discute que la unidad del movimiento obrero, tanto en el ámbito de la empresa como en la actuación a nivel nacional, es una ventaja para la consecución de los objetivos sindicales, así como también es sabido que la división de los trabajadores es siempre alentada y bienvenida por el sector empresarial. El modelo sindical argentino se caracteriza por fomentar la concentración de la fuerza sindical.

La promoción de la concentración de la fuerza sindical se manifiesta a través de distintas reglas de la ley que funcionan como principios rectores:

a) Profesionalidad como criterio de agrupamiento: el criterio de agrupamiento permitido, fundado exclusivamente en lo gremial y prohibiendo las discriminaciones fundadas en razones políticas, ideológicas o religiosas.

b) Estructura piramidal: la promoción de una estructura piramidal de la representación sindical de modo tal de confluir en una central única de grado superior que concentre la representación de la totalidad del movimiento obrero.

c) Unificación de la representación de los intereses colectivos: fundado principalmente en el sistema de personería gremial y en la preferencia de los sindicatos de actividad (verticales) por sobre los de oficio, profesión o categoría (horizontales) y por sobre los de empresa (este tema se desarrolla en el capítulo siguiente).

d) Promoción de las asociaciones de “actividad” en desmedro de los sindicatos de empresa y los de oficio, profesión o categoría (a través del sistema de personería gremial).

e) Unificación de la representación en los lugares de trabajo: la unificación de la actuación sindical también en los lugares de trabajo, a través de la figura del delegado de personal que es elegido y representa a todos sus compañeros de trabajo sin importar su afiliación (ver capítulo correspondiente a “representantes sindicales”).

2. Organización sindical con base en la profesionalidad

Nuestro modelo sindical no permite la asociación de trabajadores sobre la base de otro denominador común que no esté ligado a la profesionalidad. En la ley sindical argentina se establece expresamente que “las asociaciones sindicales no podrán establecer diferencias por razones ideológicas, políticas, sociales, de credo, nacionalidad, raza o sexo, debiendo abstenerse de dar un trato discriminatorio a los afiliados”. Es más, expresamente se extiende esta disposición “respecto de la relación entre una asociación de grado superior y otra de grado inferior” (art. 7, Ley N° 23551).

A diferencia de otros regímenes que sí admiten la agrupación de trabajadores de una misma ideología, religión o partido político, en nuestro sistema solo se admiten asociaciones de trabajadores de una misma actividad, de una misma profesión, oficio o categoría, o de una misma empresa.

No se admite en nuestro sistema jurídico, a diferencia de otros países, la posibilidad de que exista, por dar algunos ejemplos, un sindicato de trabajadores metalúrgicos socialistas, ni uno de mercantiles comunistas, ni de telefónicos cristianos, etc.

La pluralidad sindical se garantiza al interior de las asociaciones sindicales que, como se acaba de señalar, deben admitir en su seno a todos los trabajadores del ámbito respectivo sin distinciones de ningún tipo. Esta norma se complementa con otras disposiciones de la ley, como el artículo 4 y el artículo 2 del Decreto Reglamentario, que obligan a aceptar la afiliación de cualquier trabajador que sea de la actividad.

La Ley N° 23551 ha recogido la forma asociativa que en la práctica han adoptado las organizaciones sindicales en nuestro país. En el artículo 10 repite la clasificación que efectuaba la Ley N° 14455 en tres formas asociativas: asociaciones de trabajadores de una misma actividad o actividades afines (verticales), de un mismo oficio, profesión o categoría (horizontales), aunque se desempeñen en actividades distintas, y de una misma empresa.

Si bien esta enunciación parece ser taxativa, lo cierto es que la Constitución Nacional garantiza a los trabajadores la libertad de organización y el propio artículo 5 de la Ley N° 23551 reconoce el derecho de las asociaciones sindicales de adoptar el tipo de organización que estimen más apropiado por lo que, en tanto no se trate de una forma asociativa prohibida o que no tenga una finalidad sindical, y siempre que cumpla con los requisitos formales que la legislación exige para su reconocimiento, no habría obstáculo alguno para que los trabajadores constituyan una asociación de otro tipo.

Otro de los principios que deben respetar las organizaciones sindicales es el de pureza, que establece otra limitación a la facultad de los trabajadores de constitución de asociaciones sindicales y consiste en la imposibilidad de constituir asociaciones sindicales que no representen exclusivamente a trabajadores. Así la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo ha señalado que

el principio de pureza consagrado por la Ley N° 23551, surge de los términos de los artículos 2 y 4 de la ley que implícitamente rechazan la posibilidad de un sindicato mixto de empleadores y trabajadores, por lo que si bien este tipo de

asociación no se encuentra prohibida por disposición legal alguna y su existencia es jurídicamente posible, no se encuentra regida por la ley citada.

A continuación se analizarán las características de los distintos tipos de asociaciones sindicales previstas en la ley.

2.1. Asociaciones de actividad

Son aquellas que agrupan a trabajadores de un mismo sector de la producción o de la actividad económica cualquiera sea su categoría o calificación profesional o la empresa en que trabaje.

En la Argentina, como en el resto del mundo, las primeras formas de organización sindical estuvieron constituidas, en realidad, sobre la identidad basada en el mismo oficio. En 1878 nació la Unión Tipográfica, sindicato que unía a los trabajadores de un oficio ahora inexistente, el de tipógrafo. Luego se fundaron otros sindicatos de oficio como los de los panaderos, los zapateros, los maquinistas y fogoneros del ferrocarril,¹ los albañiles, etc.

A partir de la década del '30 comenzó a consolidarse la tendencia a la conformación de entidades gremiales de tipo vertical que habían empezado a surgir años antes. Se destacan en esa época las organizaciones de metalúrgicos, textiles, bancarios, mercantiles, etc. Estos últimos gremios, del sector de los servicios, lograron en esa década a través de su accionar la sanción de leyes específicas (N° 11729 y 12637) que regulaban las condiciones de trabajo en ese sector.

Pero, como destaca Néstor Corte, recién se terminó de consolidar esa tendencia a partir de 1943, con el crecimiento de la industria nacional y la formación de un proletariado urbano y suburbano conformado por las migraciones internas provenientes del interior del país. Ahí se fueron constituyendo las grandes organizaciones únicas por rama de actividad económica, con ámbito territorial nacional, que luego adquirieron un notorio protagonismo en la vida social y política de nuestro país.

1. A este sindicato se lo denominó "La Fraternidad" y todavía continúa vigente.

Ejemplos actuales de este tipo de asociaciones en nuestro país son la Asociación Obrera Textil (AOT), la Unión Obrera Metalúrgica (UOM), el Sindicato de Mecánicos y Afines del Transporte Automotor (SMATA), la Federación de Empleados de Comercio y Servicios (FAECYS), la Federación de Obreros Ceramistas de la República Argentina (FOCRA), etc.

Esta forma de asociación, por actividad, es la que predomina en el mapa sindical argentino y ha sido la que mejores resultados les ha dado a los trabajadores frente al proceso continuo de concentración del capital y al desarrollo que ha tenido la industria y los servicios.

La unión de trabajadores por actividad une a una amplia base de representación y ello trae aparejadas varias ventajas: contribuye a fomentar los lazos de solidaridad gremial, la conciencia gremial y la afiliación. Con ello aumenta en forma significativa su poder de presión y su poder económico. Además, contribuye a dar mejor cobertura a los trabajadores de categorías más bajas o no calificados y consolida la unidad sindical en tanto todos los trabajadores se unen contra el patrón en lugar de estar divididos por categorías. Por otro lado, las medidas de fuerza de estas organizaciones, al incluir a la totalidad de los trabajadores y no a ciertas categorías, resultan más eficaces.

En razón de todo ello es que la ley sindical, tal como se explicará más adelante, auspicia y promueve los sindicatos por actividad o industria.

2.2. Asociaciones por oficio, profesión o categoría

Los sindicatos de oficio, profesión o categoría son aquellos denominados horizontales porque abarcan solo un segmento dentro de una o varias actividades.

En estas organizaciones el interés profesional común pasa fundamentalmente por la actividad o tarea del trabajador y no por la actividad de la empresa. Esta fue la identidad que inicialmente dio origen a las primeras organizaciones sindicales que, como ya se dijera, eran sindicatos de oficio.

Tal como recuerda Etala, en la mayoría de los países, el movimiento obrero, en su origen, apareció como un intento de los trabajadores altamente calificados por defender sus métodos de trabajo artesanales y niveles de vida,

heredados de la Edad Media, contra las transformaciones producidas por la Revolución Industrial. Así fue en los orígenes de las *trade unions* británicas y una estructura semejante se presenta en el nacimiento del sindicalismo norteamericano, donde la Federación Americana del Trabajo (AFL, American Federation of Labor) se fundó en 1886 sobre la base del sindicato de oficio.

Por ello los sindicatos de oficio fueron históricamente la primera manifestación de la capacidad de organización de los trabajadores y si bien los trabajadores han considerado más conveniente la agrupación por actividad, que además ha sido especialmente promocionada por los sucesivos ordenamientos normativos en nuestro país, ello no ha sido impedimento para la subsistencia de sindicatos horizontales, por profesión, oficio o categoría, los que se mantienen en la estructura sindical argentina a la par de las organizaciones verticales.

La razón de la subsistencia de este tipo de organizaciones así como la aparición de nuevas asociaciones horizontales tiene vinculación con los motivos que dieron origen a los primeros gremios. Así, ocurre que más allá de las ventajas que pueda proporcionar una organización vertical, ciertos sectores de la actividad (fundamentalmente trabajadores calificados, especializados, jerárquicos o personal técnico o universitario) prefieren constituir organizaciones que atiendan de modo particular sus especificidades, porque en el marco de grandes organizaciones pueden quedar marginadas. Se trata de elites minoritarias dentro de la actividad que, en pos de mejorar la atención de sus intereses, acotan los lazos de solidaridad a esa profesión, oficio o categoría.

Álvaro Abos ha analizado la existencia de las asociaciones de tipo horizontal y concluye que su mantenimiento puede obedecer a tres factores:

a) Al mantenimiento de modalidades tradicionales, que han sobrevivido al paso de la tendencia organizativa horizontal a la vertical, tales como La Fraternidad, fundada en 1887, que agrupa a los maquinistas ferroviarios, o el caso de los viajantes de comercio.

b) A ciertas particularidades profesionales, como el caso de los telegrafistas, porteros, artistas de variedades, futbolistas profesionales, etc., escasamente compatibles con una sindicalización vertical o por actividad.

c) Al comportamiento de ciertos sectores laborales (operarios especializados, personal jerárquico, cuadros técnicos o universitarios) que, al no considerarse adecuadamente representados por organizaciones de tipo vertical a las que pertenecían, promovieron procesos de secesión o enucleación sindical, constituyendo sus propias organizaciones separadas (por ejemplo, señaleros ferroviarios, supervisores metalúrgicos, personal de dirección de ferrocarriles, personal de profesionales universitarios de Agua y Energía, personal profesional y superior de las empresas aerocomerciales, etc.).²

En efecto, más allá de la promocionada unidad sindical, la plena vigencia del principio constitucional e internacional que reconoce libertad para constituir organizaciones así como el de adoptar el tipo de organización que se estime conveniente, sumado ello a la existencia de los intereses diferenciados que se mencionaron más arriba, ha llevado a que se produzca en la mayoría de las actividades una separación o enucleación del personal jerárquico, también denominado superior, de dirección, de vigilancia, de supervisión, etc.

Es más, ese alejamiento se advierte también en los estatutos de las organizaciones sindicales de actividad e incluso en los convenios colectivos de trabajo que, tanto unos como otros, suelen excluir expresamente de sus ámbitos al personal jerárquico.

Pero si bien la constitución de este tipo de organizaciones es libre y sin restricción alguna, la obtención de la personería gremial, en cambio, presenta algunos obstáculos. En efecto, la ley actual establece que cuando una nueva asociación sindical hubiera adoptado la forma de sindicato de oficio, profesión o categoría, la personería podrá concedérsele no solo si cumple con los requisitos de representatividad y antigüedad mencionados en el artículo 25, sino también y solo “si existieran intereses sindicales diferenciados como para justificar una representación específica y siempre que la unión o sindicato preexistente no comprenda en su personería la representación de dichos trabajadores” (art. 30, Ley N° 23551).

2. Abós, A. (1985). *La columna vertebral: sindicatos y peronismo*. Buenos Aires: Hyspamérica, pp. 52 y ss.

2.3. Sindicatos de empresa

Estas organizaciones unen a trabajadores que prestan servicios para un mismo patrón. El interés común que prevalece es el enfrentamiento a un mismo sujeto más que la identidad de oficio o tarea que realizan. Se trata de una subespecie del sindicato vertical o de actividad en tanto se asocian trabajadores de una misma empresa aunque realicen distintos oficios y ostenten categorías diferentes.

En este caso distintos oficios se unen a partir de un interés común determinado por la persona del empleador.

Esta forma organizativa alcanzó gran importancia en buena parte del resto de Latinoamérica, fundamentalmente por la presencia de grandes empresas multinacionales que concentran un número importante de trabajadores cada una, pero también por la incidencia en muchos países de normas que favorecen este tipo de organización a través del reconocimiento de derechos preferenciales a la hora de representar a los trabajadores en el terreno de la negociación colectiva o incluso del reconocimiento exclusivo del derecho de huelga, mientras se imponen fuertes restricciones a las asociaciones de grado superior o con un ámbito de actuación más extenso.³

Los países latinoamericanos en donde mayor incidencia tienen los sindicatos de empresa son Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador, Honduras, Perú y Venezuela. Al respecto, Julio Godio señala que en los países industrialmente atrasados ha persistido el sindicato de empresa o la federación de sindicatos de empresa, locales y nacionales. Y que por contrapartida, en los países altamente desarrollados, la fase del sindicalismo de oficio ha sido superada por la organización de fuertes sindicatos nacionales por rama de actividad que, a su vez, se reúnen en poderosas centrales sindicales nacionales.⁴

En donde existen sindicatos de empresa, sobre todo de pequeñas y medianas, el poder de presión y de negociación de los trabajadores disminuye,

3. Von Potobsky, G. (1986). Las organizaciones sindicales. *Trabajo y Seguridad Social*, 1986, 25 y ss.

4. Godio, J. (1982). *El movimiento sindical latinoamericano en los años '80*. Caracas: Instituto Latinoamericano de Investigaciones sociales.

dado que al tener menor cantidad de afiliados se reducen también los medios materiales y económicos, e incluso la población de donde obtener los mejores cuadros dirigenciales. Es más difícil que aparezca un dirigente brillante y con las mejores cualidades dentro de un gremio de 100 afiliados que en uno de 100.000.

El modelo sindical argentino, como ya dijéramos, promociona las asociaciones por actividad y desalienta los sindicatos de empresa en tanto esta forma de organización atomiza el poder sindical y contradice el principio de concentración sindical.

En nuestro país los sindicatos de empresa que han tenido desarrollo e importancia han sido las asociaciones fundadas en torno a las grandes empresas del Estado que, vale destacar, en la mayoría de los casos eran empresas que prestaban servicios públicos en un régimen monopólico. Teniendo en cuenta esto, puede decirse que en realidad más que sindicatos de empresa, se trataba de asociaciones que nucleaban a toda la actividad, por ello su protagonismo y fortaleza. Tales son los casos de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones (Entel), Agua y Energía Eléctrica, Gas del Estado, Empresa Ferrocarriles Argentinos (EFA), Yacimientos Petrolíferos Fiscales (YPF), Correos y Telecomunicaciones, etc.

Existe, sin embargo, otra experiencia destacable entre los sindicatos de empresa que, a pesar de no comprender a la totalidad de la actividad ni pertenecer a una empresa del Estado, han tenido un protagonismo notorio en la década de 1960. Se trata del Sindicato de Trabajadores de Fiat Concord (SITRAC) y el Sindicato de Trabajadores de Materfer (SITRAM) que pasaron a la historia, a pesar de su corta duración, por su activa participación en las protestas sociales contra el régimen de facto que tuvieron lugar en 1969 con epicentro en la ciudad de Córdoba y que se conocieron como “el Cordobazo”.

Actualmente, la Ley de Asociaciones Sindicales desalienta la creación de sindicatos de empresa que, si bien pueden obtener personería jurídica con la sola inscripción en el registro que lleva el Ministerio de Trabajo y gozar de todos los derechos que otorga la simple inscripción, solo pueden alcanzar la personería gremial “cuando no obrare en la zona de actuación y en la actividad o en la categoría una asociación sindical de primer grado o unión” (art. 29).

3. Estructura piramidal

Otra de las características del modelo sindical argentino, tal como se adelantara en capítulos anteriores, es la conformación de una estructura piramidal constituida a partir de la unión de los sindicatos de base en organizaciones de grado superior, y la unión de estas, a su vez, en una asociación superior o de tercer grado que unifique a todo el movimiento obrero del país en una única central sindical.

Esta estructuración en realidad no es particular de nuestro modelo sindical sino que es compartida también por muchos ordenamientos sindicales que a veces no solo contemplan en las legislaciones la posibilidad de asociarse en forma piramidal, sino que imponen tal estructura.

Tal como señala Russomano, cada estrato o nivel tiene su propia relevancia, sin que la organización jerárquica menoscabe la significación de las entidades de base. Si bien es cierto que la central sindical constituye el centro de coordinación global de la estrategia y acción reivindicativa y negociadora frente a los empleadores y especialmente ante el poder del Estado, no lo es menos que en la práctica se ha demostrado que son las organizaciones de base y especialmente la representación en los lugares de trabajo las que motorizan y realimentan la capacidad de resistencia y el dinamismo del movimiento sindical como contrapoder frente a sus interlocutores sociales.⁵

Desde el punto de vista normativo, el derecho de las organizaciones sindicales de asociarse entre sí constituye una manifestación de la libertad sindical en su aspecto colectivo, y se lo ha denominado “facultad federativa” o “autonomía federativa”.

Los artículos mencionados son los que establecen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como de afiliarse a estas organizaciones con la sola condición de observar sus estatutos (art. 2); el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente sus representantes, el de organizar su administración y sus acti-

5. Russomano, M. V. (1977). *Principios generales del derecho sindical*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, citado por Corte, N. T. (1994), *op. cit.*, p. 207.

vidades y el de formular su programa de acción (art. 3.1); el derecho a que las autoridades se abstengan de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal (art. 3.2.). Por último, del artículo 4 se desprende que las federaciones y confederaciones no están sujetas a disolución o suspensión por vía administrativa.

En lo que respecta a la Ley N° 23551, en el artículo 11 se establece que “las asociaciones sindicales pueden asumir algunas de las siguientes formas:

- a) Sindicatos o uniones;
- b) Federaciones, cuando agrupen asociaciones de primer grado;
- c) Confederaciones, cuando agrupen a las asociaciones contempladas en los incisos que preceden a éste”.

A su vez, el derecho de las asociaciones sindicales de constituir asociaciones de grado superior y afiliarse a las ya constituidas se encuentra expresamente consagrado en el artículo 5 de la Ley N° 23551 y reiterado en el artículo 20 inciso c) cuando dispone que es facultad privativa del órgano deliberativo de la asociación sindical la de disponer “la fusión con otras asociaciones, afiliación o desafiliación a asociaciones, nacionales o internacionales”. Se consagra aquí, además, la posibilidad de participar de asociaciones internacionales.

En cuanto a las formas que puede asumir una asociación sindical, conforme lo dispuesto por el artículo 11 de la Ley N° 23551, cabe aclarar las características de cada asociación, según su grado.

3.1. Asociaciones de primer grado. Sindicatos y uniones

Los sindicatos y las uniones son asociaciones sindicales de primer grado, o también denominadas “de base”. Estas organizaciones afilian a trabajadores de una misma actividad, de una misma profesión, oficio o categoría o de una misma empresa.

La ley menciona a los sindicatos y uniones. Generalmente se denominan “sindicatos” a las asociaciones de ámbito territorial local y “uniones” a las asociaciones de primer grado pero con ámbito de actuación nacional. Esta diferencia es solo semántica y no tiene consecuencia jurídica alguna la utilización

de una u otra denominación. Incluso algunas “uniones” adoptan la denominación de “asociación” (por ejemplo: Asociación de Trabajadores del Estado, Asociación Obrera Textil, Asociación Argentina de Aeronavegantes, etc.)

3.2. Asociaciones de segundo grado. Federaciones

Las federaciones son asociaciones de segundo grado que no afilian trabajadores directamente, sino que las que se afilian son las asociaciones de primer grado. Así, por ejemplo, la Federación Argentina de Empleados de Comercio y Servicios (FAECyS) agrupa a los sindicatos de empleados de comercio de distintas provincias e incluso de distintas localidades. Se trata de lo que algunos han denominado como “sindicatos de sindicatos” en tanto no afilian a personas físicas sino a asociaciones de primer grado. De acuerdo con el sistema normativo, un trabajador individual no puede afiliarse directamente a una federación.

3.3. Asociaciones de tercer grado. Confederaciones

Las confederaciones, o asociaciones sindicales de tercer grado, son aquellas que agrupan tanto a organizaciones de segundo grado (federaciones) como de primer grado (sindicatos). Pueden ser sectoriales, como la Confederación Argentina de Trabajadores del Transporte (CATT) que agrupa a las federaciones y sindicatos de las actividades vinculadas con el transporte o la Confederación de Trabajadores de la Educación de la República Argentina (CTERA); o pueden ser confederaciones generales o centrales sindicales (de todos los sectores y actividades) y con ámbito territorial en todo el país.

Las centrales sindicales, fundamentalmente en el sistema argentino donde solo una, la más representativa, adquiere la personería gremial, son grandes organizaciones que nuclean a cientos o miles de organizaciones que incluyen a millones de trabajadores representados. Se erigen, así, en las auténticas representantes del conjunto de los trabajadores del país y en ese carácter intervienen frente al gobierno nacional y frente a las representaciones empresariales. Son las que participan de la elaboración y suscripción de los grandes

acuerdos (denominados intersectoriales, acuerdos marco, pactos sociales o acuerdos económico-sociales) y en las concertaciones, tanto con las entidades empresariales como con estas y el Estado nacional. También en los Consejos Económico Sociales que algunos países tienen expresamente instituidos o, en el caso argentino, en el Consejo Nacional de la Productividad, el Empleo y el Salario Mínimo Vital y Móvil que, además de ser el órgano que fija el monto del salario mínimo, tiene también otras funciones como las siguientes: determinar periódicamente los montos mínimos y máximos de la prestación por desempleo; aprobar los lineamientos, metodología, pautas y normas para la definición de una canasta básica que se convierta en un elemento de referencia para la determinación del salario mínimo, vital y móvil; constituir comisiones técnicas tripartitas sectoriales; fijar las pautas de delimitación de actividades informales de conformidad con el artículo 90 de la Ley N° 24013;⁶ formular recomendaciones para la elaboración de políticas y programas de empleo y formación profesional y proponer medidas para incrementar la producción y la productividad (art. 135, Ley N° 24013).

Además, la central sindical más representativa es la que asume la representación internacional del conjunto de los trabajadores de todo el país ante los organismos de la Organización Internacional del Trabajo.

3.4. Centrales sindicales internacionales

Por otro lado, las centrales sindicales nacionales pueden prolongar su accionar en el plano internacional a través de la adhesión o afiliación a una central internacional.

En el nivel internacional, la Confederación Sindical Internacional (CSI) es la central sindical más grande del mundo. Fue creada el 1° de noviembre de

6. ARTICULO 90. – Se establecerán programas dirigidos a apoyar la reconversión productiva de actividades informales para mejorar su productividad y gestión económica y a nuevas iniciativas generadoras de empleo.

Se considerarán como actividades informales, aquellas cuyo nivel de productividad esté por debajo de los valores establecidos periódicamente por el Consejo Nacional del Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo, Vital y Móvil, o bien presenten otras características asimilables según lo establezca dicho Consejo.

2006, a partir de la fusión de la Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres (CIOSL)⁷ y de la Confederación Mundial del Trabajo (CMT).⁸

El congreso fundacional de la CSI se llevó a cabo en Viena, y fue precedido por los congresos disolutivos de la CIOSL y la CMT, llevados a cabo el 31 de octubre de 2006.

El CSI agrupa a todas las organizaciones anteriormente afiliadas a la CIOSL (entre las que estaba la CGT de Argentina) y a la CMT, junto con otras ocho federaciones sindicales nacionales, que pertenecen, por primera vez, a una organización sindical mundial.

La Federación Sindical Mundial, que, antes de la fundación del CSI era la tercera central sindical más grande del mundo, continuará independiente.⁹

El CSI representa a cerca de 166 millones de trabajadores, afiliados a 309 organizaciones en 156 países, y tiene su sede en Bruselas, Bélgica.

7. Creada en Bruselas, en 1949, la CIOSL tuvo por objetivos fundacionales dotar al movimiento sindical libre de un “nuevo y pujante instrumento para desarrollar una acción centrada en el Pan, la Paz y la Libertad”. Tras una existencia de 59 años, la CIOSL agrupaba, al momento de la fusión con CMT, a 234 organizaciones afiliadas de 152 países y cuenta con más de 151 millones de miembros.

8. La CMT, por su parte, tiene una implantación destacada en algunos países de Europa y de América Latina. La adhesión a “los principios sociales del cristianismo” que figuraba en su carta fundacional se ha modificado con el tiempo y sus principios hoy no difieren sustancialmente de los del sindicalismo socialdemócrata. Su tamaño era aproximadamente un 20% del de la CIOSL.

9. La Federación Sindical Mundial (FSM) es una federación internacional de sindicatos de tendencia comunista, fundada el 3 de octubre de 1945, en París. Inicialmente agrupó a todos los sindicatos de Europa, EEUU y el resto del mundo de tendencia socialdemócrata y comunista. Sin embargo, debido a tensiones de la Guerra Fría y posiciones divergentes entre los socialdemócratas y los comunistas, los socialdemócratas se separan y forman la Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres (CIOSL) en 1949 (ahora fusionada con la CMT).

Capítulo 10

Sistema de personería gremial

1. Introducción. Asociaciones sindicales sin inscripción gremial, simplemente inscriptas y con personería gremial

De acuerdo con el esquema previsto por nuestro sistema legal, refiriéndonos básicamente a la Ley N° 23551¹ y su Decreto Reglamentario N° 467/88,² las entidades sindicales pueden actuar bajo tres modalidades diferentes, según la etapa que temporal y evolutivamente estén atravesando.

Efectivamente, dentro de nuestro sistema podemos distinguir tres clases o tipos diferenciados de entidades gremiales, basándonos en un enfoque estrictamente temporal/evolutivo: -las *asociaciones gremiales no inscriptas*, -las que poseen *simple inscripción gremial* y, por último, -aquellas que gozan de *personería gremial*. De acuerdo con lo dicho, previo a detenernos en el análisis de cada uno de los casos señalados, es necesario precisar en qué momento entendemos que nace, se constituye, una asociación gremial.

Podemos afirmar que existe asociación sindical desde el momento mismo en el cual un colectivo de trabajadores se organiza y decide conformar una entidad de carácter permanente³ con el fin de propender a la defensa de sus

1. Argentina. Boletín Oficial 22/04/88.

2. Argentina. Boletín Oficial 22/04/98.

3. Esta permanencia la distingue de las llamadas “coaliciones” que constituyen un modo de organización espontánea del colectivo de trabajadores, de carácter transitorio, conformadas

intereses. Esto significa que basta la *affectio societatis* del colectivo de trabajadores acompañada de ciertos actos, como ser, la realización de asambleas, la confección de un acta fundacional, la discusión de sus estatutos, entre otros, para dar origen a la asociación. Es de esperar que ya en dicha instancia habrán de precisarse los ámbitos de representación personal y territorial que se pretendan abarcar, el nombre, estatutos y autoridades fundacionales, todo lo cual suele acontecer luego de acordar criterios a lo largo de sucesivas asambleas convocadas a dicho efecto.

De esta manera, cabe concluir que la constitución de la entidad no está sujeta a reconocimiento alguno por parte de terceros, básicamente del Estado, ni existen formalidades específicas a tener en cuenta en ese sentido, resultando entonces la posterior inscripción registral, un mero acto de reconocimiento.⁴ No obstante lo expuesto, es habitual que a los fines de su constitución se lleve a cabo una asamblea o acto fundacional en la que sus participantes –fundadores– manifiesten mediante un acta su voluntad de asociarse a los fines de bregar por los intereses específicos del colectivo a representar.

En tal sentido, la jurisprudencia tiene dicho: “En nuestro régimen legal, la creación de una asociación gremial de trabajadores es un acto espontáneo del grupo, que no requiere autorización previa de la autoridad estatal. El Estado debe reconocer la existencia de aquella por disposición constitucional”⁵

No existe óbice para que, siguiendo lo reglado por el artículo 14 de la Constitución Nacional, estas asociaciones puedan constituirse y funcionar amparadas bajo la normativa de la ley civil (arts. 33 y siguientes). De acuerdo con lo previsto por el artículo 46 del Código Civil, “las asociaciones que no tienen existencia legal como personas jurídicas serán consideradas como simples asociaciones civiles...”. Asimismo, serán consideradas sujetos de derecho

para afrontar un conflicto determinado, sin vocación de continuidad una vez superada la situación.

4. En tal sentido, la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo Sala VII. 10/02/89. “CTE-RA c/ MT s/ Sumarísimo” ha dicho “la creación de una asociación sindical es un acto espontáneo del grupo que no requiere autorización previa de la autoridad estatal”.

5. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VII. 06/03/90. “Docentes de Educ. Física Capital Federal y Buenos Aires”, *Derecho del Trabajo*, 1990, 1904.

cuando cuenten con escritura pública o instrumento privado certificado por escribano público que acredite su constitución y designación de autoridades.

Siguiendo con el análisis propuesto, una vez constituida la entidad y a los fines de su desarrollo y desenvolvimiento en sociedad, la asociación se verá necesitada de contar con el reconocimiento jurídico de su persona y de gestionar la inscripción registral prevista por la normativa, que se tramita ante el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación.

Dicha inscripción gremial confiere personalidad jurídica⁶ a la asociación, lo que significa, en síntesis, su reconocimiento por parte del Estado y su oponibilidad ante terceros.

Por último, concluyendo con esta breve introducción, corresponde hacer referencia al instituto de la personería gremial que el sistema vigente reserva para aquellas asociaciones que resulten ser las más representativas del colectivo cuya representación pretenden. Los fundamentos y lógica de tal diseño basado en la unicidad promovida han sido explicados oportunamente en esta obra por lo que cabe remitirse al capítulo correspondiente.

Resta señalar, por ahora, que la personería gremial confiere a la entidad dos beneficios fundamentales, exclusivos y de suma trascendencia: el poder normativo, teniendo en cuenta que son ellas las legitimadas para negociar colectivamente con las asociaciones de empleadores las condiciones de trabajo que se aplicarán al colectivo cuya representación invisten, y el poder económico, dado que gozan de la prerrogativa de exigir a los empleadores la recaudación de una contribución obligatoria a descontarse de la remuneración de los trabajadores bajo su representación, sean estos afiliados o no a la misma.

2. Simple inscripción

2.1. Requisitos

Teniendo en cuenta el análisis cronológico que se viene efectuando, podemos afirmar que para que una asociación gremial no inscrita sea considera-

6. Conf. arts. 32 y 33, Código Civil.

da persona jurídica, deberá dar cumplimiento con ciertos recaudos formales y de fondo que impone la normativa y verifica la autoridad de aplicación.

De acuerdo con lo previsto por el artículo 56 de la LAS, el Ministerio de Trabajo de la Nación es la autoridad de aplicación de la ley y está facultado para inscribir asociaciones sindicales, otorgar personerías gremiales y llevar los registros respectivos.

No obstante, el contralor que la autoridad ministerial ejerza no es discrecional y “debe ajustarse a los principios que la Constitución reconoce y la Ley N° 23551 instrumenta, y los actos administrativos que provoca, no dejan de estar sujetos a otro control superior, el de la Justicia”.⁷

Sentado lo expuesto y teniendo en cuenta la trascendencia de la actuación ministerial, y la necesidad de sus límites, pasaremos a enunciar los requisitos que impone la Ley de Asociaciones Sindicales a las entidades que pretendan obtener su inscripción gremial.

Así, el Título VI de la Ley N° 23551, denominado “De la Inscripción”, en su artículo 21 dispone:

Las asociaciones presentarán ante la autoridad administrativa del trabajo solicitud de inscripción gremial haciendo constar:

- a) nombre, domicilio, patrimonio, y antecedentes de su fundación;
- b) lista de afiliados;
- c) nómina y nacionalidad de los integrantes de su organismo directivo;
- d) Estatutos.

Por su parte, el artículo 19 del Decreto Reglamentario N° 467/88 agrega que las listas de afiliados deben contener la mención del lugar de trabajo y prevé que la autoridad de aplicación pueda requerir la acreditación de la actividad, oficio, profesión, categoría o empresa en la que se desempeñan los afiliados, a los fines de delimitar el ámbito de representación personal que corresponde a la entidad.

7. Cornaglia, R. J. (2004). *Derecho colectivo del trabajo: derecho sindical*. Buenos Aires: La Ley, p. 171.

2.2. La agremiación de las fuerzas de seguridad

De acuerdo con los convenios N° 87, 98 y 151 de la OIT, queda sujeto al criterio de cada Estado la aceptación o no de la sindicalización de las fuerzas de seguridad, esto es, policía y fuerzas armadas.

Pasando a revisar la postura adoptada por el Estado nacional, se advierte que este se ha enrolado históricamente entre los que rechazan la agremiación de los trabajadores de las fuerzas armadas y policiales, basándose en el argumento de que las necesarias verticalidad y obediencia que caracterizan a las estructuras de las fuerzas de seguridad colisionan con la organización democrática e igualitaria que es base de toda organización sindical.

De esta forma, la autoridad ministerial se ha pronunciado –en diversas oportunidades– rechazando la inscripción registral de sindicatos policiales y de fuerzas de seguridad, circunstancia que, vale la pena reiterar, no implica negar su existencia, teniendo en cuenta que la resolución ministerial es un acto de reconocimiento estatal pero no uno constitutivo. Efectivamente, no obstante la postura que la autoridad decida adoptar, el rechazo del registro de la entidad no afecta la existencia del sindicato, el que puede recurrir a la justicia –Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo– impugnando la denegatoria ministerial.⁸

Así, corresponde señalar que tanto la Sala X⁹ como la VI,¹⁰ entre otras, han tenido ocasión de pronunciarse en relación al tema, confirmando la postura de la autoridad administrativa del trabajo. En efecto, la jurisprudencia mayoritaria coincide –con distintos argumentos– en que el régimen de la Ley N° 23551 no resulta aplicable al caso de las fuerzas de seguridad, sin perjuicio de entender que deberá elaborarse a la mayor brevedad una normativa acorde a

8. Vale recordar que es la CNAT quien resulta competente para revisar la pertinencia o no del acto ministerial y quien, de corresponder, ordenará el dictado de uno nuevo conforme las pautas que ella señale (art. 62, LAS).

9. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala X. 17/03/03. “Asociación Profesional Policial de Santa Fe c/ Ministerio de Trabajo s/ LAS”.

10. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VI. 15/02/06. “Ministerio de Trabajo c/ Sindicato Único del Personal de Seguridad s/ LAS”.

las particularidades de este colectivo de trabajadores. Pensarlo distinto sería soslayar el mandato impuesto por el mismo artículo 14 bis de la norma fundamental cercenando el derecho de este colectivo de trabajadores.

2.3. Derechos y deberes

El artículo 23 de la LAS prevé:

La asociación a partir de su inscripción adquirirá personería jurídica y tendrá los siguientes derechos:

- a) peticionar y representar, a solicitud de parte, los intereses individuales de sus afiliados;
- b) representar los intereses colectivos, cuando no hubiere en la misma actividad o categoría asociación con personería gremial;
- c) promover:
 1. la formación de sociedades cooperativas y mutuales,
 2. el perfeccionamiento de la legislación laboral, previsional y de seguridad social,
 3. la educación general y la formación profesional de los trabajadores;
- d) imponer cotizaciones a sus afiliados;
- e) realizar reuniones o asambleas sin necesidad de autorización previa.

Por su parte, el artículo 24 del mismo cuerpo legal, reza:

Las asociaciones sindicales están obligadas a remitir o comunicar a la autoridad administrativa del trabajo:

- a) los estatutos y sus modificaciones a los efectos del control de legalidad;
- b) la integración de los órganos directivos y sus modificaciones;
- c) dentro de los ciento veinte días de cerrado el ejercicio, copia autenticada de la memoria, balance y nómina de afiliados;
- d) la convocatoria a elecciones para la renovación de sus órganos en los plazos estatutarios;

e) los libros de contabilidad y registros de afiliados a efectos de su rubricación.

Asimismo, el Decreto Reglamentario N° 467/88, en su artículo 20, agrega a las obligaciones antes mencionadas:

Las asociaciones sindicales deberán comunicar al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social:

a) Toda modificación de la integración de sus órganos directivos dentro de los cinco días de producida.

b) La celebración de elecciones para la renovación de sus órganos directivos con una anticipación no menor de diez días. Asimismo deberá remitir copia autenticada de la memoria, balance, informe del órgano de fiscalización y nómina de afiliados dentro de los ciento veinte días de cerrado el ejercicio y/o dentro de los cinco días de concluida la asamblea o congreso que trate el balance y memoria a que se refiere el inciso anterior, del acta respectiva.

Así, como ya se señalara, con la obtención de su inscripción gremial la asociación sindical adquiere personalidad jurídica y como tal, será capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones, entre los cuales figuran los descriptos en la ley rectora.

Por otro lado, y sin perjuicio de que no se encuentre previsto por la ley bajo estudio, debe aceptarse, como lo hace parte de la doctrina y la jurisprudencia del más alto tribunal,¹¹ que el sindicato con simple inscripción gremial goza del derecho de huelga que la Constitución Nacional reconoce a los gremios (nótese el sentido amplio del término) en su artículo 14 bis.¹²

11. Con fecha 7 de junio de 2016, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó sentencia en los autos caratulados "Orellano Francisco Daniel c/ Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/ juicio sumarísimo" estableciendo que la normativa vigente confiere el derecho de declarar una huelga exclusivamente a las asociaciones profesionales de trabajadores, incluso las simplemente inscriptas.

12. La jurisprudencia ha reconocido este derecho a sindicatos sin Personería Gremial en algunas oportunidades, así: Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires. 06/07/1984. "Leiva

3. Personería gremial

3.1. Requisitos para su obtención. Distintos supuestos

De acuerdo con el esquema estructurado por el sistema legal vigente en nuestro país, únicamente el sindicato más representativo tendrá el derecho a ser titular de la personería gremial y gozará de los beneficios exclusivos que su obtención confiere.

La determinación del concepto “más representativo” y el procedimiento previsto para la obtención de la personería gremial por parte de las entidades está fijado, básicamente, en el Capítulo VIII de la Ley N° 23551 y en su Decreto Reglamentario N° 467/88.

La entidad que pretenda obtener personería gremial deberá dirigirse al Ministerio de Trabajo, quien resulta autoridad de aplicación de la Ley N° 23551.

Con carácter previo, la entidad peticionante deberá haber obtenido, mediante resolución ministerial, su inscripción gremial. Cabe recordar que la esfera de representación personal y territorial reconocida en dicha resolución demarca el ámbito de representación al que podrá aspirar la entidad en su petición de personería.¹³

Contando con la resolución antes mencionada y acreditando una actuación no menor a los seis meses¹⁴ (conf. inc. a, art. 25, LAS) la entidad deberá probar el cumplimiento del inciso b del citado artículo, esto es, deberá demostrar que afilia en promedio a más del veinte por ciento de trabajadores cotizantes sobre la cantidad promedio del universo de trabajadores que intente representar.

Horacio y Otros c/ Swift Armour S.A.” y Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VI. 28/04/1994. “Chanca Hilda c/ Proveeduría para el personal del Banco de la Provincia de Buenos Aires”; Cornaglia, R. J. (2004), *op. cit.*, p. 176.

13. Dicho límite existirá siempre y cuando no haya resoluciones posteriores que impliquen una modificación del ámbito de la Inscripción Gremial del ente.

14. Este lapso no deberá necesariamente computarse desde el otorgamiento de la Inscripción Gremial si se acreditare que la entidad ha actuado con anterioridad a tal fecha.

3.1.1. Donde no actúa ninguna asociación

Cuando la autoridad administrativa realiza el estudio comparativo de ámbitos de entidades con personería gremial preexiste y constata que el agrupamiento pretendido no colisiona con ninguno de los oportunamente otorgados, procederá a dictar resolución ministerial accediendo a la petición, sin más trámite. Así lo prevé el artículo 26 de la LAS: “Cumplidos los recaudos la autoridad administrativa del trabajo, dictará resolución dentro de los noventa días”.

3.1.2. Superposición. Desplazamiento

El artículo 25 de la LAS en su último párrafo prevé

cuando los ámbitos pretendidos se superpongan con los de otra asociación sindical con personería gremial, no podrá reconocerse a la peticionante la amplitud de representación, sin antes dar intervención a la asociación afectada y proceder al cotejo necesario para determinar cuál es la más representativa conforme al procedimiento del artículo 28. La omisión de los recaudos indicados determinará la nulidad del acto administrativo o judicial.¹⁵

A su vez, el artículo 28 estipula:

En caso de que existiera una asociación sindical de trabajadores con personería gremial, sólo podrá concederse igual personería a otra asociación, para actuar en la misma zona y actividad o categoría, en tanto que la cantidad de afiliados cotizantes de la peticionante, durante un período mínimo y continuado de seis (6) meses anteriores a su presentación fuere considerablemente superior al de la de la asociación con personería preexistente.

La personería peticionada se acordará sin necesidad del trámite previsto en este artículo, cuando mediare conformidad expresa del máximo órgano deliberativo de la asociación que la posea.

15. La norma dispone la pena de nulidad del acto administrativo o judicial dictado en perjuicio de una asociación con personería gremial preexistente cuando la misma no haya sido citada a los fines de ejercer el derecho que hace a su defensa.

De acuerdo con lo dicho, una vez que la autoridad de aplicación haya constatado la preexistencia de un sindicato cuyo ámbito de actuación pudiera colisionar con el pretendido por la peticionante, deberá dar traslado de la solicitud a la virtual afectada por el término de veinte días, a fin de que ejerza el derecho de defensa y ofrezca las pruebas de que intente valerse.¹⁶

Cumplidos los traslados y teniendo en cuenta las presentaciones efectuadas, la administración procederá a fijar una audiencia denominada “de cotejo de afiliación cotizante” entre la pretensora y la entidad con personería gremial preexistente en el ámbito en pugna.

Celebrado el acto de cotejo y comparados los guarismos arrojados, se podrá establecer cuál de las entidades posee mayor afiliación cotizante, y de resultar la peticionante la más representativa de la franja, deberá superar a la preexistente en un mínimo de diez por ciento, dado lo previsto por el artículo 21 del Decreto Reglamentario N° 467/88.¹⁷

Una vez efectuado el cotejo y resultando la peticionante ser la más representativa, esta última obtiene la personería gremial dentro de ese ámbito y la que la poseía continuará con el carácter de simplemente inscrita.

El artículo 27 de la LAS señala que, otorgada la personería gremial, se inscribirá a la asociación en el registro que prevé esta ley, publicándose en el Boletín Oficial, sin cargo, la resolución administrativa y los estatutos.

3.1.3. La coexistencia en el ámbito de la administración pública y el no desplazamiento. La Resolución N° 255/03

Una situación particular se presenta en el ámbito de la administración pública. Efectivamente, en este ámbito han coexistido históricamente más de una entidad con personería gremial. El ejemplo clásico está dado por la coexistencia de la Asociación Trabajadores del Estado (ATE) y la Unión del

16. Conviene mencionar la opinión del Procurador General del Trabajo, Dr. E. Álvarez, en Dictamen N° 39407 del 25/11/04: “El hecho de que la DNAS hubiese convocado a la apelante no significa de por sí que exista colisión”.

17. Artículo 21, DR: “Cuando dos asociaciones tuvieren igual zona de actuación, la asociación que pretenda la personería gremial, deberá superar a la que con anterioridad la posea como mínimo en el diez por ciento de sus afiliados cotizantes”.

Personal Civil de la Nación (UPCN), ambas con representación personal y territorial a nivel nacional.

En este sentido, la Resolución MTE y SS N° 255/03¹⁸ viene a “asumir” esta realidad histórica.

Entre sus considerandos la resolución señala que, si bien la Ley N° 23551 recepta el modelo de unicidad promocionada y prevé el mecanismo del artículo 28 para el caso de colisión de ámbitos, con la sanción posterior de la Ley N° 24185 se ha sentado el principio de la representatividad colectiva plural de los trabajadores del sector público, conforme los artículos 4 y 6 de ese cuerpo legal.

Por otra parte, en su considerando 12 refiere que

es pertinente dictar una resolución que consolide el principio de no exclusión, cuando se otorgue la personería gremial a una asociación sindical de ámbito de actuación personal y territorial menor, así como el derecho a elegir los representantes del personal en directa proporción con los afiliados cotizantes que cuente cada asociación sindical, en tanto dichos sindicatos conserven un porcentaje mínimo de afiliados.

Corolario de lo expuesto, el artículo 1 del acto ministerial que se comenta dice expresamente: “La personería gremial que se otorgue a asociaciones sindicales representativas del sector público no desplazarán en el colectivo asignado, las personerías gremiales preexistentes”.

Sin perjuicio de la no exclusión resuelta, entendemos que la entidad peticionante deberá acreditar el cumplimiento de los porcentuales previstos por la Ley de Asociaciones Sindicales en sus artículos 25 y 28 y en el artículo 21 del Decreto Reglamentario N° 467/88.

No obstante, parte de la doctrina critica la Resolución N° 255/03, por entender que la misma contraría la lógica del sistema concebido por la Ley de Asociaciones Sindicales, y más aún, que resulta observable desde el punto de vista de la prelación normativa, observaciones que parecen acertadas. En tal sentido, el fiscal general del Trabajo, Eduardo Álvarez, al referirse a la Resolución N° 255/03 señaló: “La disposición de marras presenta algunas aristas

18. Argentina. Boletín Oficial 27/10/03.

polémicas en torno a la pirámide jurídica y, en especial, en lo que hace a lo previsto por la Ley N° 23551 y al régimen de ‘unidad promocionada’¹⁹

Por su parte, Arese²⁰ señala, al referirse a la resolución mencionada, que

ahora se consagró normativamente la convivencia gremial o no exclusión gremial en el ámbito estatal. Junto con el principio de multiplicidad de personerías gremiales simultáneas para la misma rama se aceptó la representación gremial proporcional en los lugares de trabajo. En otras palabras, se consagra la pluralidad sindical (convivencia) y unidad de representación si así lo acuerdan los gremios en los lugares de trabajo y siempre que, claro está, hayan obtenido personería gremial. La norma rige para los ámbitos nacional, provincial y municipal ya que a pesar de alguna opinión en contrario, la materia es federal y no pueden esos estamentos oficiales incidir en la libertad sindical individual y colectiva que los propios estados suelen consagrar en sus constituciones.

3.2. Derechos exclusivos del sindicato con personería gremial

3.2.1. Artículo 31. Enumeración

De acuerdo con lo que venimos señalando, el hecho del otorgamiento de la personería gremial inviste a la entidad sindical de una serie de derechos exclusivos, por ser esta la más representativa en el ámbito de actuación.

El texto del artículo 31 de la Ley de Asociaciones Sindicales enumera los principales derechos con que cuentan quienes obtuvieran la calidad de más representativas, a saber:

- a) Defender y representar ante el Estado y los empleadores los intereses individuales y colectivos de los trabajadores;
- b) Participar en instituciones de planificación y control de conformidad con lo que dispongan las normas respectivas;

19. Dictamen del Fiscal General del Trabajo N° 40.645. 08/07/05. “Unión de Docentes de la Provincia de Buenos Aires c/ MT s/ LAS”.

20. Arese, C. (2004). La ratificación del Convenio OIT 135, la resolución MTESS 255/03, la LOL 25.877 y el modelo sindical. *Doctrina Laboral* (240).

- c) Intervenir en negociaciones colectivas y vigilar el cumplimiento de la normativa laboral y de seguridad social;
- d) Colaborar con el Estado en el estudio y solución de los problemas de los trabajadores;
- e) Constituir patrimonios de afectación que tendrán los mismos derechos que las cooperativas y mutualidades;
- f) Administrar sus propias obras sociales y, según el caso, participar en la administración de las creadas por ley o por convenciones colectivas de trabajo.

De esta forma, la entidad con personería gremial tiene la facultad de representar tanto de manera individual²¹ como colectiva²² los intereses de los trabajadores del sector, ya sea frente al empleador o al Estado.

Asimismo, puede participar en instituciones que hagan a la materia, colaborar con el Estado en cuestiones de política laboral, etc.

Merecen una breve referencia las facultades exclusivas descriptas en el inciso e, referida a la posibilidad de constituir patrimonios de afectación equiparables con las cooperativas o mutualidades, y en el inciso f, en cuanto a la administración de sus obras sociales o las creadas por ley o por convenio colectivo.

21. Conf. art. 22 del Decreto Reglamentario: "Para representar los intereses individuales de los trabajadores deberá acreditar el consentimiento por escrito, por parte de los interesados, del ejercicio de dicha tutela". Alguna jurisprudencia ha exigido cierta formalidad a ese consentimiento. Así se sostuvo: "El medio a través del cual se deberá facultar a la asociación sindical para comparecer en juicio ante la Justicia Nacional del Trabajo y representar los intereses individuales de los trabajadores será por escritura pública o por carta poder, aun cuando la ley 23551 no lo establezca expresamente como lo hacía la ley 22.105, el de 467/88 requiere el consentimiento por escrito de los interesados para que pueda ejercer dicha representación" Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala IV. 21/03/94. "Asoc. Gremial del Personal de Hipódromos de Bs. As. y San Isidro c/ Lotería Nacional s/ diferencias salariales".

22. Sobre el concepto de "interés colectivo" se ha señalado que "el intento de reducir las remuneraciones implica, sin duda alguna y más allá de lo que oportunamente se resuelva, la base de una potencial controversia colectiva, que debe considerarse incluida en el ámbito de representación legal de los sindicatos" (art. 31, inc. a) de la Ley N° 23551 (del dictamen del Fiscal general ante la CNAT N° 29784 del 29/6/00, al que adhiere la sala). Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala V. 30/06/00. "Asociación Bancaria y otros c/ Estado Nacional, Poder Ejecutivo Nacional s/ amparo".

Sin embargo, la prerrogativa de mayor trascendencia es sin dudas la exclusividad negocial prevista en el inciso c de la norma. Así, la participación de la entidad en la negociación colectiva del sector le confiere un amplio poder de carácter político, legislativo y económico.

3.2.2. Artículo 38. Derecho de exigir que el empleador actúe como agente de retención

Otro de los derechos reconocidos exclusivamente a las entidades con personería gremial es el de imponer a los empleadores la obligación de actuar como “agentes de retención” de los importes que, en concepto de cuotas de afiliación u otros aportes, deban tributar los trabajadores.

El artículo 38 de la LAS dispone que para que dicha obligación resulte exigible deberá mediar una resolución del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación, disponiendo la retención. Esto significa que la interesada está obligada a tramitar la solicitud ante la autoridad de aplicación, previo a exigir su cumplimiento.

Ante la presentación del requerimiento, el Ministerio de Trabajo tiene un plazo de treinta días para pronunciarse y si así no lo hiciera, se tendrá por tácitamente dispuesta la retención.

Asimismo, el decreto reglamentario²³ impone a la asociación el deber de comunicar la resolución ministerial que dispone la cuota con una antelación no menor a diez días al pago al que resulte aplicable.

Por otra parte, en el caso de incumplimiento por parte del empleador de obrar como “agente de retención”, o de efectuar el pago de lo retenido, se convierte en deudor directo, produciéndose la mora de pleno derecho.

Respecto de la temática de los aportes sindicales, cuotas de afiliación o contribuciones solidarias, conviene recordar que el empleador carece de legitimación para cuestionarlas, siendo este un mero agente de retención. Así lo ha confirmado la jurisprudencia:

23. El art. 24. del Decreto Reglamentario N° 467/88 dispone que la comunicación al empleador deberá ser acompañada de una copia autenticada de la referida resolución.

los deudores de contribuciones solidarias o cuotas sindicales son los trabajadores como individuos, y no la empresa que, en consecuencia, carece de interés y potestad para poner en tela de juicio la existencia y los alcances de una obligación de la que no es sujeto pasivo.²⁴

Esta exclusividad de las entidades con personería gremial no impide que el empleador retenga asimismo las cuotas de afiliación u otros de las entidades con simple inscripción, particularmente en el caso de que los propios trabajadores lo solicitaran. Tan es así que, en la práctica, no resulta extraño verificar que algunos empleadores efectivamente realizan descuentos “por planillas” para entidades que carecen de personería gremial. Pero no hay dudas de que estas situaciones dependen muchas veces de la buena voluntad del empresario.

3.2.3. Artículo 39. Exenciones tributarias

Continuando con la enunciación de derechos, en su artículo 39, la Ley N° 23551 previó un régimen tributario particular en relación con los actos y bienes de las asociaciones sindicales con personería gremial destinados al ejercicio específico de sus funciones. Efectivamente, tales actos y bienes se encuentran exentos de toda tasa, gravamen, contribución o impuesto por la sola obtención de la personería gremial.

Estas ventajas tributarias que la Ley de Asociaciones Sindicales adopta tienen como precedentes a las leyes N° 14455 y 20615, que las preveían para las entidades que gozaran de personería gremial.

Conforme señala Néstor Corte²⁵ esta exención es “una de las formas de protección económica de los sindicatos receptada por nuestros ordenamientos legislativos” y constituye un medio adecuado a los fines de facilitar el accionar de estas entidades.

Sin embargo, y en lo que refiere a la “exclusividad” de las entidades con personería gremial, lo cierto es que las asociaciones sindicales simplemente inscriptas también gozan en la práctica de este beneficio en tanto son aso-

24. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala III. 21/07/06. “Sindicato Empleados de Comercio Capital Federal c/ Nadal Marcelo”.

25. Corte, N. T. (1994), *op. cit.*, p. 384.

ciaciones sin fines de lucro y también este tipo de personas se encuentran exentas de gravámenes.

3.2.4. Artículo 52. Tutela de los representantes sindicales

La norma citada prescribe:

Los trabajadores amparados por las garantías previstas en los artículos 40, 48 y 50 de la presente ley (que aluden a representantes de sindicatos con personería gremial), 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.

Sin perjuicio de que esta temática será oportunamente abordada en el capítulo de esta obra referido a “La tutela sindical”, corresponde efectuar algunas breves consideraciones.

Conforme los términos de la norma transcripta, la Ley N° 23551 confirió a los gremios que gozan de personería gremial –en principio– una protección especial para sus delegados y representantes conocida como “tutela sindical”.

Efectivamente, a través de esta técnica legislativa, se crea un mecanismo mediante el cual se protege al sujeto tutelado de actos arbitrarios del empleador, de los que fuera objeto a causa de su función como delegado en la empresa o representante gremial.

La técnica legislativa diseñada prevé para estos representantes el “robustecimiento de los derechos a la estabilidad en el puesto de trabajo, que los protege de la arbitrariedad de las prácticas antisindicales de los empleadores”²⁶

Más allá de los detalles que conciernen a esta tutela especial, que serán tratados más adelante, resulta necesario indagar si la misma constituye una prerrogativa “exclusiva” de las entidades gremiales con personería.

En principio, el texto del artículo 52, párrafo primero, al establecer la prohibición de despedir, suspender y modificar las condiciones de trabajo de los

26. Cornaglia, R. J. (2004), *op. cit.*, p. 197.

sujetos tutelados, sin previa resolución judicial que excluya esta tutela, remite, entre otros, al artículo 50 del mismo cuerpo normativo.

Analizando ahora el texto del artículo 50,²⁷ María Fernanda Rodríguez Brunengo afirma que “los postulantes para un cargo de representación sindical, de todas las entidades –pues la norma no hace distinguos– gozan de la protección que el precepto prevé, en las condiciones y por el plazo allí dispuesto”. En este sentido, efectúa el siguiente razonamiento para fundar esta novedosa interpretación:

Asimismo, el Convenio OIT 98 en su artículo 1º impone a los Estados el deber de garantizar una adecuada protección para los trabajadores contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical, dejando de lado cualquier disquisición en relación al tipo de entidad de la que proviene el sujeto a tutelar. Por su parte, el Convenio OIT 135 relativo a la protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores en la empresa, aprobado por la Ley Nº 25801²⁸ en su artículo 1 dispone:

Los representantes de los trabajadores en la empresa deberán gozar de protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarlos, incluido el despido por razón de su condición de representantes de los trabajadores, de sus actividades como tales, de su afiliación al sindicato, o de su participación en la actividad sindical, siempre que dichos representantes actúen conforme a las leyes, contratos colectivos u otros acuerdos comunes en vigor.

De acuerdo con la pirámide jurídica estos convenios gozan de jerarquía *supra* legal, conforme lo establece el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, por lo que ninguna norma inferior, en este caso la Ley Nº 23551, podría válidamente imponerse contradiciendo sus términos. Asi-

27. Art. 50. - “A partir de su postulación para un cargo de representación sindical, cualquiera sea dicha representación, el trabajador no podrá ser despedido, suspendido sin justa causa, ni modificadas sus condiciones de trabajo, por el término de seis (6) meses. Esta protección cesará para aquellos trabajadores cuya postulación no hubiera sido oficializada según el procedimiento electoral aplicable y desde el momento de determinarse definitivamente dicha falta de oficialización. La asociación sindical deberá comunicar al empleador el nombre de los postulantes, lo propio podrán hacer los candidatos”.

28. Argentina. Boletín Oficial 02/12/03.

mismo cabe recordar que resultan plenamente operativos por cuanto obligan a los Estados a incluir esta protección y no requieren de posteriores reglamentaciones específicas para su aplicación. Corolario de lo expuesto, del juego del artículo 50 LAS y las normas *supra* legales citadas –concluye Rodríguez Brunengo– se impone que todos los candidatos a cargos de representación gremial y los delegados de empresas, en sentido amplio y sin exclusividades, gozan de una tutela especial contra las injerencias del sector empleador. Conforme lo dicho, es lógico interpretar que esta tutela comprende a los representantes actuales de las entidades con simple inscripción gremial. Además concluye esta autora:

Concebir una interpretación de estas normas en sentido restringido llevaría al absurdo de sostener que, los delegados de empresa y los candidatos a cargos representativos de una entidad con inscripción gremial, cuentan con una tutela especial, mientras que los representantes en funciones de las mismas están en inferioridad de condiciones, despojados de toda protección legal.

No obstante todo lo expuesto, debe recordarse que el artículo 23 de la Ley N° 23551, que determina los derechos de las asociaciones simplemente inscritas, efectúa una enumeración que no es taxativa (conf. G. López, “Derecho de las asociaciones sindicales”), por lo tanto, es importante destacar que además de los derechos allí señalados, estas asociaciones gozan de determinados derechos o protecciones entre los que se encuentra la estabilidad de los delegados, cuando no existe entidad con personería gremial.

3.3. Suspensión y cancelación de la personería gremial

En relación a la suspensión o cancelación de las personerías gremiales, entendemos que el texto de la Ley N° 23551 significó un avance respecto de sus antecesores, limitando la injerencia de terceros, particularmente del Estado, a situaciones especialísimas que se encuentran previstas en su artículo 56.²⁹

29. Este avance surge de cotejar los términos de la Ley N° 23551 con las prerrogativas otorgadas al Estado por las leyes N° 14455, 20615 y 22105, las que conferían a aquel la facultad

Efectivamente, el apartado 3 de dicho artículo, en el que se enumeran las facultades del Ministerio de Trabajo, prevé:

Peticionar en sede judicial la suspensión o cancelación de una personería gremial o la intervención de una asociación sindical en los siguientes supuestos:

- a) Incumplimiento de las intimaciones a que se refiere el inciso 2 de este artículo;
- b) Cuando haya comprobado que en las asociaciones se ha incurrido en graves irregularidades administrativas. En el proceso judicial será parte la asociación sindical afectada. No obstante lo antes prescripto, cuando existiera peligro de serios perjuicios a la asociación sindical o a sus miembros, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación podrá solicitar judicialmente medidas cautelares a fin que se disponga la suspensión en el ejercicio de sus funciones de quienes integran el órgano de conducción y se designe un funcionario con facultades para ejercer los actos conservatorios y de administración necesarios para subsanar las irregularidades que determinan se adopte esa medida cautelar.

La norma es clara en cuanto al procedimiento, imponiendo la instancia judicial obligatoria. Pero va más allá, pues circunscribe los supuestos en los que la autoridad puede intentar esta cancelación o suspensión, a los dos enunciados en los incisos a y b, descartando así toda posibilidad que pudiera plantearse fuera de tales postulados.

De acuerdo con lo señalado, cabe concluir que la normativa interna es coherente con lo prescripto por el artículo 4 del Convenio OIT N° 87: “Las organizaciones de trabajadores y de empleadores no están sujetas a disolución o suspensión por vía administrativa”.

de cancelar o suspender una personería gremial, a modo de sanción –sin perjuicio de la posterior revisión ante el órgano judicial que pudiera plantearse–.

Capítulo 11

Encuadramiento sindical

1. Concepto

El encuadramiento sindical ha sido definido por la doctrina como “un conflicto intersindical de derecho, planteado entre dos o más asociaciones de primer grado con personería gremial, sobre la capacidad jurídica que emana de sus respectivas personerías, para representar a los trabajadores de uno o varios establecimientos”.¹

Es que, en materia de conflictos, junto con los conflictos típicos que enfrentan a trabajadores con empleadores, existe una serie de otros conflictos que se dan entre los propios trabajadores.

Así, dentro de las controversias que pueden suscitarse dentro del seno del propio sector obrero, se distinguen los denominados conflictos intrasindicales y los intersindicales. Los primeros son aquellos conflictos que se suscitan dentro de un sindicato y los segundos los que se plantean entre dos o más asociaciones sindicales. El encuadramiento ha sido definido pues, como un conflicto intersindical.

También ha definido a las contiendas de encuadramiento como aquellas que trasuntan una controversia intersindical de representación en torno a la capacidad jurídica que emana de las respectivas personerías gremiales de las asociaciones que confluyen y que debe ser resuelta cotejando las resolucio-

1. López, G. A. F. (1974). Las cuestiones de encuadramiento sindical. *Derecho del Trabajo*, XXXIV, 641.

nes que las acuerdan, en una suerte de adecuada delimitación de aquello que Antonio Vázquez Vialard llamara, agudamente, el “mapa de las personerías”²

Esta necesidad de “enquadrar” a los trabajadores es propia del particular modelo sindical argentino. Ya se han señalado las características de nuestro sistema y, entre ellas, se ha destacado la promoción de la concentración de la fuerza sindical como uno de sus pilares fundamentales.

Hay que saber diferenciar el encuadre sindical de la disputa de la personería gremial.

Hay disputa de personería cuando existen dos asociaciones que pretenden representar a un mismo conjunto de trabajadores. En ese caso solo podrá ejercer esa prerrogativa la que sea más representativa en función de la cantidad de trabajadores afiliados. Habiendo una asociación sindical con personería gremial, la que pretende obtener la capacidad jurídica de representar a ese mismo colectivo de trabajadores, deberá demostrar que es más representativa. El procedimiento en ese caso es el de la disputa de la personería. Esta compulsa se da entre asociaciones que tienen el mismo ámbito personal de representación (por ej. entre dos sindicatos mercantiles, o entre dos sindicatos telefónicos).

El encuadre sindical, en cambio, se refiere a otro supuesto –bastante frecuente en la práctica– que se suscita cuando lo que hay que determinar no es el grado de representatividad de los sindicatos, sino la ubicación que corresponde a un conjunto de trabajadores.

No se trata de ver qué asociación es más representativa en un ámbito, sino de determinar a qué ámbito pertenece un grupo de trabajadores.

En otras palabras, el encuadre sindical es un procedimiento para determinar, por ejemplo, si los trabajadores de una empresa son mercantiles o telefónicos, si son mecánicos o metalúrgicos, etc.

En el caso de disputa de personería gremial no existe duda respecto de la ubicación de los trabajadores (por ej. son telefónicos) y de lo que se trata es de ver cuál de los sindicatos telefónicos es el más representativo.

2. Conf. Dictamen del Procurador General del Trabajo del 07/12/94 en autos “Sindicato de Mecánicos y Afines del Transporte Automotor c/ Ministerio de Trabajo s/ Ley de Asociaciones Sindicales”, Expediente N° 41575/94, Sala I.

De lo expuesto se deduce que los conflictos de encuadre sindical solo pueden darse entre asociaciones con personería gremial.

Como se observa, en general se asimila el encuadre con un conflicto inter-sindical, pero la necesidad de determinar a qué sindicato pertenece un grupo de trabajadores no siempre se produce a instancias de dos asociaciones sindicales que se disputan la representación de un determinado colectivo, sino que puede iniciarse como consecuencia de una desavenencia entre un sindicato y una empresa.³ Es que lo que define al encuadre no es una de sus causas (el conflicto intersindical) sino su finalidad, que consiste en determinar en un caso concreto, el ámbito al que pertenece un grupo de trabajadores de un sector o una empresa. La necesidad del encuadre surge de la incertidumbre con respecto a la ubicación que tiene un determinado personal. Slavin señala que “esto es lo esencial y no el procedimiento que las leyes o la jurisprudencia establecen y que varían de una regulación a otra”⁴

En definitiva, y como síntesis, podría definirse al encuadramiento sindical, citando al profesor Antonio Vázquez Vialard como aquel procedimiento que “consiste en ubicar un trabajador o grupo de trabajadores en el ámbito de representación de un sindicato”⁵ El encuadramiento sindical tiende a determinar, en un caso concreto, el ámbito al que pertenece un grupo de trabajadores de un sector o de una empresa.

2. El sector público

La superposición o coexistencia de personerías gremiales en un mismo ámbito, contradiciendo el esquema tradicional que ahora recoge la Ley N° 23551, es la regla en la esfera del sector público.

Esta situación excepcional, contraria al sistema legal general, en donde se admite más de una asociación con personería gremial en el mismo ámbito,

3. Por ejemplo, a raíz de la convocatoria a elecciones de delegados en una empresa que desconoce la aptitud representativa del sindicato en ese ámbito.

4. Slavin, L. P. (2001). *Teoría y práctica del encuadre sindical*. Buenos Aires: La Ley, p. 45.

5. Vázquez Vialard, A. (c1969). Procedimientos y efectos de la resolución de encuadramiento sindical. *Legislación del Trabajo*, XVII, 971.

fue ratificada luego por la Ley N° 24185 que regula la negociación colectiva en el sector público. En efecto, los artículos 4 y 6 de la ley citada han sentado, en nuestra legislación, el principio de la representatividad colectiva plural de los trabajadores del sector público.

Lo que hizo esa norma fue regular la negociación colectiva en un ámbito que, conforme la realidad histórica de la representación de ese colectivo de trabajadores, no dejó otra alternativa más que admitir que la representatividad de los mismos corresponde simultáneamente a más de una asociación sindical con personería gremial.

A raíz de esta particular situación, y con el supuesto objetivo (al menos eso fue lo declamado en los considerandos de la resolución) de evitar que los conflictos intersindicales de desplazamiento de personería y de encuadramiento afecten el normal funcionamiento de las administraciones nacionales, provinciales y municipales, el Ministerio de Trabajo dictó la Resolución N° 255/03 que vino a reforzar esta situación de “pluralismo sindical” en el ámbito del sector público. Es que a partir del dictado de esa resolución, el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social dispuso que “la personería gremial que se otorgue a asociaciones sindicales representativas del sector público no desplazará en el colectivo asignado, las personerías gremiales preexistentes”, de modo que el procedimiento de encuadramiento sindical previsto en el artículo 59 de la Ley N° 23551 no tiene aplicación práctica en ese ámbito dado que lo que en definitiva va a otorgar la mayor o menor representación a cada asociación sindical, será la cantidad de afiliados cotizantes con que cuenten, conforme lo dispone la Ley N° 24185 para la negociación colectiva y la Resolución N° 255/03 para la elección de delegados.

3. Elementos para resolver el encuadramiento sindical

3.1. Criterios jurisprudenciales para solucionar encuadres sindicales

En términos generales, los criterios jurisprudenciales para proceder ante el encuadre sindical se remiten a los siguientes aspectos:

- a) ámbito de representación dado por la resolución que otorga la personería gremial;
- b) actividad empresaria y
- c) especificidad sindical.

En estos términos, y en relación a la importancia del primer aspecto del párrafo anterior, va de suyo que la capacidad jurídica de representación de los sindicatos en conflicto siempre deberá emanar de las respectivas personerías, y será la primera tarea ineludible del juzgador la de analizar detalladamente las certificaciones respectivas otorgadas por la autoridad administrativa.

Habrá que indagar bien cuál es el ámbito de representación reconocido en el acto administrativo que les otorga personería gremial a las asociaciones en conflicto.

Así la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo se pronunció dándole trascendencia a los dos primeros elementos señalados, es decir, a la personería gremial y a la actividad de la empresa.⁶

Y en otro fallo más reciente, la misma sala, con primer voto del Dr. Guibourg, sostuvo que

para dirimir los conflictos de encuadramiento sindical debe tomarse en consideración dos elementos fundamentales: el ámbito de representación que confieren a las asociaciones gremiales en pugna, las resoluciones administrativas que le otorgan la personería gremial, ya que estas delimitan el ámbito de representa-

6. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala III, sentencia 61672 del 31/05/91.

ción sindical de cada una de ellas y la actividad principal de la empresa en la que se desempeña el personal cuya representación pretenden ambos sindicatos.⁷

En cuanto a la especificidad, como dijimos en párrafos anteriores, la podemos también encontrar en casos como los planteados por el Sindicato de Camioneros, primero para privar de personería gremial al Sindicato Único de Recolectores de Residuos y luego para obtener el encuadre sindical frente al Sindicato de Empleados de Comercio, en una empresa transportadora de caudales (Zubdesa S. A.).

También la Sala VIII se pronunció en los autos “Sindicato de Mecánicos y Afines del Transporte Automotor s/ Apelación”, señalando que frente a un concepto genérico e indiferenciado de actividad comercial

parece más prudente estar al principio de especificidad sindical, no solo por el lenguaje utilizado al otorgar la personería gremial del SMATA sino porque la amplitud del ámbito de representación de la Sociedad de Empleados de Comercio de Coronel Dorrego exige ser delimitado adecuadamente, para no inclinar a soluciones omnicomprendivas de toda la actividad lucrativa.⁸

3.2. Aspectos que la jurisprudencia ha desechado para solucionar encuadres sindicales

Uno de los elementos que no se ha tenido en cuenta en la determinación de los encuadres sindicales es la disposición de los estatutos, ya que normalmente estos son fruto de decisión unilateral del sindicato, e importan muchas veces el más puro voluntarismo expansionista, circunstancia que lo desplaza como elemento objetivo para dirimir el diferendo de encuadramiento.

7. Sentencia 69600 del 14/06/95 autos “Sindicato Empleados del Vidrio y Afines c/ Ministerio de Trabajo s/ Ley de Asociaciones Sindicales”. En el mismo sentido se expidió la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VIII, sentencia 17090 del 12/03/92.

8. En la sentencia 17090 del 12/03/92. En igual sentido un fallo más de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala II, sentencia 37039 del 07/09/94 en autos “Sindicato de Mecánicos y Afines del Transporte automotor c/ Ministerio de Trabajo”.

Este criterio ha sido también seguido por la autoridad de aplicación, reflejado a través de sendas resoluciones dictadas por la Dirección Nacional de Asociaciones Sindicales.

Sin embargo, existe un fallo jurisprudencial, aislado, que otorgó valor decisorio al estatuto de cada entidad sindical participante del conflicto, como lo fue el pronunciamiento dictado por la Sala V, publicado en *Derecho del Trabajo*, 1991, tomo A, página 1997.

Tampoco el criterio de la mayor afiliación ha sido considerado como eficaz por la jurisprudencia mayoritaria ni por el Ministerio de Trabajo que, en el dictamen producido en el Expediente N° 69103/88, afirmó que “siendo el presente un encuadramiento sindical, no resulta relevante en el caso la afiliación efectiva del personal ni el convenio colectivo de trabajo que rige sus relaciones laborales, cuestiones que carecen de peso suficiente para torcer el decisorio de esta Dirección Nacional”, agregando

respecto al argumento de la afiliación masiva del personal de la firma a la UOM no constituye fundamento válido para considerar la resolución atacada habida cuenta de que la misma deja a salvo el derecho de libre agremiación consagrado por el artículo cuarto de la Ley N° 23551.

Y la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo entendió que la ley no prevé, para estos casos, un sistema de solución de las controversias, ya que la comparación numérica no es adecuada, por no ser homogéneas las cantidades a comparar. Tampoco lo es la efectiva afiliación de los trabajadores, ya que en la lógica del sistema, estos son libres de afiliarse, no afiliarse o desafilarse (art. 4, Ley N° 23551), pero no de modificar la representación de los sindicatos a los cuales pueden afiliarse.⁹

En general, como se señalara, es pacífico el criterio de restar relevancia para la solución de estos conflictos a la voluntad del personal manifestada en su afiliación. Dicha inteligencia encuentra excepción en la jurisprudencia administrativa que ha sostenido que ante “idéntica actitud estatutaria para

9. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VI. 27/08/91. “Cusemir S.A. c/ Ministerio de Trabajo s/ Ley Asociaciones Sindicales”.

ejercer la representación que se demanda, debe considerarse como elemento idóneo para dirimir la cuestión, a la cual de las mismas se encuentran afiliados mayoritariamente los trabajadores”¹⁰

Incluso la Confederación General del Trabajo (CGT) si bien fue renuente a este criterio, de acuerdo con lo que surge del artículo 20 del reglamento funcional de la Comisión Arbitral (texto de 1974), que estipula que “sólo en caso de duda se realizarán las medidas tendiente a acreditar la cantidad de afiliados cotizantes que posean las asociaciones sindicales comprometidas en el encuadramiento y que se refieran específicamente a la cuestión planteada”, se puede advertir que alguna relevancia le ha sido otorgada.

Por ello se ha sostenido que

otro de los elementos fundamentales será el número de trabajadores afiliados a una y a otra entidades sindicales con ámbitos superpuestos. En efecto, puede ocurrir que los trabajadores a encuadrar realicen una actividad no perfectamente especificada, pero también y así normalmente sucede, que se trate de entidades con personería gremial de ámbitos personales superpuestos; esta situación está dada en cuanto la nueva ley de Asociaciones Sindicales –como sus antecesoras– recepta todas las personerías gremiales otorgadas, fijando un procedimiento expreso de desplazamiento de ésta, ya que, como lo anticipáramos, el encuadre no afecta la vigencia de la personería gremial.¹¹

4. Procedimiento

La Ley de Asociaciones Sindicales establece que

para someter las cuestiones de encuadramiento sindical a la autoridad administrativa, las asociaciones interesadas deberán agotar previamente la vía asociacional, mediante el pronunciamiento de la organización gremial de grado superior a la que se encuentren adheridas, o a la que estén adheridas las federaciones que integren (art. 59, LAS).

10. Argentina. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Resolución N° 254/95, del 28/03/95, “Unión Obrera Metalúrgica s/ Recurso Jerárquico”.

11. Rodríguez, E. O. y Recalde, H. P. (1989), *op. cit.*, p. 270.

Como se puede advertir, la solución de los conflictos de encuadramiento puede resolverse, fundamentalmente, a través de dos vías bien distintas. A través de una solución que emane de los propios trabajadores o bien por medio de una resolución estatal, administrativa o judicial.

Se ha sostenido que “en este tipo de conflicto no hay margen para ‘acuerdos’ o ‘transacciones’” dado que “el proceso consiste en verificar en el marco de cuál personería gremial otorgada previamente se encuentra ‘subsumido’ o comprendido determinado personal de una empresa. Ninguno de los sindicatos puede mediante el proceso de encuadre sindical modificar o alterar la personería.”¹² No comparto esta afirmación. En efecto, la realidad demuestra que son muchas las ocasiones en las que las propias asociaciones dirimen la controversia mediante acuerdos en los que o bien fijan criterios generales (en qué condiciones una empresa pertenece a un universo y en qué casos a otro) o bien determinan quién asumirá la representación en determinadas empresas, sin necesidad de recurrir a un mecanismo externo o heterónimo para dirimir su conflicto.

Es que, en realidad, como también se ha dicho, “nadie mejor que los mismos contendores para conocer sus pretensiones, sus aspiraciones y las limitaciones concretas de aquéllas, frente a sus respectivas realidades particulares y las de la propia relación colectiva que les une y confronta”.¹³

4.1. La vía asociacional

Esta vía es además la que mejor se adecua a las características de un régimen de autonomía sindical, en el que el Estado no crea los sindicatos ni distribuye en forma heterónoma entre ellos las distintas categorías de trabajadores, como lo hace aún, verbigracia, la legislación brasileña de impronta corporativa, sino que se limita a reconocer la esfera de representatividad que ellos mismos han decidido para agruparse o encuadrarse sindicalmente,¹⁴ ejercitando

12. Slavin, L. P. (2001), *op. cit.*, p. 90.

13. Sappia, J. (1985). *Técnicas de solución de los conflictos colectivos*. (Ponencia). VIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Mar del Plata, p. 97.

14. López, J. (1972), *op. cit.* 688; Deveali, M. (1969). Las cuestiones de encuadramiento sindical y su resolución. *Derecho del Trabajo*, 1969, p. 97.

a través de sus cuerpos orgánicos la facultad de autoorganización, que es uno de los poderes de la libertad sindical en el plano colectivo, sin otra limitación que la de ajustarse a las tipologías legales en vigor (desempeño laboral en una misma actividad, oficio, profesión, empresa, o en actividades afines).¹⁵

La ley prevé dos situaciones en las que el conflicto de encuadramiento sindical debe atravesar necesariamente la vía asociacional. El primero es el supuesto de conflicto entre dos asociaciones adheridas a una misma entidad de segundo grado, en cuyo caso sería esta última, la federación, la que debería resolver. Esta hipótesis es meramente teórica, ya que encontrar este tipo de conflictos en la realidad es sumamente difícil.

El otro supuesto es el de conflictos entre asociaciones adheridas a federaciones distintas, pero que sí se encuentran adheridas a una asociación de grado superior (de tercer grado) que las agrupa.

En nuestro país, la Confederación General del Trabajo es la única asociación sindical de tercer grado donde se plantean y dirimen numerosos conflictos de encuadramiento sindical. Esta confederación, incluso, tiene previsto en su estatuto social la creación de un organismo específico denominado Comisión Arbitral, que tiene como función la determinación del encuadramiento respecto de las controversias que se someten a su conocimiento.

El estatuto de la Confederación General del Trabajo dispone que

para resolver las diferencias que se produjesen o que afectaran la vida o armonía de las asociaciones profesionales de trabajadores, el Comité Central Confederal designará de su seno una comisión compuesta de cinco miembros que nombrará un secretario encargado de convocar sus reuniones y redactar los informes, y cuyo objeto será mediar en los conflictos y emitir si fuera necesario, fallo arbitral. Sus miembros durarán en sus mandatos cuatro (4) años pudiendo ser reemplazados por resolución fundada del Comité Central Confederal o por un Congreso (art. 83 del estatuto social).

15. Corte, N. T. (1994), *op. cit.*, p. 545.

Asimismo se prescribe que

los fallos que se dictaren en cada caso obligan a las partes interesadas, pero serán apelables ante el Comité Central Confederal y el Congreso. Los incidentes como así también las resoluciones y fallos deberán registrarse en un libro especial a los efectos de su jurisprudencia. El Consejo Directivo confeccionará el Reglamento de Funcionamiento de la Comisión Arbitral (art. 59 del estatuto social).

El estatuto vigente data de 1974 y no ha sido actualizado, de modo que muchas de sus disposiciones no concuerdan con el régimen de la Ley N° 23551. No obstante, en lo que al procedimiento se refiere, el reglamento señala que la asociación sindical para promover una cuestión de encuadre debe adjuntar a su solicitud: a) certificado de la personería gremial con indicación de la zona de actuación; b) convenio colectivo de trabajo vigente para la actividad o categoría a que se refiere el encuadramiento; c) copia de los estatutos sociales. Del pedido de encuadramiento se dará vista a la asociación profesional de trabajadores interesada a fin de que dentro del quinto día conteste y fije su posición (art. 19).

4.2. La vía heterónoma. Administrativa-judicial

4.2.1. Inexistencia de asociación de grado superior común

La regla general, como ya se viera, es que las asociaciones en disputa deben agotar previamente la instancia asociacional. No obstante el cumplimiento de este requisito a veces no es posible en razón de que las asociaciones sindicales no se encuentran adheridas a una misma organización de grado superior. Si bien son realmente minoritarias las asociaciones sindicales que no se encuentran adheridas a la Confederación General del Trabajo, ya sea de manera directa o a través de la Federación a la que sí están directamente afiliadas, lo cierto es que podría darse eventualmente una disputa en estas condiciones en cuyo caso podrán someter la cuestión directamente ante la autoridad administrativa del trabajo.

4.2.2. La vía administrativa

Como ya se señalara, el artículo 59 de la Ley N° 23551 dispone que “si el diferendo no hubiera sido resuelto dentro de los (60) sesenta días hábiles, cualquiera de las asociaciones en conflicto, podrán someter la cuestión a conocimiento y resolución del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación”.

De acuerdo con lo que establece la ley, la intervención de la autoridad de aplicación solo procede si alguna de las asociaciones en conflicto decide someter la cuestión a su conocimiento. Ello descarta la intervención del Ministerio de Trabajo de oficio así como la iniciativa de los empleadores en este procedimiento. No obstante, como se explicará más adelante, y a pesar de tratarse de un conflicto entre asociaciones sindicales, la norma ha dado lugar a varias interpretaciones e incluso al dictado de normas aclaratorias que terminaron dando lugar a la actuación del Ministerio de Trabajo tanto de oficio como a petición de un empleador o incluso de un trabajador individual.

Así, se ha sostenido que

si un empleador o los trabajadores solicitan un encuadre sindical, el Ministerio de Trabajo debería intimar a las asociaciones sindicales que pretenden la representación para que en un plazo determinado se presenten a agotar la vía asociacional. Si ésta no es viable, por no encontrarse los sindicatos en disputa integrados en la misma entidad superior, lo aconsejable sería que el proceso se pusiera en marcha en la sede administrativa citando a los sindicatos para que comparezcan a efectuar las defensas que estimen corresponder y ofrecer la prueba de la que intenten valerse.¹⁶

4.3. La instancia judicial

En primer lugar, se puede abrir la vía judicial en caso de silencio por parte de la autoridad administrativa del trabajo, a través de la acción prevista en el artículo 62 inciso c) de la Ley N° 23551, cuando se refiere a que es competencia exclusiva de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo “las acciones

16. Slavin, L. P. (2001), *op. cit.*, p. 97.

de encuadramiento sindical que se promuevan por haber vencido el plazo establecido para que se pronuncie la autoridad administrativa, sin que ésta lo hubiera hecho”.

En estos casos, y según lo dispone el propio artículo 62, las acciones “deberán deducirse dentro de los ciento veinte (120) días hábiles del vencimiento del plazo otorgado a la autoridad administrativa para resolver”.

En segundo término, también se puede acceder a la instancia judicial frente a una decisión expresa. En efecto, conforme establece el artículo 59 de la Ley N° 23551, “la resolución de encuadramiento, emane de la autoridad administrativa del trabajo o de la vía asociacional, será directamente recurrible ante la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo”.

A su vez, el artículo 62 dispone que “será competencia exclusiva de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo [...] b) los recursos contra resoluciones administrativas definitivas que decidan sobre otorgamiento de personería gremial, encuadramiento sindical u otros actos administrativos de igual carácter, una vez agotada la instancia administrativa”. Se trata en este caso, reitero, del acceso, no frente al silencio, sino frente a una decisión expresa.

4.4. Efectos de la resolución

Conforme lo establece el propio artículo 59 en su último párrafo, “la resolución que ponga fin al conflicto de encuadramiento sindical sólo tendrá por efecto determinar la aptitud representativa de la asociación gremial respectiva con relación al ámbito en conflicto”.

No existe controversia alguna respecto de los efectos que esta decisión genera hacia el futuro. Al determinarse que la personería gremial de una asociación determinada es la que comprende al establecimiento o empresa cuya representación se disputaban dos o más asociaciones, se disipa la duda respecto de a quién corresponde el ejercicio de los derechos derivados de la personería gremial, tanto los enumerados en el artículo 31 de la Ley N° 23551 como en el resto de las normas concordantes.

Así, el encuadramiento sindical define cuál asociación tendrá la aptitud de representar y defender los intereses individuales y colectivos, de concertar

convenciones colectivas de trabajo, de elegir delegados, de exigir al empleador la retención de la cuota sindical, etcétera.

Sí existen discrepancias, en cambio, respecto de los efectos que la resolución de encuadramiento tiene hacia el pasado. Si bien es prácticamente unánime la doctrina en cuanto a que la resolución de encuadramiento sindical es una decisión que tiene carácter declarativo y no constitutivo y, por lo tanto, que tiene efectos retroactivos a la fecha de la resolución administrativa de otorgamiento de la personería gremial, dado que se trata solo de la interpretación del alcance de esa personería otorgada por un acto administrativo anterior, lo cierto es que también se ha señalado que “sostener tal conclusión sin matizarla con las circunstancias especiales que se derivan de tal reconocimiento conduciría a situaciones inadecuadas”.¹⁷

Mientras que la mayoría de los autores sostiene que la resolución de encuadramiento “en rigor, no es más que una resolución aclaratoria o interpretativa, que al igual que las normas del mismo carácter, tiene efecto retroactivo”,¹⁸ en sentido contrario se ha afirmado que si bien es declarativo el efecto en el sentido de que la decisión de encuadramiento no modifica ni crea un marco de representación, ya que esto solo lo puede hacer el acto de otorgamiento de la personería gremial, “esta declaración no puede surtir efecto hacia el pasado” y “esto no implica –según continúa señalando el autor citado– retrotraer tal declaración a tiempo pasado durante el cual pudieron no darse las condiciones que se toman en cuenta ahora para ubicar o encuadrar”.

Otra duda que no resuelve la normativa es qué ocurre con los representantes sindicales cuyo mandato está vigente al momento del cambio de encuadramiento. Según Etala, “las licencias concedidas y la estabilidad gremial de los representantes del sindicato, respecto del cual la resolución ha declarado que no inviste la representación del sector, caducan de pleno derecho”.¹⁹

En igual sentido se pronuncia Rodríguez Mancini, para quien “otro efecto importante que produce la decisión de encuadramiento consiste en la pérdi-

17. Rodríguez Mancini, J. (2007). Encuadramiento sindical. En M. Ackerman (dir.), *Tratado de derecho del trabajo: tomo I* (p. 657). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

18. Etala, C. A. (2002), *op. cit.*, p. 164.

19. Etala, C. A. (2002), *ibid.*

da de la protección legal de aquellos que ostentaban la representación de los trabajadores de un establecimiento a quienes, al desconocerse esta última, se los priva de la tutela”.

En todo caso, señala este autor, “quedarían amparados en ese aspecto por la extensión que contempla el artículo 48 de la Ley N° 23551 por un año después de cesado el mandato”, interpretando nuevamente que la resolución no tiene efectos retroactivos.

Distinto es el caso del representante elegido por la asociación a la que le es reconocida la representación luego de una resolución de encuadramiento. En concordancia con lo expuesto inicialmente, respecto del carácter declarativo de la resolución, los representantes elegidos por la asociación a quien se le atribuye el encuadramiento deberían gozar de la tutela desde el mismo momento de su elección, aunque la resolución que “declara” la aptitud representativa de la asociación a la que pertenece fuera posterior.

Sin embargo, y en contra de lo que hoy es la opinión predominante, en 1971 la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, en pleno, estableció la siguiente doctrina:

No goza de estabilidad sindical el delegado designado por una asociación profesional a la que, con posterioridad a su despido, la autoridad administrativa de aplicación, al resolver una cuestión de encuadramiento sindical le acordó la representación del sector del personal de la empresa en que dicho delegado se hallaba incluido y que hasta entonces le había sido reconocida a otra asociación profesional.²⁰

4.5. Legitimación de las empresas

No existe uniformidad de criterio, ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, respecto de la legitimación de los empleadores para intervenir en los procedimientos de encuadre sindical. Se discute tanto si tiene facultades para iniciar como para intervenir, y en qué carácter en una controversia de esta naturaleza.

20. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, en pleno. 15/07/71. “Turati, Ángel c/ Siam Di Tella S. A.”. (Plenario N° 156), *Derecho del Trabajo*, 1971, 527.

En principio, como señala Rodríguez Mancini,

el conflicto de encuadramiento sindical es, por definición, una controversia trabada entre asociaciones sindicales que pretenden la representación exclusiva sobre un grupo de trabajadores de un establecimiento o de varios establecimientos. Por lo tanto y a primera vista, se trata de una cuestión en la que el empleador no sólo no tiene lugar para intervenir, sino que si lo hiciera podría interpretarse que vulnera el principio de pureza sindical.²¹

No obstante, varios autores sostienen que el empleador posee un interés legítimo o derecho subjetivo en el encuadramiento sindical y en razón de ese interés legítimo puede ser parte en ese procedimiento.

La legitimación de las personas que posean un interés legítimo surge de los principios generales del procedimiento administrativo, previsto en la Ley N° 19549 y su Decreto Reglamentario N° 1759/72. Esta última norma dispone que “el trámite administrativo podrá iniciarse de oficio o a petición de cualquier persona física o jurídica, pública o privada, que invoque un derecho subjetivo o un interés legítimo; éstas serán consideradas parte interesada en el procedimiento administrativo” (art. 3).

Con base en esta norma y en la afirmación de que el empleador tiene un interés legítimo, se ha justificado su intervención en el procedimiento.

Para justificar el interés legítimo que posee el empleador, Etala afirma que ello es así en tanto la resolución que pone fin al conflicto de encuadramiento sindical tiene por efecto “determinar la aptitud representativa de la asociación gremial respectiva con relación al ámbito en conflicto” (art. 59, Ley N° 23551) y que esto significa que

la decisión ha de definir: 1) qué asociación sindical está habilitada para negociar colectivamente en representación de esos trabajadores (art. 31 inc. c) Ley N° 23551 y art. 1 Ley N° 14250); y consiguientemente, respecto de qué asociación sindical con la cual se niegue a negociar, puede configurar para el empleador una práctica desleal (art. 53 inc. f) Ley N° 23551); 2) a qué asociación sindical debe estar afiliado el trabajador que ejerza la representación sindical en la empresa

21. Rodríguez Mancini, J. (2007), *op. cit.* En M. Ackerman (dir.), *op. cit.* (p. 653).

(art. 41 inc. a) Ley N° 23551) y respecto de cuál debe controlar que su designación se haya efectuado cumpliendo con los recaudos legales (art. 49 inc. a) Ley N° 23551) y que la comunicación constitutiva de la estabilidad gremial del representante haya sido notificada por la asociación sindical habilitada para hacerlo (o por el trabajador); 3) respecto de qué representante sindical debe respetar su derecho a gozar de licencia automática (art. 48 Ley N° 23551); 4) respecto de qué representante sindical en la empresa debe admitir que es el representante legítimo de los trabajadores y de la asociación sindical (art. 40 incs. a y b); 5) a qué convenio colectivo de trabajo deberá remitirse para determinar el número de delegados que debe admitir en su establecimiento (art. 45 Ley N° 23551);²² 6) a los delegados de cuál asociación sindical deberá facilitar un lugar para el desarrollo de sus tareas, con quiénes deberá concretar reuniones periódicas, a cuáles deberá conceder un crédito de horas mensuales retribuidas y respecto de qué convenio colectivo de trabajo deberá remitirse para establecer el número de horas del crédito y la forma de retribución (art. 44 incs. a), b) y c) Ley N° 23551); 7) a los representantes de qué asociación sindical deberá admitir en su empresa participando en las inspecciones que disponga la autoridad de aplicación (art. 43 inc. a) Ley N° 23551); 8) respecto de qué asociación sindical está obligada a suministrar la nómina de personal a los efectos de la elección de los delegados bajo pena de incurrir en práctica desleal (art. 53 inc. k) Ley N° 23551); 9) respecto de qué convenio colectivo de trabajo deberá proceder a actuar como agente de retención de las contribuciones pactadas que deban tributar los trabajadores no afiliados (art. 9 Ley N° 14250 y art. 38 Ley N° 23551).²³

La existencia de interés legítimo por parte del empleador también fue rescatada por el más alto tribunal que, en un caso donde se discutía el encuadramiento sindical de los trabajadores de Empresa Cafés La Virginia S. A., señaló que “fueron pasadas por alto las consecuencias que el cambio de encuadramiento sindical determinaba –de modo concreto– en el ámbito de las relaciones laborales de la empresa de la cual dependen los trabajadores

22. En realidad, la empresa no puede ser obligada a aplicar el convenio colectivo si no participó aunque sea en forma ficta en la negociación. Puede ocurrir que cambie el encuadre sindical pero no el convencional. El encuadre sindical determina, en todo caso, cuál es la asociación sindical que representa a los trabajadores de esa empresa y, por lo tanto, con cuál asociación la empresa está obligada a negociar.

23. Etala, C. A. (2002), *op. cit.*, pp. 157-158.

involucrados” y “es por ese interés que se justifica el derecho a ser oída, a argumentar y a formular peticiones en la forma y por las vías utilizadas”.

En agosto de 2001, el Poder Ejecutivo Nacional dictó el Decreto N° 1040/2001²⁴ que finalmente reconoció, con dudosa validez constitucional por cierto, en tanto excede los límites de una reglamentación, la legitimación de los empleadores para intervenir e incluso para iniciar un procedimiento de encuadramiento sindical.

El decreto expresamente dispone, entre otras cuestiones, incluir a la empleadora en el procedimiento. Al respecto establece que

cuando la autoridad de aplicación de la Ley N° 23551 tome intervención en un conflicto intersindical de representación, en cualquiera de los supuestos contemplados en el artículo 1° del presente Decreto, deberá correr traslado, por diez (10) días hábiles, a la contraparte sindical denunciada y a la parte empleadora, a fin de que esta última manifieste cuando estime corresponder en su descargo (art. 2).

Asimismo, como ya se adelantara, en el artículo tercero el decreto prevé la posibilidad de que los empleadores puedan promover el procedimiento de encuadramiento sindical ante la autoridad de aplicación de la Ley N° 23551, para que determine la asociación con aptitud representativa, en los siguientes supuestos:

a) Cuando se produzcan en la empresa conflictos de representación sindical múltiple.

b) Cuando los conflictos de representación sindical pudieran causar en la empresa una alteración de los regímenes salariales o de retenciones de aportes.

c) Cuando acrediten que, a través del procedimiento de encuadramiento sindical, pueden corregirse eventuales asimetrías laborales de orden convencional.

Como ya señaláramos, esta reglamentación mereció severas críticas de la doctrina. Al respecto, Rodríguez Mancini ha sostenido que

24. Argentina. Boletín Oficial 29/08/01.

el contenido de esta medida del Poder Ejecutivo implica unas modificaciones a la ley sindical que lo colocan, por lo menos, en un campo dudoso sobre su validez constitucional. Se dictó invocando las facultades reglamentarias que le otorga al presidente el artículo 99 incisos 1 y 2 de la Constitución, pero lo cierto es que altera el sistema implantado por el artículo 59 de la Ley N° 23551.²⁵

Algún fallo le otorgó validez constitucional a esta norma, solo en alguno de sus aspectos, con el argumento basado en que el decreto viene a cubrir una hipótesis no contemplada en la ley. En efecto, se ha sostenido que

debe descartarse el planteo de inconstitucionalidad del decreto 1040/01 (DT, 2001-B, 1714) que faculta al Ministerio de Trabajo a entender en conflictos intersindicales de representación cuando las entidades sindicales no convergieren en una única entidad de grado superior, toda vez que dentro del marco de los conflictos actuales, resulta común que coexista más de una central de grado superior y asimismo no se priva a parte alguna de expresarse ni de ser oída.²⁶

25. Rodríguez Mancini, J. (2007), *op. cit.* En M. Ackerman (dir.), *op. cit.* (p. 654).

26. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala V. 14/03/05. "Asociación del Personal de Economía y Hacienda c/ Ministerio de Trabajo". *Derecho del Trabajo*, 2005-B, 1463.

Capítulo 12

Organización y estructura interna de las asociaciones sindicales

1. Estatutos

1.1. Concepto

Como señala Etala, la vida de toda asociación reclama una regla con vocación de permanencia que fije la organización interna, la estructura y la competencia de sus órganos, las relaciones de los afiliados entre sí y con relación a la asociación, el modo de obligarse la entidad respecto de terceros, el régimen de sanciones disciplinarias, la forma de elegir a los miembros de sus órganos y representantes, la integración y administración de su patrimonio, el destino de sus bienes en caso de disolución, etc.¹

El instrumento o cuerpo normativo en donde se plasman estas y otras cuestiones que hacen a la regulación del funcionamiento interno de la asociación es, precisamente, el estatuto social.

Así como la asociación sindical nace de una asamblea también los estatutos son aprobados a través de esa instancia de decisión. Generalmente en la primera asamblea se decide, en un solo acto, la creación de la entidad y la aprobación del estatuto.

1. Etala, C. A. (2002), *op. cit.*, p. 166.

Se ha afirmado que los estatutos son al sindicato lo que la Constitución al Estado,² sin embargo –como bien destaca Corte–,

la asimilación no es total, toda vez que las normas estatutarias no tienen el carácter de fuentes supremas e incondicionadas del ordenamiento constitucional, en la medida en que tal autonomía o facultad está mediatizada y supeditada a la posibilidad de que se fijen por vía legislativa ciertos parámetros básicos a los que deben ajustarse para garantizar su adecuación al orden público y a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico general y del derecho sindical en particular.³

Por ese motivo es que es más apropiado asimilarlos a una ley interna de la asociación.

La legalidad del estatuto resultará de la adecuación del estatuto a los parámetros que la ley establece y a los que deben ajustarse las organizaciones sindicales en el ejercicio de su autonomía estatutaria para obtener el reconocimiento oficial del sindicato como tal.

La Ley de Asociaciones Sindicales, en su artículo 8 establece las siguientes exigencias:

Las asociaciones sindicales garantizarán la efectiva democracia interna. Sus estatutos deberán garantizar:

- a) Una fluida comunicación entre los órganos internos de la asociación y sus afiliados;
- b) Que los delegados a los órganos deliberativos obren con mandato de sus representados y les informen luego de su gestión;
- c) La efectiva participación de todos los afiliados en la vida de la asociación, garantizando la elección directa de los cuerpos directivos en los sindicatos locales y seccionales;
- d) La representación de las minorías en los cuerpos deliberativos.

2. Spyropoulos, G. (1956), *op. cit.*, p. 63; Etala, C. A. (2002), *op. cit.*, p. 166.

3. Corte, N. T. (1994), *op. cit.*, p. 227.

Asimismo, el artículo 16 señala que

Los estatutos deberán ajustarse a lo establecido en el artículo 8º y contener:

- a) Denominación, domicilio, objeto y zona de actuación;
- b) Actividad, oficio, profesión o categoría de los trabajadores que represente;
- c) Derechos y obligaciones de los afiliados, requisitos para su admisión y procedimiento para su separación que garanticen el derecho de defensa.
- d) Determinación de las autoridades y especificación de sus funciones con indicación de las que ejerzan su representación legal, duración de los mandatos, recaudos para su revocación y procedimientos para la designación y reemplazos de los directivos e integrantes de los congresos;
- e) Modo de constitución, administración y control del patrimonio social y su destino en caso de disolución y régimen de cotizaciones de sus afiliados y contribuciones;
- f) Época y forma de presentación, aprobación y publicación de memorias y balances; órganos para su revisión y fiscalización;
- g) Régimen electoral que asegure la democracia interna de acuerdo con los principios de la presente ley, no pudiendo contener como exigencia para presentar listas de candidatos a órganos asociacionales, avales que superen el tres por ciento (3%) de sus afiliados;
- h) Régimen de convocatoria y funcionamiento de asambleas, y congresos;
- i) Procedimiento para disponer medidas legítimas de acción sindical;
- j) Procedimiento para la modificación de los estatutos y disolución de la asociación.

De la combinación de las normas internacionales con las nacionales se desprende con claridad que no solamente el estatuto implica un derecho para las asociaciones sindicales, sino que también es un deber de la asociación redactar los estatutos conforme a los mínimos establecidos en la norma del artículo 16 ya citado, así como también se deben respetar las garantías mencionadas en el artículo 8. Por lo tanto, el estatuto representa tanto un derecho de las asociaciones como un deber de las mismas.

El Decreto Reglamentario N° 467/88 dispone que el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, como autoridad de aplicación, controlará que los estatutos de las asociaciones sindicales satisfagan las exigencias del artículo 16 de la ley cumpliendo con los recaudos allí contenidos.

2. Órganos de la asociación sindical

Ya se ha mencionado y desarrollado el artículo 16 de la Ley N° 23551 que, en varios de sus incisos hace expresa referencia a que el estatuto debe contener la constitución y actuación de tres órganos societarios, denominados autoridades, a través de los cuales se efectiviza el ordenamiento jerárquico del grupo humano que la conforma. Es lógico sostener que resulta imposible en los hechos que la totalidad de los afiliados tiendan a una única conducta, aunque el número de los mismos sea reducido, por lo cual surge la imperiosa necesidad de la existencia de los órganos de la asociación sindical.

Consecuentemente las asociaciones sindicales solo pueden interactuar con el mundo a través de representantes que expresen la voluntad colectiva, y no solo ante los afiliados, sino también ante los terceros, ya que estamos en presencia de entes con personería jurídica. Es precisamente este carácter de persona de existencia ideal o jurídica el que determina que sea un sujeto distinto de los socios que lo conforman.

Acertadamente Justo López señala que “de modo que es usual la diferenciación de dos órganos, uno de tipo deliberativo y en el que se reconoce la autoridad formalmente suprema de la asociación (asamblea) y otro de tipo ejecutivo, cuerpo o consejo directivo”.⁴ Estos órganos pertenecientes a la asociación sindical son los siguientes:

Órgano directivo: u órgano de dirección y administración (arts. 17 y 18, LAS)

Órgano deliberativo: Asambleas y Congresos (arts. 19 y 20, LAS)

Órgano de fiscalización: u órganos de revisión y fiscalización del patrimonio social (art. 11, Decreto N° 467/88)

2.1. Órgano directivo

Es el cuerpo ejecutivo cuyas funciones radican en la dirección y administración de la asociación sindical, dando lugar a los actos societarios a través

4. López, J. (1973-1974). La asociación profesional como asociación: personalidad jurídica, responsabilidad y poder disciplinario. *Trabajo y Seguridad Social*, 321.

de los cuales se manifiestan y se ejecutan los criterios generales de actuación que fueran fijados por la asamblea o congreso, según el artículo 20, inciso a) de la Ley N° 23551.

Dependerá de cada asociación sindical en particular la puntual denominación que le otorguen al órgano, así puede encontrárselo en el estatuto como “consejo directivo”, “comisión directiva”, “consejo ejecutivo”, “secretariado”, “junta directiva”, entre varios otros.

2.2. Composición del órgano

El artículo 17 de la Ley de Asociaciones Sindicales expresa respecto a la conformación del órgano directivo que “La dirección y administración serán ejercidas por un órgano compuesto por un mínimo de cinco (5) miembros”.

La normativa indica cuál debe ser el número mínimo de integrantes, el cual puede ser incrementado por la respectiva asociación sindical y para ello deberá expresarlo en el estatuto, de esta manera podrá variar dependiendo la asociación sindical y su grado de organización, siempre y cuando el número de integrantes establecido en la disposición estatutaria no sea inferior a la cantidad establecida legalmente.

Respecto al número máximo de integrantes es posible vislumbrar que la Ley de Asociaciones Sindicales no expresa nada al respecto, por lo cual no existe un límite y dependerá de caso en particular, según la magnitud de la asociación sindical, de su actividad y nivel de organización.

2.3. Forma de elección

En cuanto a la manera en que deben ser elegidos los miembros del órgano directivo el artículo ya citado señala que deben ser “elegidos en forma que asegure la voluntad de la mayoría de los afiliados o delegados congresales mediante el voto directo y secreto”.

2.4. Duración de los mandatos

La ley es clara en cuanto al tiempo en que los miembros del órgano pueden ejercer sus funciones, expresando que “... los mandatos no podrán exceder de cuatro (4) años, teniendo derecho a ser reelegidos”.

Se desprende de esa disposición dos circunstancias básicas:

en primer lugar, que la norma le impone un tiempo máximo de duración del mandato, y

por otra parte admite la posibilidad de reelección en forma ilimitada.

2.5. Requisitos para integrar el órgano directivo

El artículo 18 establece que para ser miembro del órgano directivo se deben cumplir con los siguientes requisitos:

a) mayoría de edad;

b) no tener inhabilitaciones civiles ni penales;

c) estar afiliado, tener dos (2) años de antigüedad en la afiliación y encontrarse desempeñando la actividad durante dos (2) años.

Asimismo, establece que el setenta y cinco por ciento (75%) de los cargos directivos y representativos deberán ser desempeñados por ciudadanos/as argentinos, como también debe ser ciudadano argentino el titular del cargo de mayor jerarquía y su reemplazante.

Respecto de esta última afirmación, varios autores señalan que su constitucionalidad es seriamente reprochable. A tal efecto la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha declarado que es inconstitucional la norma local que impone el requisito de la nacionalidad argentina para concursar en el cargo de secretario de primera instancia en los juzgados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.⁵ Fundamentalmente la Corte hizo hincapié en el principio de igualdad ante la ley establecido en el artículo 16 de la Constitución Nacional, expresando que esta implica el derecho a que no se establezcan excepciones o

5. Corte Suprema de Justicia de la Nación. 08/08/2006. “Gottschau, Evelyn P. c/ Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”. *La Ley* del 25-10-2006, con nota de Carlos Ignacio Ríos.

privilegios que excluyan a unos de lo que en iguales circunstancias se concede a otros, sentando el principio de igualdad entre nacionales y extranjeros, todos ellos habitantes de la Nación.

La representación femenina en los cargos electivos y representativos de las asociaciones sindicales será de un mínimo del treinta por ciento (30%), cuando el número de mujeres alcance o supere ese porcentual sobre el total de los trabajadores afiliados. Sin embargo, cuando la cantidad de trabajadoras no alcanzare el 30% del total de trabajadores afiliados, el cupo para cubrir la participación femenina en las listas de candidatos y su representación en los cargos electivos y representativos de la asociación sindical será proporcional a esa cantidad.

Añade la ley que todas las listas que se presenten deberán incluir mujeres en esos porcentuales mínimos y en lugares que posibiliten su elección.

Concluyendo el artículo con una lógica aclaración: no podrá oficializarse ninguna lista que no cumpla con los requisitos estipulados en este artículo.

2.6. Asambleas y congresos

2.6.1. Concepto

La asamblea y el congreso son el cuerpo deliberativo de las asociaciones sindicales mediante el cual se expresa la voluntad de los trabajadores afiliados. Le son atribuibles las decisiones fundamentales para la existencia y la actuación de la asociación sindical respectiva.

La asamblea implica la reunión de la totalidad de los miembros individuales afiliados al sindicato respectivo que van a manifestar su opinión y voluntad individual mediante el voto en forma personal. Es propia de las asociaciones sindicales de primer grado o con una cantidad de afiliados relativamente baja.

Por su parte, el congreso implica la reunión de representantes o delegados congresales, quienes son mandatarios de los afiliados de la asociación sindical respectiva. Se identifica con las asociaciones sindicales de segundo y tercer grado; es decir, con las federaciones y confederaciones, pero también suele adoptar esta forma el órgano deliberativo en las uniones o asociaciones de ámbito nacional.

En síntesis, se trata de un órgano permanente que tiene a su cargo las decisiones de mayor trascendencia para la asociación en cuestión, expresando la voluntad de los afiliados en forma directa si se trata de las asambleas o en forma indirecta si se trata de congresos delegados a través de correspondientes delegados congresales. Representaría una suerte de Poder legislativo de la asociación.

2.6.2. Clasificación de las asambleas y congresos

Las asambleas y los congresos pueden sesionar en forma ordinaria o extraordinaria. Tal es así que el artículo 19 de la Ley de Asociaciones Sindicales expresa que deberán reunirse:

a) En sesión ordinaria, anualmente;

b) En sesión extraordinaria, cuando los convoque el órgano directivo de la asociación por propia decisión o a solicitud del número de afiliados o delegados congresales que fije el estatuto, el que no podrá ser superior al quince por ciento (15%) en asamblea de afiliados y al treinta y tres por ciento (33%) en asamblea de delegados congresales.

La reunión anual de la asamblea o congreso está destinada principalmente a la aprobación de la memoria y el balance anual.

La Ley de Asociaciones Sindicales, en procura de garantizar la efectiva democracia interna, establece un porcentaje máximo determinado inmodificable por normas estatutarias. Es decir, tiende a que la asociación sindical no fije un porcentaje superior y de esta manera nunca tenga lugar la asamblea o congreso extraordinario a pedido de los afiliados.

Estos cuerpos soberanos poseen las más importantes atribuciones para regir la vida interna y la actividad externa de la organización.

Dado que las asambleas y congresos extraordinarios implican temas de índole extraordinaria reciben tal denominación, y requieren del interés excepcional y urgente de los afiliados, por ejemplo para la compra o venta de un inmueble que no admite demora, para expulsar a un afiliado o para modificar el estatuto.

2.6.3. Funciones exclusivas de las asambleas y congresos

La Ley N° 23551 resulta clara en cuanto a las funciones que son del ámbito estrictamente exclusivo de este órgano, a saber:

a) Fijar criterios generales de actuación

Implica las pautas básicas y necesarias de la acción del sindicato en cuestión, ligadas estrechamente con el objeto social que debe estar contenido en el estatuto de la asociación sindical según las normas legales.

b) Considerar los anteproyectos de convenciones colectivas de trabajo

Debe entenderse este inciso como el hecho de que la asamblea tenga la oportunidad de apreciar el anteproyecto, si bien su decisión no influirá porque no se trata de su aprobación o no, simplemente de su consideración, pero puede darse el caso que tal consideración sea receptada e influya en la modificación de ciertas cláusulas del mismo.

c) Aprobar y modificar los estatutos, memorias y balances; la fusión con otras asociaciones, afiliación o desafiliación a asociaciones, nacionales o internacionales

A su vez el artículo 24 de la Ley N° 23551 dispone que “las asociaciones sindicales están obligadas a remitir o comunicar a la autoridad administrativa del trabajo: a) Los estatutos y sus modificaciones a los efectos de control de la legislación”.

Respecto de las memorias y balances del ente sindical, el artículo 16, que contempla las materias que debe contener necesariamente el estatuto, prescribe en el inciso f que entre estas debe figurar la “época y forma de presentación, aprobación y publicación de memorias y balances; órganos para su revisión y fiscalización”; asimismo el Decreto Reglamentario N° 467/88 dispone que “los ejercicios no superarán el término de un año. El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social establecerá las características que deberán reunir los planes de cuentas”, por lo cual establece un máximo de duración del ejercicio.

Por último, tiene la decisión de optar o no por la fusión con otras asociaciones sindicales. Aquí también es posible vislumbrar el alto poder de este órgano. La fusión implica la unión de dos o más entes sindicales, y de esta

manera conformar uno nuevo. Por ejemplo el sindicato “A” decide fusionarse con “B” y con “C”, formando una nueva asociación sindical denominada “D”.

Si se refiere a asociaciones que tienen otro objeto (mutuales, cooperativas, sociedades comerciales, etc.) la norma es entendible. Ahora, no debería haber obstáculo para que la asociación sindical se fusione con otra que todavía no cuenta con inscripción gremial y, por lo tanto

d) Dar mandato a los delegados a congresos de asociaciones de grado superior y recibir el informe de su desempeño

La ley le atribuye al órgano deliberativo la facultad exclusiva de dar el mandato a los delegados a congresos de asociaciones de grado superior y recibir el informe de su desempeño.

Así como los delegados al órgano deliberativo de la entidad de primer grado deben dar cuenta de su desempeño ante los afiliados que lo eligieron, también los delegados a los congresos de las asociaciones de grado superior deben concurrir con mandato y luego dar un informe acerca de lo actuado de modo de garantizar la “fluida comunicación entre los órganos internos de la asociación y sus afiliados” que la ley intenta promover.

e) Fijar el monto de las cotizaciones ordinarias y extraordinarias de los afiliados

La Ley de Asociaciones Sindicales, en su artículo 37, referido al patrimonio, dispone que

el patrimonio de las asociaciones sindicales de trabajadores estará constituido por: a) Las cotizaciones ordinarias y extraordinarias de los afiliados y contribuciones de solidaridad que pacten en los términos de la ley de convenciones colectivas; b) Los bienes adquiridos y sus frutos; c) Las donaciones, legados, aportes y recursos no prohibidos por esta.

Así resulta que las cotizaciones, tanto ordinarias como extraordinarias, es uno de los recursos más relevantes del patrimonio del ente sindical en cuestión.

En relación a este tema, la Ley N° 23551 en su artículo 23 establece que “la asociación a partir de su inscripción, adquirirá personería jurídica y tendrá los siguientes derechos: [...] d) Imponer cotizaciones a sus afiliados”.

2.6.4. Otras funciones de las asambleas o congresos

El Decreto Reglamentario N° 467/88 establece que si la solicitud de afiliación del trabajador es rechazada por el órgano directivo éste deberá elevar todos los antecedentes, con los fundamentos de su decisión a la primera asamblea o congreso, para ser considerado por dicho cuerpo deliberativo.

Respecto de las sanciones dirigidas a miembros de los órganos del sindicato, es acertado recordar que las destinadas a los miembros de los cuerpos directivos de la asociación sindical y de la federación deberán ser adoptadas en asambleas o congresos extraordinarios y por las causales que determine, taxativamente, el estatuto, con citación a participar en ellas al afectado, con voz y voto si le correspondiere.

3. Órgano de fiscalización

3.1. Concepto

La Ley de Asociaciones Sindicales establece en el ya mencionado artículo 16 inciso f) que el estatuto de la respectiva asociación debe contener la “época y forma de presentación, aprobación y publicación de memorias y balances; órganos para su revisión y fiscalización”.

A su vez, el decreto reglamentario dispone en el artículo 11 que “la fiscalización interna de la gestión y el control de la administración del patrimonio social estarán a cargo de un órgano con composición adecuada y facultades a ese efecto”.

El órgano de fiscalización tiene como función el control y la supervisión de los actos de administración y gestión y el órgano directivo tiene por finalidad verificar si ellos se ajustan tanto a las normas legales como a las estatutarias. Esencialmente tiene una misión: se encarga de controlar las memorias y balances elaborados por el órgano directivo confeccionando las observaciones que considere atinadas, antes de que sean aprobadas por la respectiva asamblea o congreso.

A estas principales funciones se les suman otras que si bien son menos significativas igual tienen relevancia. A saber: tiene a su cargo el examen de los libros y registros de la asociación como también de la documentación respaldatoria del movimiento de fondo y valores.

La elección de sus miembros en las asociaciones de segundo y tercer grado, así como en las uniones, se suele realizar en el Congreso. Pero el Decreto N° 467/88 establece que el régimen electoral debe asegurar “que en los sindicatos locales y seccionales, la elección de todos los integrantes de cuerpos directivos y órganos de fiscalización sea hecha por medio del voto directo y secreto de los afiliados” (art. 12, inc. b, reglamentario del art. 16, inc. g, de la ley).

Capítulo 13

Régimen electoral

1. Importancia del régimen electoral

Como ya se viera en capítulos anteriores, la democracia sindical es uno de los principios básicos del derecho sindical moderno. Es una consecuencia de la libertad sindical en el plano individual y, a la vez, una limitación a la autonomía sindical en el aspecto colectivo.

En lo que refiere a la democracia sindical, uno de sus aspectos más importantes es el referido al régimen electoral para la designación de los representantes de los trabajadores. Al respecto, el artículo 8 de la Ley N° 23551 establece que los estatutos deben garantizar los cuatro aspectos básicos de la democracia sindical, e indica: fluida comunicación entre los órganos internos de la asociación y sus afiliados; otorgamiento de mandato a los delegados a los órganos deliberativos y posterior informe de estos a sus representados; efectiva participación de los afiliados en la vida de la asociación, asegurando la elección directa de los cuerpos directivos y representativos en los sindicatos locales y seccionales; representación de las minorías en los cuerpos deliberativos.

A su vez, el artículo 16 de la Ley N° 23551, al referirse a los contenidos mínimos de los estatutos, en su inciso g, prevé que el estatuto deberá contener un “régimen electoral que asegure la democracia interna de acuerdo con los principios de la presente ley, no pudiendo contener como exigencia para presentar listas de candidatos a órganos asociacionales, avales que superen el tres por ciento (3%) de sus afiliados”.

En consonancia con ello, el artículo 12 de la reglamentación aprobada por el Decreto N° 467/88, establece que

el régimen electoral estará contenido en un capítulo especial, que deberá asegurar: a) Que en aquellos congresos u otros cuerpos deliberativos creados por el estatuto, cuyos integrantes fueren elegidos por votación directa de los afiliados, la representación, por cada sección electoral, adopte algún sistema de proporcionalidad u otorgue a la primera minoría un número de cargos no inferior al veinte por ciento. Se podrá exigir a esta minoría, para obtener representación, un número de votos no inferior al veinte por ciento de los votos válidos emitidos; b) Que en los sindicatos locales y seccionales, la elección de todos los integrantes de cuerpos directivos y órganos de fiscalización sea hecha por medio del voto directo y secreto de los afiliados.

Esta es la garantía para el funcionamiento del sistema que promueve la unicidad sindical: que exista democracia y pluralidad interna. En el ámbito del sector privado solamente podrá obtener la personería gremial en cada actividad, profesión u oficio un solo sindicato, el que posea mayor número de afiliados cotizantes. Uno solo es quien puede defender y representar los intereses colectivos de los trabajadores de un sector, por eso resulta necesario garantizar la democracia interna implementando un proceso eleccionario que permita la participación de todos los afiliados y la representación de las minorías en los cuerpos deliberativos.

Si bien, conforme prescribe la propia ley, el régimen electoral debe estar contenido en un capítulo específico del estatuto de cada organización sindical, lo cierto es que la ley, además, impone límites y condiciones expresas a los que deben ajustarse las cartas orgánicas de cada asociación.

2. Elección de autoridades de la asociación de primer grado

Las autoridades de la asociación sindical son aquellos trabajadores, pertenecientes al sindicato (afiliados) que integran los órganos de gobierno (directivo, deliberativo y de fiscalización).

El artículo 17 de la Ley N° 23551 establece que la elección del órgano directivo debe realizarse mediante el voto secreto y directo de los trabajadores afiliados, de forma de asegurarse la voluntad de la mayoría de los afiliados o delegados congresales. Los mandatos no podrán exceder los cuatro (4) años, teniendo derecho los directivos a ser reelegidos.

La mención a la mayoría de “los afiliados o delegados congresales” parece estar dirigida a distinguir entre los sindicatos locales o regionales, por un lado, y las uniones o sindicatos con alcance nacional, por otro. En estos últimos, la elección de su órgano de conducción no necesariamente deberá efectuarse en forma directa. Según señalan Rodríguez y Recalde, en los supuestos de sindicatos con jurisdicción regional, o sea más amplia que la local pero no con extensión nacional, resulta aplicable la misma normativa que al sindicato local, es decir, la elección deberá realizarse por el voto directo y secreto de los afiliados.¹

El artículo 15 de la reglamentación de la Ley N° 23551, aprobada por el Decreto N° 467/88, regula minuciosamente las diversas etapas del proceso electoral sindical para la renovación de autoridades, que resulta aplicable tanto para la elección de los integrantes del órgano directivo como para los delegados congresales en aquellas asociaciones cuyo órgano deliberativo sea el congreso.

Los principales aspectos del proceso electoral son los siguientes:

3. Autoridad electoral

El proceso electoral es puesto en marcha y fiscalizado por la autoridad electoral asociacional en concordancia con las disposiciones del artículo 15 del Decreto N° 467/88. La misma, de acuerdo a lo que dispongan los estatutos de cada entidad sindical, puede tener distintos nombres. Usualmente se la denomina junta electoral o comisión electoral y tiene a su cargo todo lo atinente al proceso electoral hasta la puesta en posesión de las autoridades electas.

1. Rodríguez, E. O. y Recalde, H. P. (1989), *op. cit.*, p. 91.

Ni la Ley N° 23551 ni su decreto reglamentario establecen la forma de designación de dicha autoridad electoral. La mayoría de los estatutos aprobados por la asamblea de afiliados con anterioridad al 18 de febrero de 1993 establecen que la junta electoral es designada por la comisión directiva.

A partir de dicha fecha, con el dictado de la Resolución MTySS N° 103/93 se dispuso que los estatutos sociales de las entidades sindicales deberán incluir una norma que establezca que la junta electoral deberá ser designada por el voto de los afiliados en una asamblea convocada a tal efecto.

4. Fijación de la fecha del comicio

Previo a analizar las distintas etapas del proceso electoral corresponde recordar que el artículo 32 del Decreto N° 467/88 establece que los plazos indicados en días por el mismo, se computan en jornadas hábiles; del mismo modo aquellos establecidos en la ley que revistan naturaleza procesal.

Efectuada la aclaración y en lo que hace a la fecha del comicio, la misma debe fijarse con una antelación no menor de noventa (90) días de la fecha de finalización de los mandatos de los directivos que deban ser reemplazados.

La norma no es clara en este punto, ya que puede dar lugar a dos interpretaciones:

a) Entenderse que por fijación de la fecha del comicio significa que los afiliados deben concurrir a votar en una fecha dispuesta con una antelación de por lo menos 90 días antes de la finalización de los mandatos de los directivos.

b) Con 90 días de anticipación se “fija” (se decide) la fecha en que se va a realizar el comicio sin tener en cuenta para la realización del acto eleccionario plazo especial de antelación a la fecha de terminación de los mandatos de los directivos.

Con la primera de las interpretaciones se logra morigerar el riesgo de una posible acefalía de la asociación sindical. Es que, de producirse impugnaciones al proceso electoral es factible que la autoridad administrativa o judicial lo suspenda y que se pueda vencer el mandato de las autoridades antes de que quede resuelta la cuestión.

En este punto debe tenerse presente también lo dispuesto por la Resolución MTE y FRH N° 461/01. Esta establece que en el caso de que los procesos electorales se adelanten en más de 120 días hábiles a la fecha de finalización de los mandatos, dicha circunstancia deberá ser comunicada a la autoridad de aplicación, informando las causas que fundamentan la anticipación.

La Dirección Nacional de Asociaciones Sindicales ha interpretado, reiteradamente, que los ciento veinte (120) días hábiles a los que hace alusión la resolución MTE y FRH N° 461/01, deben computarse de la siguiente manera: teniendo en cuenta la fecha del vencimiento de los mandatos, se cuentan ciento veinte (120) días hábiles para atrás. Si la fecha del acto comicial se ubica dentro de dicho parámetro temporal, no será necesario instar el procedimiento contenido en la citada resolución ministerial, por la suficiente razón de que la hipótesis resultaría ajena a la preceptiva específica que aquí se trata.

5. Convocatoria

El artículo 15 del Decreto N° 467/88, indica que la convocatoria a elecciones debe ser resuelta y publicada con una antelación no menor a 45 días hábiles a la fecha del comicio.

La ley sindical, pese a efectuar una minuciosa reglamentación del proceso electoral, deja librado a cada entidad sindical la forma de comunicación de la convocatoria, ya que la eficacia de la publicidad de la misma dependerá de las modalidades de cada actividad, oficio, profesión o empresa que representa, o de la cantidad de afiliados que tenga. Así es que, por ejemplo, en un sindicato de trabajadores rurales puede resultar muy adecuada una convocatoria por radio, cuando este medio resulta ser la forma de comunicación usual de esos trabajadores; o en un sindicato de empresa y de pocos afiliados la comunicación realizada en forma personal.

En la convocatoria deberán establecerse el día, los lugares y horarios en que se ha de efectuar el acto eleccionario, los que no podrán ser alterados. Es conveniente consignar también el lugar y horario de atención de la junta electoral, los cargos a elegir, cantidad de avales exigidos por el estatuto y porcentaje de mujeres empadronadas. Esto último, a fin de poder dar cumplimiento al cupo

femenino establecido por la Ley N° 25674, artículo 3, y su Decreto Reglamentario N° 514/03.

De acuerdo a lo que dispongan los estatutos de cada entidad sindical, la convocatoria la efectúa el órgano directivo o la junta electoral.

6. Lista de candidatos

Las listas de candidatos deberán presentarse ante la autoridad electoral para su oficialización dentro del plazo de 10 días hábiles desde la fecha de publicación de la convocatoria. La solicitud debe ser acompañada por los avales exigidos por el estatuto, la conformidad de los candidatos –expresada con su firma– y la designación de uno o más apoderados. La autoridad electoral debe otorgar recibo del pedido de oficialización y expedirse dentro del plazo de 48 horas de efectuada la solicitud.

Las listas de candidatos suelen distinguirse por color, números u otras denominaciones de acuerdo a lo establecido en el estatuto o los usos y costumbres de cada entidad gremial. Para la adjudicación de los mismos se tendrá en cuenta qué agrupación los había utilizado con anterioridad.

La autoridad electoral analiza las listas presentadas y si reúnen todos los requisitos legales y estatutarios procede a su oficialización.

7. Padrones

Las organizaciones sindicales deben confeccionar dos clases de padrones electorales: uno por orden alfabético y otro por establecimiento. Los mismos deben contener datos suficientes para individualizar a los afiliados debiendo figurar el nombre de la empresa y el domicilio donde trabajan o donde hayan trabajado por última vez durante el transcurso del año inmediato anterior.

Como el artículo 3 del Decreto N° 467/88 limita el derecho a elegir a sus representantes a través del voto a los trabajadores que se desempeñan en la actividad, oficio, profesión o categoría o empresa durante los seis meses inmediatos anteriores a la fecha de la elección, se supone que solamente pueden

figurar en el padrón aquellos afiliados que reúnen dichas características. Asimismo muchos estatutos, con la finalidad de evitar cuestionamientos, fijan para incluir a un trabajador en el padrón también una antigüedad de seis meses en la afiliación. Este requisito parece razonable para evitar que se incorporen afiliados con la intención de favorecer a una u otra lista que podría verse perdidosa.

En definitiva, tienen derecho a estar incluidos en el padrón y por lo tanto, a elegir: los afiliados mayores de 16 años, los desocupados hasta seis meses después de quedar en esa situación; los jubilados, inválidos o quienes se encuentren en licencia por enfermedad o accidente (en la medida en que el estatuto no establezca alguna restricción) y, en general, cualquier otro trabajador afiliado que se encuentre en actividad aun cuando esté gozando de alguna otra licencia legal o convencional.

8. Acto comicial

En principio, debería realizarse en una sola jornada, que no puede coincidir con la fijada para una asamblea de la entidad, conforme lo dispone la normativa vigente. El afiliado que sufraga personalmente, debe acreditar su identidad y suscribir una planilla (padrón) como constancia.

Se encuentra presente también la posibilidad de que los estatutos prevean la posibilidad de que se pueda votar con carnet sindical. Esta identificación no cumple con el requisito legal dado que no es un documento que acredite la identidad del que se presenta a votar.

La ley también prevé que los apoderados de las listas podrán designar uno o más fiscales para que asistan al acto eleccionario, desde su apertura hasta su cierre.

Cuando las características especiales del gremio lo justifiquen, puede establecerse una duración del comicio superior a una jornada. Ejemplo de esto es el caso de los gremios marítimos o aeronáuticos que, debido a que gran parte de los afiliados se encuentran embarcados, el acto comicial se realiza en varios días para que todos puedan ejercer su derecho al voto. La extensión de

jornada muchas veces es dispuesta teniendo en cuenta la cantidad de afiliados empadronados.

El voto por correspondencia, como modalidad de sufragio, también es utilizado en algunas entidades sindicales. En ese caso deberá establecerse recaudos para la identificación del votante, preservando el carácter secreto del voto.

Otra forma de votación es la que se realiza a través de las urnas volantes. En la convocatoria debe precisarse el horario y el recorrido de las mismas, pudiendo los fiscales de las listas acompañar las urnas en todo el recorrido. Es conveniente que el estatuto de la entidad o bien el reglamento dictado por la propia junta electoral fije pautas precisas para su funcionamiento, ya que esta modalidad es casi siempre objeto de impugnaciones.

En este punto la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo se expidió diciendo que la negativa de una empresa a permitir colocar urnas en una elección del gremio se puede calificar como un obstáculo en el ejercicio de la libertad sindical (14/10 1992 “Unión Trabajadores de Prensa de Buenos Aires c/ Editorial Perfil S. A.”).

9. Comunicación al Ministerio de Trabajo

Entre las obligaciones que impone la Ley N° 23551 a los sindicatos, se encuentra la obligatoriedad de comunicar a la autoridad administrativa del trabajo la convocatoria a elecciones para la renovación de sus órganos directivos (artículo 24). Dicha comunicación, según lo establece el artículo 20 del Decreto N° 467/88, debe ser efectuada con una antelación no menor a diez días.

El Ministerio de Trabajo puede designar un veedor, a fin de controlar el acto electoral, quien efectuará un informe sobre su desarrollo.

El informe al cual se refiere adquiere mucha importancia en el caso de presentarse alguna impugnación al acto, ya que da plena fe de lo ocurrido.

Capítulo 14

Patrimonio de las asociaciones sindicales

1. Composición

El artículo 2312 del Código Civil establece en su segunda parte que “el conjunto de los bienes de una persona constituye su patrimonio”.

El patrimonio está constituido por bienes en sentido genérico, esto es, objetos corporales o incorporeales susceptibles de tener un valor pecuniario. Este es el principio liminar: los derechos que integran el patrimonio son solamente los que tienen contenido económico.

Cuadra señalar que las personas de existencia ideal tienen que tener patrimonio para poder constituirse, porque así lo exige la ley (art. 33, Código Civil; art. 21, Ley de Asociaciones Sindicales N° 23551):

El patrimonio, considerado como conjunto de bienes o de valores pecuniarios, expresa por sí mismo, en definitiva, la idea de un valor semejante. Para determinar su consistencia, es de toda necesidad deducir el pasivo del activo. La circunstancia, en todo caso, de que el pasivo sobrepasara el activo, no haría desaparecer la existencia del patrimonio, que comprende las deudas como comprende los bienes.¹

1. Aubry, C. y Rau, C. (1873). *Cours de droit civil français*. París: Marchal et Billard, pp. 229-31, citado por Manuel Aráuz Castex, M. (1974). *Derecho civil: parte general, tomo segundo*. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, pp. 132 y ss.

Toda asociación sindical de trabajadores, en tanto persona jurídica, debe poseer un patrimonio, ya que así lo exigen los artículos 21 y 37 de la LAS.

Tal y como lo señala certeramente Néstor Corte,² hoy no resulta concebible una organización sindical sin una dotación de medios pecuniarios y materiales suficientes para el desarrollo de la actividad gremial, indudablemente onerosa en muchos de sus aspectos.

Así, “la formación de un patrimonio es una de las cuestiones que la legislación sindical asegura y tutela para que las organizaciones sindicales puedan cumplir con sus fines específicos”³

En cuanto a la composición del patrimonio de las asociaciones sindicales de trabajadores, el ya citado artículo 37 así la establece:

- a) Las cotizaciones ordinarias y extraordinarias de los afiliados y las contribuciones de solidaridad que se pacten en los términos de la Ley de Convenciones Colectivas;
- b) los bienes adquiridos y sus frutos;
- c) las donaciones, legados, aportes y recursos no prohibidos por esta ley.

Rodolfo Capón Filas⁴ define con su habitual precisión a los recursos económicos de las asociaciones sindicales de trabajadores, estableciendo que el aporte es el “monto económico entregado a la asociación por el trabajador de acuerdo a la decisión de la asamblea, que se expresa en tres tipos: a) cotización ordinaria a cargo del afiliado, b) cotización extraordinaria a cargo del afiliado y c) cuota de solidaridad a cargo del trabajador comprendido en el convenio colectivo” y la “contribución, que es el monto económico entregado a la asociación por el empleador con destino social y se expresa en dos tipos: a) legal, impuesto por normas estatales y b) convencional, resuelto por convenio colectivo o acuerdo de empresa”.

En realidad, cuando el Dr. Capón Filas hace mención a la “cuota de solidaridad” y la liga con una previa decisión asamblearia, lo hace en función de lo estatuido en el artículo 20 inciso b de la LAS, ya que, para que la cuota de

2. Corte, N. T. (1994), *op. cit.*, p. 363.

3. Strega, E. (2004), *op. cit.*, p. 220.

4. Capón Filas, R. (1993), *op. cit.*, p. 182.

solidaridad resulte extensiva a los trabajadores no afiliados beneficiarios de la convención colectiva, es de toda necesidad que la aludida cotización sea establecida en el marco del contrato colectivo.

Hechas las consideraciones de carácter genérico, corresponde ahora entrar al tratamiento del artículo 37 de la LAS con el fin de analizar las distintas hipótesis contempladas en la norma objeto de estudio, señalando que, por tratarse del tema de específico interés para la materia que aquí se trata, circunscribiremos este estudio a las cotizaciones ordinarias y extraordinarias de los afiliados, a las contribuciones de solidaridad y a las contribuciones de los empleadores.

2. Cotizaciones

Como antes señaláramos, las genéricamente denominadas cotizaciones aluden a las sumas dinerarias que aportan los trabajadores incluidos en el ámbito representativo de una determinada asociación sindical, que pueden ser los afiliados, es decir, aquellos trabajadores que expresamente han adherido a la organización sindical de que se trata o, en algunos casos, los trabajadores beneficiarios del convenio colectivo suscripto por la asociación sindical representativa.

En relación con las cotizaciones que abonan los afiliados a la organización sindical, cabe señalar que –como ya se dijera– pueden revestir el carácter de ordinarias o extraordinarias. En ambos casos y conforme lo prevé el artículo 20, inciso e, de la LAS, deben ser establecidas por el órgano deliberativo de la asociación sindical, esto es, la asamblea (si se trata de un sindicato local) o el congreso (cuando se trata de una unión o de una entidad de segundo o tercer grado).

Generalmente, la fijación o modificación de la cuota sindical o de una cotización extraordinaria se lleva a cabo en una asamblea o congreso extraordinario, toda vez que, en la generalidad de los casos, las asambleas o congresos ordinarios limitan su cometido a la consideración de la memoria y balance de la entidad y, en algunos supuestos, a la elección de la autoridad asociacional para los procesos electorales (junta electoral o similares).

La fijación o modificación de la cotización sindical (sea ordinaria o extraordinaria) debe ser aprobada por la mayoría que establezca el estatuto social de la entidad de que se trate. Si nada determina el estatuto, la aprobación se realiza por simple mayoría.

Si se trata de una asamblea o congreso extraordinario, la convocatoria debe efectuarse con no menos de cinco (5) días de anticipación, debiendo existir una publicidad inmediata y adecuada de dicha convocatoria (art. 13 de la reglamentación aprobada por el Decreto N° 467/88). A su vez, esta convocatoria deberá ser comunicada a la autoridad de aplicación en forma inmediata y con no menos de tres (3) días a la fecha de su celebración (art. 17 de la reglamentación aprobada por el Decreto N° 467/88).

Huelga decir que, en ambos casos, se trata de días hábiles (art. 32 de la reglamentación aprobada por el Decreto N° 467/88).

Conforme a la reiterada y pacífica interpretación de la Dirección Nacional de Asociaciones Sindicales, es la propia publicidad la que debe realizarse con no menos de cinco (5) días hábiles de antelación al acto, siendo necesario señalar que, para el cómputo de los plazos, no deben considerarse ni el día en que se realiza la publicidad ni el día del acto institucional, esto es que deben existir cinco (5) días hábiles “libres” en el medio de ambos eventos (publicidad y acto).

Por otra parte, cuadra señalar también que la Dirección Nacional de Asociaciones Sindicales cuenta con un cuerpo de veedores para la fiscalización de los actos institucionales en las entidades sindicales, v. gr. asambleas, congresos, actos electorales, etc. (en el gran Buenos Aires e interior del país, tales veedurías son realizadas por funcionarios de las agencias territoriales del Ministerio de Trabajo).

Los informes de los veedores cobran importancia –atento al carácter de funcionarios públicos– fundamentalmente en los supuestos en que se suscitan controversias en cuanto al desarrollo del acto institucional.

Se señala, por último, que la cotización ordinaria se identifica con lo que se conoce como “cuota sindical”, es decir, la que los afiliados a la entidad tributan habitualmente en forma mensual por su carácter de afiliados al sindicato, mientras que las denominadas “cotizaciones extraordinarias” se refieren

a aportes, también a cargo de los afiliados y establecidos por el órgano deliberativo de la entidad sindical, pero vinculados con el acaecimiento de algún acontecimiento extraordinario, como ser la construcción o modificación de la sede social, la compra de un hotel para los afiliados, la adquisición de un predio para la recreación de los afiliados y sus familias, etc.

3. Contribuciones de solidaridad

En cuanto al caso especial de las denominadas “contribuciones de solidaridad”, debe señalarse que se trata de aportes a cargo, no solamente de los trabajadores afiliados, sino también de aquellos que resultan beneficiarios del convenio colectivo suscripto por la entidad sindical, aun cuando no sean afiliados. La corriente mayoritaria de nuestra doctrina, así como también la jurisprudencia de nuestros tribunales, han admitido la procedencia jurídica de estos aportes especiales.

Cuadra preguntarse, ¿cuál es el fundamento jurídico de la imposición de estos aportes a quienes no son afiliados a la organización sindical signataria del convenio?

Como antes se señalara, con cita de la obra de Néstor T. Corte –El modelo sindical argentino– la actividad sindical resulta onerosa en muchos de sus aspectos. Para llevar a cabo la negociación colectiva, la organización sindical debe contar –cada vez más– con asesores técnicos en materia jurídica, económica, en higiene, seguridad y medio ambiente laboral, en prevención de accidentes, en métodos y tiempos de trabajo, etc. Estas actividades –se reitera– no son gratuitas para el sindicato; antes bien, la concurrencia de asesores técnicos a las reuniones de negociación requiere erogaciones importantes por parte de la asociación sindical.

A esto hay que adicionar que, cuando se trata de convenios de ámbito nacional, es normal que participen, por la parte sindical, negociadores provenientes de distintas regiones del país. Esto, necesariamente, requiere que se realicen gastos de traslados, estadías, viáticos, etc.

Si los beneficios del convenio van a alcanzar a todos los trabajadores, sin diferenciación entre afiliados y no afiliados al sindicato, ¿cuál sería la razón por la que los no afiliados se beneficiarían con el esfuerzo económico de los afiliados?

Quienes ven en estos aportes una suerte de afiliación compulsiva, parecen no comprender el sentido profundo del accionar solidario de las asociaciones sindicales de trabajadores. Las voces críticas apuntan a señalar que, mediante las contribuciones solidarias, se busca fortalecer económicamente a los sindicatos. ¿Y acaso está mal que así sea? De ninguna manera. En todo caso, debe censurarse (y castigarse) el mal uso de los fondos sindicales, pero de manera alguna la dotación de fondos suficientes a las organizaciones gremiales de trabajadores.

En la práctica, muchas organizaciones sindicales que pactan en sus convenios este tipo de cláusulas eximen de la obligación de pago de las “contribuciones solidarias” a los trabajadores afiliados al sindicato. ¿Se trata de una estipulación lícita?

Entendemos que sí. Nos explicaremos: los trabajadores afiliados contribuyen al sostenimiento del sindicato mediante el pago de la cuota sindical que abonan, justamente, por su carácter de afiliados. Desde tal perspectiva, se advierte sin mayor esfuerzo que el pago de ambos conceptos podría tornarse gravoso en exceso para el trabajador dependiente. Pero, además, la distinción tiene amparo normativo, en orden a lo preceptuado por el artículo 9, párrafo primero, de la Ley N° 14250 (t.o. 2004).

Al respecto, tanto la Autoridad administrativa del trabajo como los órganos jurisdiccionales se han pronunciado respecto de este tipo de cláusulas en este sentido:

La asesoría técnico-legal de la Dirección Nacional de Relaciones del Trabajo del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, al emitir opinión en el Expediente N° 1.068.746/03 del Registro de dicha cartera de Estado, ha dicho –con cita del fallo de la Sala III de la CNAT, expedido el 29-09-97 en autos: “Federación Obrera Ceramista de la R.A. c/ Cerámica Pilar S. A.”– que

es lógico sostener que tal tipo de cuota debe tener una limitación temporal, ya que su origen y finalidad están vinculados a la celebración o renovación de la convención y por otra parte, no puede imponerse a los trabajadores no afiliados aportes que responden a causas distintas, sin compromiso de la libertad sindi-

cal... Además debe agregarse que su monto no sea desproporcionado y no alcance la suma que pagan los afiliados por pertenecer a la asociación profesional.

El Ministro de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, al resolver en un recurso jerárquico interpuesto en el Expediente Administrativo N° 54505/03, legitimó una contribución solidaria, al considerar que encuentra su apoyo normativo en lo dispuesto en el artículo 9, último párrafo, de la Ley N° 14250 (t.o. 2004) y en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, contenida en el fallo dictado por el Alto Tribunal el 12 de abril de 1972, en autos “Potenzo, Pablo c/ Federación de Empleados de Comercio” (ver Resolución MTEySS N° 160, dictada el 26-02-07).

Con un criterio similar al fijado por la Autoridad administrativa laboral, el Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo N° 25, en los autos caratulados “Álvarez, Ricardo y Otros c/ Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación s/ Acción de Amparo” (Sentencia Interlocutoria N° 6599 del 9 de mayo de 2006), ha establecido –con cita de jurisprudencia reiterada y pacífica de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (CNAT)– que las cláusulas que estatuyen “contribuciones solidarias” deben ser claras e interpretadas con criterio restrictivo, también deben ser razonables y justas, que tengan una limitación temporal toda vez que su origen y finalidad estén vinculados a la celebración o renovación de una convención colectiva de trabajo.

También la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, en fallo dictado el 26 de julio de 2005, en autos “García, Horacio en J. 11.686 Sindicato de Obreros Panaderos de Mendoza c/ García H. P/ Cobro de Cuotas Sindicales s/ Inc. Cas.”, ha adherido a la teoría restrictiva, respecto de la interpretación que debe hacerse de las “contribuciones de solidaridad” estipuladas en las convenciones colectivas de trabajo.

En definitiva, es posible sostener que tanto en sede administrativa como en el ámbito judicial, los requisitos para considerar viable la instauración de una “contribución solidaria” que alcance a los trabajadores no afiliados al sindicato son los siguientes:

que la contribución sea pactada en el marco de una convención colectiva de trabajo, es decir, que debe estar vinculada a la celebración o renovación de

un convenio. De este recaudo se desprende que no procedería una contribución solidaria convenida aisladamente, puesto que carecería de “causa”.

que la contribución solidaria tenga un límite temporal, como máximo será el de la vigencia del propio convenio. De esto se sigue que las partes deben pactar expresamente que la contribución solidaria no resultará alcanzada por la eventual ultraactividad del convenio.

que, en lo que atañe al cuántum de la contribución, esta sea inferior a la cuota sindical que haya establecido el sindicato signatario de la convención. Este requisito busca evitar que la “contribución solidaria” se constituya en una suerte de “afiliación compulsiva”, con menoscabo de la libertad sindical.

En las condiciones expresadas previamente no existiría óbice para su aprobación por parte de la Autoridad administrativa, ni tampoco –entendemos– sería pasible de reproche judicial.

4. Contribuciones convencionales del empleador

Queremos referirnos aquí no a la contribución que los empleadores realizan por imperativo legal (v. gr., las contribuciones con destino al sistema de obras sociales, leyes N° 23660 y 23661), sino a los pagos que los empleadores abonan a las asociaciones sindicales de trabajadores con personería gremial, establecidos en convenciones colectivas de trabajo, todo ello con fundamento en lo normado en el artículo 9, segundo párrafo, de la LAS y en el artículo 4 de la reglamentación aprobada por el Decreto N° 467/88.

Al respecto, y como lo establece la referida reglamentación, dichos fondos deben ser destinados por las asociaciones sindicales de trabajadores a “obras de carácter social, asistencial, previsional o cultural, en interés y beneficio de los trabajadores comprendidos en el ámbito de representación de la asociación sindical”.

Asimismo, la reglamentación dispone que los fondos que aquí se tratan deben ser objeto de una administración separada de la del resto de los fondos y bienes sindicales. Si bien esta disposición ha merecido alguna crítica de la doctrina, por entenderse que este control les debe corresponder a los propios

afiliados en el seno interno de la asociación⁵ cuadra señalar que las entidades sindicales la han acatado sin mayores inconvenientes.

Desde ya que solo las asociaciones sindicales de trabajadores con personería gremial pueden ser beneficiarias de estas contribuciones convencionales de los empleadores, en la medida en que les compete con exclusividad el derecho a negociar colectivamente (art. 1, Ley N° 14250 – t.o. 2004).

5. Retención

El artículo 38 de la LAS establece la obligación del empleador de actuar como agente de retención de las cuotas de afiliación u otros aportes que deban abonar los afiliados con destino a las asociaciones sindicales de trabajadores con personería gremial.

En orden al contenido de la norma precitada, se advierte que la obligación del empleador de actuar como agente de retención no alcanza a los aportes que los afiliados deban abonar a las organizaciones sindicales con simple inscripción gremial. ¿Cuáles serían, entonces, los medios por los cuales las asociaciones sindicales simplemente inscriptas podrían percibir sus acreencias de parte de sus afiliados?

En primer lugar, por medio del primitivo cobro “persona a persona”, método complicado –en la práctica– si lo hay, pues no permite asegurar un flujo constante de financiamiento.

En segundo término y considerando que desde hace más de cinco años se ha establecido la “bancarización” compulsiva de los trabajadores registrados, otro modo de cobro sería mediante la celebración de convenios entre el sindicato simplemente inscripto –que goza de personería jurídica, conforme lo establece el artículo 23 de la LAS– con los bancos en los que se depositan las remuneraciones –obviamente con la conformidad del trabajador afiliado–, para que la retención la realicen las entidades bancarias.

Una última alternativa sería que el propio empleador, mediando expreso pedido y conformidad del trabajador afiliado, efectuara la retención de la

5. Rodríguez, E. O. y Recalde, H. P. (1989), *op. cit.*, p. 56.

cuota sindical con destino a una asociación sindical simplemente inscripta. Cabe aquí aclarar que si bien en este último caso no existiría obligación del empleador de actuar como agente de retención, no se advierte violación de disposición legal alguna para el supuesto de que decida hacerlo. De hecho, esta es una situación muy común dentro del denominado “sector público” (v. gr., sindicatos municipales).

El segundo párrafo del artículo 38 de la LAS establece que

para que la obligación indicada sea exigible (refiérase a la obligación de retener y depositar), deberá mediar una resolución del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (se aclara que esta facultad ha sido delegada en el Director Nacional de Asociaciones Sindicales de dicha cartera de Estado), disponiendo la retención. Esta resolución se adoptará a solicitud de la asociación sindical interesada...

Esta norma ha sido reglamentada por el artículo 24 de la reglamentación aprobada por el Decreto N° 467/88, en cuanto atañe a la comunicación –por parte de la asociación sindical interesada– al empleador que debe efectuar la retención.

En la práctica, la disposición funciona así: el sindicato peticionante debe presentar ante la Dirección Nacional de Asociaciones Sindicales (DNAS) del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social la correspondiente solicitud, acompañada de copia certificada (por el representante legal de la entidad) del acta de asamblea o del congreso que estableció o modificó la cuota sindical. Examinados los recaudos formales (publicación de la convocatoria, plazo, inserción en el orden del día, aprobación por la mayoría que establezca el estatuto, falta de impugnaciones al acto deliberativo) la DNAS emite una disposición aprobando (o, en su caso, rechazando) la retención. El plazo para expedirse con que cuenta la DNAS es de 30 días hábiles desde formalizada la presentación, pero es importante destacar que, conforme los numerosos antecedentes obrantes en dicha Dirección Nacional, el plazo de 30 días debe computarse desde el momento en que la retención está en condiciones de ser resuelta, resultando de ello que el plazo se encuentra suspendido mientras la entidad sindical interesada no complete todos los requisitos exigidos por la ley y la reglamentación.

Dictada la disposición respectiva, se emiten copias certificadas para la asociación sindical interesada, a fin de que esta realice las comunicaciones pertinentes a los empleadores de la actividad (art. 24 de la reglamentación aprobada por el Decreto N° 467/88).

Antes de finalizar con el tratamiento del tema bajo análisis, resta hacer referencia brevemente a dos cuestiones: las retenciones en el sector público y las retenciones para una asociación ajena a la actividad de la empresa.

6. Retenciones en el sector público

La primera de ellas es la Resolución MTySS N° 51/87, la que establece en su artículo 1 que

Los Sindicatos que actúen dentro del ámbito del Estado Nacional, Provincial o Municipal [sic] tendrán los derechos que les acuerda la legislación vigente, a la retención de cuota sindical y representación del personal, dentro del ámbito de representación personal y territorial determinado en sus Estatutos.

Esto es que, dentro del denominado “sector público”, los sindicatos actuantes tienen derecho a que los empleadores públicos actúen como agentes de retención, en la medida en que los trabajadores afiliados se encuentren dentro del ámbito (territorial y personal) de sus respectivos estatutos. Es decir que, a estos efectos, se prescinde del ámbito de representación otorgado por la personería gremial.

Capítulo 15

Los representantes sindicales

1. Introducción

El artículo 14 bis de la Constitución Nacional establece que “los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con su estabilidad en el empleo”. Ello pone de relieve la importancia de esta representación así como la intención de los constituyentes de impedir todo tipo de restricción ilegítima a la actividad sindical haciendo énfasis en la intención protectora del mandato de la ley fundamental.

La norma tiene carácter operativo, toda vez que dicha garantía es proclamada por el texto del precepto constitucional y no se la condiciona en cuanto a sus contenidos concretos a una previa reglamentación, lo que debe interpretarse en el sentido de que los constituyentes han querido que su eficacia y aplicación práctica fueran inmediatas.¹ No obstante su operatividad, nuestro ordenamiento jurídico establece, mediante vía de reglamentación legal, cuáles son precisamente los representantes gremiales que se encuentran bajo la tutela constitucional, los actos respecto de los cuales se encuentran amparados y los mecanismos de prevención o reparación en caso de vulneración del mandato constitucional.

1. Corte, N. T. (1994), *op. cit.*, p. 448.

La Ley N° 23551 establece una amplia protección que parte de la doctrina ha denominado “fuero sindical”. Constituye un conjunto de garantías acordadas a los representantes gremiales para el desempeño de sus funciones que varían según el tipo de representación de que se trate.

Algunas de las garantías que la Ley N° 23551 establece para la gestión sindical son, por ejemplo, para el denominado “funcionario sindical”, licencia automática sin goce de haberes, con reserva de puesto y deber de reincorporación. Y para el delegado, que debe continuar prestando servicios en la empresa, el “crédito de horas mensuales retribuidas” para el ejercicio de sus funciones. Ambos tipos de representantes gozan de tutela frente a despido, suspensión o modificación de condiciones de trabajo durante su mandato o por el término posterior de seis meses a partir de su postulación, etc.

Como ya se ha señalado, en el ámbito internacional la protección a la libertad sindical se encuentra garantizada por los convenios 87 y 98 de la OIT. Ambos convenios son adoptados por nuestro ordenamiento jurídico. Si bien tienen jerarquía superior a las leyes, conforme el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, el Convenio N° 87 de la OIT adquiere también jerarquía constitucional en virtud de lo dispuesto por el artículo 8.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el artículo 22.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

2. Los funcionarios sindicales (representantes que ocupan cargos en los órganos del sindicato)

2.1. Sujetos. Funciones

La representación sindical se ejerce en dos planos diferentes: por un lado, en el ejercicio del gobierno de la asociación sindical y, por el otro, en la empresa, ejercida a través de los delegados de personal y miembros de las comisiones internas.

Ambas formas de representación sindical están igualmente alcanzadas por la protección legal, no obstante, la existencia de protecciones específicas que resguardan las manifestaciones particulares del tipo de representación ejercida.

Los trabajadores que ocupen un cargo sindical en el gobierno de la asociación sindical actuarán en representación del sindicato, de acuerdo a lo que dispongan los estatutos para el cargo que ocupen dentro de la asociación.

2.2. Prerrogativas

La Ley N° 23551 establece un conjunto de garantías acordadas a los representantes gremiales para el desempeño de sus funciones, las que constituyen un conjunto de prerrogativas reconocidas por nuestra legislación laboral a los trabajadores.

Tradicionalmente la doctrina ha denominado a dichas prerrogativas bajo la denominación de “fuero sindical”, aunque dicha denominación ha dejado de utilizarse por no tratarse de un “fuero especial”, sino de derechos y garantías para el ejercicio pleno de la representación.

Los trabajadores que dejaran de prestar servicios por tener que ocupar cargos electivos o representativos en asociaciones sindicales con personería gremial, la ley les otorga derecho a: a) gozar de una licencia gremial automática sin goce de haberes, b) la reserva del puesto y reincorporación al término de sus funciones sindicales y c) la estabilidad gremial durante todo el tiempo de su mandato y un año más a contar desde la cesación de sus mandatos, salvo justa causa y siempre que medie una decisión judicial previa que los excluya de la garantía.

Los candidatos para un cargo de representación sindical no podrán ser despedidos, suspendidos ni modificadas sus condiciones de trabajo sin justa causa y previa exclusión de la tutela por decisión judicial, por el plazo de seis meses a partir de su postulación.

El artículo 48 de la Ley N° 23551 sigue el criterio de los artículos 215 y 217 de la LCT en cuanto a la reserva del puesto y la reincorporación de los representantes sindicales.

La licencia gremial implica la suspensión de ciertos efectos del contrato de trabajo cuando de las obligaciones derivadas del cargo que el representante desempeña exigen una dedicación exclusiva a su función.

Se suspenden los deberes de cumplimiento o prestación principales de la relación de trabajo que son por parte del trabajador de prestar servicios y por parte del empleador de pagar la remuneración.

Durante el período que dure la licencia gremial subsisten los llamados deberes de conducta o comportamiento, como es el deber de fidelidad, deber de guardar secretos de la empresa, etc. Por ello, y en tanto el contrato sigue vigente, también se continúa devengando antigüedad durante este tiempo.

La suspensión y la puesta en marcha de la licencia gremial se verifican sin necesidad de autorización de ningún tipo por parte del empleador ni requiere una solicitud previa del trabajador. No puede ser denegada por el empleador. La ley le asigna un carácter “automático” que comienza simultáneamente con la comunicación de la designación. Cumplida la notificación se inicia el goce de la misma.

Al suspenderse solo ciertos efectos de la relación laboral, el representante gremial en uso de su licencia, se mantiene en el régimen laboral y de la seguridad social que continúa vigente, siendo habitual que sea la asociación sindical a la que pertenece la que se hace cargo del deber de pagar la remuneración. La suma de dinero que en este caso recibe el trabajador es una compensación económica por los haberes que deja de percibir de su empleador, y del deber de retener y depositar los aportes y contribuciones de la seguridad social que hubiera correspondido realizar al empleador. No existe una transferencia del contrato de trabajo.

En líneas generales, se podría decir que la asociación sindical se hace cargo de los deberes de tributación que correspondían al empleador para que de este modo el trabajador no se viera afectado en sus derechos por el mero ejercicio de la representación sindical.

El vínculo entre la asociación gremial y el representante sindical que goza de licencia gremial no es de carácter laboral sino institucional. En consecuencia, la suma que el sindicato le abonaba al representante sindical como compensación económica por el desempeño de sus tareas no es remuneración, y

su cuantía depende de lo que al respecto dispongan los estatutos, y si bien en general coincide con lo que hubiera percibido de su empleador, lo cierto es que puede ser mejorada por la entidad gremial.

El período de licencia gremial constituye antigüedad computable para determinar el período de trabajo a todos los efectos, excepto para determinar promedios de remuneraciones. El período que dure la licencia será considerada como tiempo de servicio.

Será así computable como antigüedad a los efectos de determinar el período de vacaciones correspondiente, de enfermedad paga plazo de preaviso, indemnización por despido, pago de adicionales y todo tipo de beneficios que tenga a la antigüedad como variable para su determinación.

La ley establece la reserva del puesto del representante gremial hasta que finalizadas sus funciones deba reintegrarse a sus tareas habituales reanudando el cumplimiento de su contrato de trabajo con todos sus efectos propios.

El reintegro del trabajador cuya licencia gremial ha finalizado debe realizarse según la misma categoría laboral y tareas que ocupaba antes del comienzo de la licencia gremial.

La reincorporación en condiciones contractuales distintas a las originarias debe ser consentida por el trabajador. Frente a la falta de otorgamiento del consentimiento por parte del trabajador, solo podrán ser modificadas excepcionalmente las condiciones de trabajo, siempre que existan razones suficientes las que deberán ser fundamentadas y peticionadas por el empleador en sede judicial mediante el procedimiento de exclusión de tutela (art. 52, Ley N° 23551).

La negativa de reincorporación o la reubicación en puestos de categoría inferior constituyen “actos de discriminación antisindical”.²

En caso de que el empleador no cumpla con los deberes de reserva de puesto y reincorporación o exista una propuesta de reintegro en condiciones peyorativas, el trabajador tendrá dos opciones: a) podrá demandar judicialmente, por la vía sumarísima, la reinstalación en su puesto de trabajo, con el pago de los salarios caídos durante la tramitación judicial, o el restablecimiento de las condiciones de trabajo modificadas; b) optar por colocarse en situación

2. Corte, N. T. (1994), *op. cit.*, p. 465.

de despido indirecto y reclamar, además de las indemnizaciones por despido incausado y sustitutiva de preaviso, una suma equivalente al importe de las remuneraciones que le hubieren correspondido durante el año de estabilidad posterior a la finalización de su mandato (art. 52, Ley N° 23551).

3. La representación sindical en los lugares de trabajo

La representación sindical ejercida en los lugares de trabajo tiene un rol relevante para garantizar el ejercicio de los derechos consagrados en la normativa laboral y, fundamentalmente, aquellos provenientes de la libertad y la democracia sindical en todas sus facetas, constituyendo el más directo de los niveles de representación.

La actuación de los delegados le permite a las asociaciones sindicales tener un acabado conocimiento de la modalidad de la prestación de tareas, receptor quejas, sugerencias, reclamos, brindar asesoramiento e información sobre el desempeño del sindicato en la defensa de los trabajadores. Esa gestión genera una síntesis entre la labor de los órganos superiores del sindicato y la desarrollada en los lugares de trabajo que promueve un eficaz canal de diálogo y transmisión de información favoreciendo la participación, y que, en definitiva, logra el fortalecimiento de las organizaciones sindicales en la defensa de los derechos e intereses de los trabajadores.

En 1979 se sancionó el Decreto-Ley N° 22105, que limitó el número de representantes al 1% de las nóminas de más de 100 trabajadores y prohibió que dicho recaudo pudiera ser modificado a través de convenciones colectivas. Por lo demás, continúa con la posibilidad de que afiliados y no afiliados elijan a sus representantes.

A ello cabe agregar que en el marco de dicha regla estatal, impuesta durante la última dictadura militar, para ser delegado se requería la propuesta de la estructura central del sindicato (generalmente intervenido y dirigido por un funcionario de facto), la aceptación por parte del Ministerio de Trabajo y, además, se efectuaba el traslado de la propuesta al empleador a los fines que se expida sobre su postulación. Es evidente que esta norma no garantizaba la li-

bertad sindical, sino que por el contrario la limitaba severamente, puesto que requería la intervención de un funcionario de un gobierno dictatorial de facto y del propio empleador como condición para la realización de las elecciones de delegados de empresa.³

Esta regulación no solo fue un obstáculo para el efectivo ejercicio de la función de delegado de empresa, sino que formó parte de un período trágico de nuestra historia que se caracterizó por la ejecución de un plan sistemático de encarcelamiento, desaparición y exterminio de personas entre las que fueron víctimas, particularmente, un gran número de trabajadores integrantes de comisiones internas y delegados de empresa.

En esa inteligencia, cabe resaltar el caso “Mercedes Benz”, ya que en esa automotriz se llevó a cabo el secuestro de diecisiete trabajadores que integraban la comisión gremial interna, de los cuales solo tres sobrevivieron. Durante el trámite de dicha causa, se tuvo por probado que en esa empresa, agentes de la dictadura militar –haciéndose pasar por trabajadores– reunieron información sobre la actividad político-sindical que allí se llevaba adelante, facilitando la individualización de los trabajadores que, posteriormente fueron secuestrados, torturados y, en su mayoría, asesinados. Gran parte de los catorce trabajadores desaparecidos fueron vistos por última vez en los centros clandestinos de detención situados en Campo de Mayo, por donde pasaron más de 6.000 detenidos desaparecidos.

A partir de diciembre de 1983, con el retorno de la democracia y el estado de derecho se recuperaron muchas libertades en nuestro país, pero recién en 1988, con la sanción de la Ley N° 23551, se obtuvo un régimen regulatorio expreso y sistémico que les reconoció a los trabajadores el derecho a organizarse en los lugares de trabajo.

Luego, el 9 de abril de 2008, fue publicada la decisión presidencial de ratificación del Convenio 135 de la OIT sobre los representantes de los trabajadores en la empresa (1971), que fuera oportunamente aprobado por la Ley N° 25801 (B.O. del 2/12/2003). Con esta ratificación, se intensificó el marco de protección para los representantes de los trabajadores en la empresa –garantías para los delegados y miembros de comisiones internas de los estableci-

3. Rodríguez, E. O. y Recalde, H. P. (1989), *op. cit.*, p. 191.

mientos donde prestan tareas los trabajadores– y se fortalecieron los derechos mínimos inderogables ya consagrados en la Ley N° 23551 y en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional. El Convenio N° 135 de la OIT tutela la estabilidad en el empleo, protege el eficaz ejercicio de la labor del representante en el marco de la empresa, garantiza que no podrá ser cesanteado por su condición de representante ni por el ejercicio de su función, así como tampoco por motivo de su afiliación al sindicato; ratifica el derecho a la libre sindicalización para todos los trabajadores, establecido por los convenios N° 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo.

3.1. Naturaleza jurídica y formas de representación

La representación sindical de base que opera en el lugar de trabajo, se encuentra ejercida por delegados de personal que, dependiendo del número, pueden conformar comisiones internas y que, como tales, ejercen una función múltiple y compleja en el marco del denominado modelo sindical argentino, adecuada al principio de unicidad sindical tantas veces mencionado en este libro.⁴

En efecto, los delegados del personal en los lugares de trabajo ejercen una doble representación simultánea y superpuesta, con particularidades que no se advierten en otro tipo de mandatos. Ello no implica que la dinámica de la función de delegado de empresa habilite a entender que existen dos instituciones distintas, un órgano de colaboración y otro de confrontación, tal como lo ha sostenido Justo López,⁵ sino que tiene lugar una representación múltiple y dinámica, que está marcada por la solidaridad como medio para la estructuración de la asociación sindical en todos sus estamentos, articulándose en la base de la organización obrera.

El delegado tiene una doble representación en nuestro sistema. Por un lado, la representación ejercida por mandato de los trabajadores –tanto afiliados como no afiliados– ante el empleador, la asociación sindical y la autoridad administrativa del trabajo, y por otro, la que ejerce en representación del

4. Corte, N. T. (1994), *op. cit.*, p. 405.

5. López, J. (1998). Libertad sindical. En A.A.V.V. *Derecho colectivo del trabajo* (p. 145).

sindicato frente a los restantes actores del mundo de las relaciones colectivas. Representa a los trabajadores (frente al empleador, el sindicato y el Estado) y representa al sindicato (frente a los trabajadores, el empleador y el Estado). Existe un mandato múltiple y complejo, con funciones superpuestas, sobre las que se volverá más adelante cuando se analicen las funciones de los delegados sindicales.

La regulación establecida en los artículos 40 a 46, así como la tutela establecida en el artículo 52 de la Ley de Asociaciones Sindicales (LAS), se extiende a las siguientes formas de representación:

- Delegados generales: representan la totalidad del personal de un establecimiento o empresa.

- Delegados de fábrica o de taller: representan al personal de unidades de trabajo de menores dimensiones.

- Delegados de sección, turno, departamento, oficina, agencia, sucursal, etc.: ejercen su representación de trabajadores de niveles o sectores menores de la empresa en la que se asigna el personal.

- Delegados de obra: actúan en el ámbito de la actividad de la construcción y allí ejercen la representación de los trabajadores que llevan adelante su prestación en una obra determinada y sobre su estabilidad, la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, en los autos “Vázquez, Francisco c/ BB y J Pampero S. A.”, ha fijado la doctrina plenaria en el sentido de que “el trabajador del plantel permanente de una empresa constructora que cumplía funciones gremiales como delegado, tiene derecho a la estabilidad por el artículo 41 de la ley 14.455, pese a la conclusión de la obra donde prestaba servicios”.

- Comisiones internas: cuando existen tres o más delegados en un establecimiento, funcionan como cuerpo colegiado que se denomina “comisión interna” o a veces “junta interna”. Su figura está prevista en el penúltimo párrafo del artículo 45 de la Ley N° 23551, que refiere a la posibilidad de una representación sindical compuesta. Tanto su funcionamiento como la forma en la que tomen las decisiones lo establecerá el estatuto de la asociación sindical de la que formen parte o su propio reglamento interno.

- Subdelegado: resulta ser el reemplazante natural del delegado en caso de ausencia, por la causa que fuere, del titular. De acuerdo con la doctrina

mayoritaria, también se encuentra alcanzado por la tutela establecida en el artículo 52 de la LAS. En ese sentido, la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, en los autos “Monteiro, José c/ Gilera S.A.C.I.”, ha fijado la doctrina plenaria, en la cual se reconoció a estos representantes la estabilidad gremial prevista en los artículos 40 y 41 de la Ley N° 14455, aun cuando su nombramiento no hubiere sido previsto por los estatutos de la asociación profesional ni hubieren ejercido representación efectiva. Ese criterio ha sido sostenido, entre otros fallos, por la Sala X de la Cámara del Trabajo en la causa “Franchino, Luis c/ SACAN S.A. s/ despido” (Sentencia Definitiva 7207 del 28/10/99).

3.2. Requisitos para ser delegado

La Ley de Asociaciones Sindicales, en su artículo 41, enumera los recaudos objetivos y subjetivos que todo trabajador debe cumplimentar para poder desempeñarse como representante sindical en la empresa, que son aquellos que se detallan a continuación:

3.2.1. Edad y nacionalidad

La norma legal establece que el trabajador tenga cumplidos los 18 años de edad al momento de comenzar a ejercer el cargo de representante sindical en la empresa, al momento del comienzo del mandato. Ello es así porque el artículo 41 de la LAS comienza estableciendo que los requisitos se establecen con el fin de ejercer las funciones indicadas en el artículo 40, por lo que puede concluirse que esos requisitos deben estar cumplidos al momento de comenzar el ejercicio de la función de delegado.

Por otro lado, cabe destacar que no existe ninguna limitación relativa a la nacionalidad de los representantes sindicales en este estamento de representación, ya que la ley solo lo exige para los integrantes de órganos directivos en una disposición, por cierto, no exenta de polémica (art. 18 de la Ley N° 23551).

3.2.2. Afiliación

A modo de principio general, se establece la necesidad de que el trabajador se encuentre: 1) afiliado y 2) afiliado a la asociación sindical con personería gremial correspondiente a la actividad, pero se habilita la posibilidad de dejar de lado este recaudo en los casos de aquellos empleadores respecto de los cuales no existe un sindicato con personería gremial en su zona de actuación, permitiéndose para dicho supuesto la actuación de una asociación sindical simplemente inscripta (conf. art. 23 de la LAS).

La exigencia de la afiliación resulta razonable en el marco del doble mandato que hemos detallado, toda vez que en una de sus facetas el delegado de empresa ejerza la representación de la asociación sindical, ya sea simplemente inscripta o con personería gremial, y a tal fin debe estar afiliado.

Contrario a esto, en 2008, la Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció, en el ya mencionado fallo “Asociación de Trabajadores del Estado c/ Ministerio de Trabajo”, que un afiliado a una asociación sindical simplemente inscripta puede ser electo para cumplir la función de delegado de empresa, declarando la inconstitucionalidad de este requisito (art. 41, inc. a, de la LAS) y asimilando en este punto a las mencionadas asociaciones con las que poseen personería gremial. Sobre este tema, volveremos más adelante con un análisis crítico del fallo y de sus consecuencias.

3.2.3. Antigüedad en la afiliación y en el empleo

El marco regulatorio (art. 41, LAS) exige que el trabajador cuente con una antigüedad mínima de afiliación de un año, en forma continua o alternada, a lo que se añade que se requiere que el dependiente haya prestado tareas en beneficio de la empresa durante todo el año aniversario anterior a la elección, no pudiendo computarse períodos alternados anteriores. Ahora bien, debe computarse el período que trabajó para otro establecimiento del mismo empleador, así como aquel que lo hizo mediante la intermediación de empresas de servicios eventuales, porque en definitiva ha prestado servicios para ese

empleador que se ha beneficiado con su prestación laboral personal, y ello debe ser tenido en cuenta a los fines de determinar la antigüedad en el empleo.

A modo de excepción se permite dejar de lado la exigencia de la antigüedad en el caso de establecimientos que no tengan un año de funcionamiento y en aquellos casos en que la índole de la actividad lo justifique. Al respecto, la ley, a modo meramente enunciativo, refiere a los supuestos de gran movilidad de mano de obra, como la construcción y aquellos casos relacionados con la modalidad contractual, como es el caso de los trabajadores de temporada, cuyo período de actividad es inferior al año.

Ha dicho la jurisprudencia en el caso de trabajadores de la construcción que

la calidad de obrero de la construcción del trabajador postulante a delegado del personal, lo releva del cumplimiento del requisito de la anualidad en el servicio de la empresa a los fines de la validez de dicha candidatura –art. 41 inc. b) de la ley de asociaciones sindicales 23.551–, en razón de la naturaleza de la actividad, por lo cual debe concluirse que ostentaba estabilidad gremial.⁶

En estos supuestos, la precariedad y la falta de estabilidad contractual no deben traducirse en una menor protección sindical para los trabajadores de dicha actividades, sino por el contrario, debe estarse al principio de que en todas las actividades se garantice la representación sindical en la empresa, libre y democrática.

3.2.4. Otras condiciones

3.2.4.1. Ser elegido en comicios convocados y realizados conforme la normativa legal, convencional y estatutaria

Al respecto, cabe puntualizar que de acuerdo con la ley, los comicios deben ser convocados por la asociación sindical con personería gremial correspondiente al ámbito de la empresa, salvo en aquellos casos en que respecto de

6. Cámara de Apelaciones en lo Laboral (Misiones), Sala I. 07/04/2005. “Morinigo, Juan R. c/ Constructora del Litoral (CO.LI.S.A.)”.

dicho empleador no exista una con personería gremial, supuesto que habilita la actuación de una simplemente inscripta.

Este recaudo, establecido en el inciso a del artículo 41 de la Ley N° 23551, fue declarado inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia en el fallo “Asociación de Trabajadores del Estado c/ Ministerio de Trabajo”, sobre el cual nos hemos exployado repetidas veces.

A entender de la Corte, las asociaciones sindicales simplemente inscriptas tienen el mismo derecho que las que poseen personería gremial de convocar los comicios de los cuales serán electos los representantes sindicales en la empresa.

En sobradas ocasiones a lo largo de la obra hemos puntualizado que esta decisión de la Corte desconoce y resulta contraria al principio de unicidad promocionada que pregona nuestro modelo sindical.

Asimismo, se prevé que para el caso de que las asociaciones sindicales referidas no convoquen a elecciones, la autoridad administrativo del trabajo, ante un planteo de este tipo y previa intimación a dichas asociaciones para que efectivamente convoquen los comicios, deberá dar intervención a la justicia para que esta decida la procedencia de la convocatoria a elección de delegados, logrando la apertura de la vía judicial a través del procedimiento de amparo sindical establecido en el artículo 47 de la Ley N° 23551.

Los candidatos que se postulen en los mencionados comicios cuentan con la misma protección que los candidatos a ocupar cargos en una asociación sindical, efectivizada esta desde la oficialización de su candidatura por parte del sindicato correspondiente. La mencionada protección cesaría en el caso de que la candidatura fuese rechazada o el candidato no obtuviere el 5% de los votos emitidos y válidos según el artículo 29 del Decreto Reglamentario N° 467/88.

A ello se añade que el acto eleccionario debe ser realizado en el establecimiento donde los trabajadores prestan tareas y en horas de trabajo, no pudiendo el empleador impedir la realización de los comicios, en cuyo caso deberá accionarse judicialmente a los fines de que se respete este derecho, constituyendo dicha conducta una práctica desleal, que se encuentra sancionada en el inciso b del artículo 53 de la LAS, ya que de esta forma el empleador estaría interfiriendo en la constitución y el funcionamiento de una parte

integral del sindicato como son los representantes sindicales en los lugares de trabajo. A modo de excepción, podrá realizarse en otro lugar siempre que las razones que se expresaren así lo justifiquen.

Se encuentran habilitados para sufragar todos aquellos trabajadores afiliados o no, que se encuentren consignados en los padrones electorales que se realicen a tal efecto, a partir de la nómina de personal que debe entregar el empleador. En el caso de que el empleador se niegue a entregar dicha nómina, incurrirá en la práctica desleal prevista en el inciso k del artículo 53 de la Ley N° 23551. Los trabajadores del establecimiento tienen derecho a ejercer su sufragio en forma directa, secreta y no obligatoria. El principio de voto facultativo admite excepciones en los casos en que las asociaciones sindicales establezcan expresamente su obligatoriedad, limitada únicamente a los trabajadores afiliados.

A no ser que el estatuto de la asociación sindical disponga lo contrario, el artículo 25 del decreto que reglamenta la LAS establece que las elecciones deberán realizarse con no menos de diez días de antelación al vencimiento del mandato de los delegados o representantes que deben ser reemplazados; y que la asociación sindical que convoque los comicios debe darlos a conocer a los trabajadores del establecimiento o lugar de trabajo con una anticipación no menor a diez días hábiles al acto electoral, y al empleador con por lo menos 48 horas de anticipación.

Otra de las cuestiones que ha generado controversia es la relativa a la posibilidad de que los requisitos establecidos en el artículo 41 de la LAS puedan ser ampliados por normas estatutarias.

A ese respecto cabe puntualizar que, si bien del artículo 25 del decreto reglamentario, se podría llegar a interpretar que se deja abierta esa posibilidad, ello no resulta viable si se efectúa un análisis sistémico del modelo sindical implantado por la Ley N° 23551, a partir de sus principios fundantes.

Por ello la enumeración de recaudos establecidos en la Ley N° 23551 resulta taxativa, y en consecuencia, toda cláusula estatutaria que fije mayores condiciones resulta nula de nulidad absoluta e inoponible al candidato contra quien se la pretenda hacer valer.⁷

7. Rodríguez, E. O. y Recalde, H. P. (1989), *op. cit.*, p. 196.

3.2.4.2. Notificación al empleador

Si bien el presente recaudo se encuentra regulado en el artículo 49 de la LAS y remite expresamente a las condiciones necesarias para hacer efectiva la tutela sindical establecida en el artículo 52 de la referida norma, lo cierto es que ello está íntimamente relacionado con el ejercicio de la función sindical, por lo que resulta conveniente cumplir con la comunicación fehaciente al empleador del resultado del acto eleccionario y los datos filiatorios de aquellos trabajadores que revisten la calidad de delegados del establecimiento, lo que podrá ser llevado adelante por la asociación sindical o por el mismo delegado (art. 50, LAS) de modo fehaciente, que pueda ser acreditado en forma escrita, aunque no sea un requisito para el efectivo ejercicio de la función de delegado de personal.

Llegado el caso, tanto el empleador como cualquier trabajador que considere tener un interés legítimo en el asunto podrá impugnar al delegado electo en el momento de su designación. Dicha impugnación, al no estar su procedimiento regulado en la ley, podrá ser presentada ante la asociación sindical correspondiente, ante la autoridad de aplicación o, inclusive, ante la justicia laboral.

3.2.5. Inhabilidades

El capítulo de la ley que regula la representación sindical en la empresa no hace alusión a inhabilidad alguna para ocupar ninguno de los cargos mencionados.

Adherimos a la opinión de Néstor Corte en relación a que los requisitos que la ley establece en su artículo 18 para integrar los órganos directivos de una asociación sindical no son extensivos a los delegados del personal, las comisiones internas y organismos similares.

Si bien el articulado de la Ley N° 23551 no establece impedimentos o causales de inhabilidad para ocupar dichos puestos, esto no implica que las asociaciones sindicales, en sus estatutos, no podrían hacerlo, como por ejemplo no permitir la candidatura de quien, por haber cometido actos de indisciplina

sindical, haya sido sancionado por los organismos competentes de la asociación sindical que corresponda.⁸

4. Cantidad de representantes

El artículo 45 de la Ley N° 23551 garantiza una representación mínima por establecimiento, que dada su aplicación supletoria, puede ser incrementada a través de disposiciones contenidas en convenios colectivos u otros acuerdos celebrados entre los trabajadores con la asociación sindical o con el empleador. Para el caso de que dicho extremo no se encontrara regulado a nivel convencional, el precepto constituye una garantía mínima de representatividad por establecimiento, de acuerdo a la cantidad de trabajadores, tanto afiliados como no afiliados.

a) de 10 a 50 trabajadores corresponde 1 delegado;

b) de 51 a 100 trabajadores corresponde 2 delegados;

c) A partir de 101 trabajadores corresponde 1 representante más cada 100 personas (art. 45, LAS).

Asimismo, la ley sindical asegura un mínimo de un delegado por turno, cuando hubiera más de uno, y la posibilidad de conformar un cuerpo colegiado, denominado usualmente como comisión interna, cuando los representantes sean tres o más, cuyas decisiones se adoptarán de conformidad con lo establecido en el estatuto de la asociación sindical respectiva.

5. Duración y revocación del mandato

En cuanto al lapso de tiempo por el que son elegidos los delegados sindicales en la empresa, corresponde destacar que el artículo 42 de la LAS se limita a establecer un máximo de dos años. A su vez, el artículo 25 del decreto reglamentario refiere que, en caso de falta de regulación en los estatutos profesionales, el mandato tendrá una duración de dos años. O sea, las organiza-

⁸ Ver Corte, N. T. (1994), *op. cit.*, p. 410.

ciones sindicales de trabajadores podrán fijar un plazo menor al establecido en la norma general y su decreto reglamentario pero no uno mayor, y en caso de no preverse nada en los estatutos el mandato será por dos años. También cabe poner de manifiesto que de la interpretación de la norma no se deriva limitación alguna a la posibilidad de que el delegado de personal en ejercicio de sus funciones pueda ser reelegido para continuar cumpliendo dicha función.

Por otro lado, la normativa habilita la posibilidad de que el mandato conferido a los delegados de personal pueda ser revocado, y dicha medida puede ser dispuesta:

- por los mismos trabajadores que lo eligieron, en una asamblea convocada por el órgano directivo de la entidad sindical por decisión propia o a requerimiento del diez por ciento del total de los representados, incluidos tanto los trabajadores afiliados como los no afiliados;

- por decisión de la asociación sindical, en determinación votada por dos tercios de su máximo organismo deliberativo (asamblea o congreso).

De lo expuesto se deriva que la decisión de poner fin al mandato de un delegado de personal en forma anticipada será resuelta en el marco de un acto asambleario, ya sea por decisión de la asociación sindical o a petición de los representados.

Corresponde remarcar que la ley presenta una laguna normativa, ya que no prevé una solución para los casos en los que se alcanza el requerimiento de remoción del 10% de los representados, pero sin embargo la asociación sindical no convoca a asamblea a los fines de analizar el pedido, constituyendo supuestos que quedan librados a las pautas que se han establecido en los estatutos de la asociación sindical, quedando abierto un virtual frente de conflicto que deberá ser resuelto por la autoridad administrativa y, en último término, por el órgano jurisdiccional competente, mediante el procedimiento de amparo sindical que habilita el artículo 47 de la Ley N° 23551.

En cuanto a las causales de remoción, existen diferencias entre la regulación establecida en la Ley N° 23551 con relación a su antecesora, la Ley N° 20615, por cuanto la norma vigente no prevé causales específicas, estableciendo un régimen más amplio de revocación. Asimismo, a diferencia de la actual norma, en la Ley N° 20615 no se reconocía como legitimados activos para

procurar la revocación del mandato a los propios trabajadores representados, en tanto que dicha legitimación solo era reconocida al órgano directivo y deliberativo de la asociación sindical, desconociendo todo derecho de peticionar a los trabajadores no afiliados.

Cabe señalar que el sistema implementado afianza la democracia sindical, por cuanto el mandato del delegado no puede ser revocado por las autoridades administrativas de la entidad sindical sino por la asamblea o congreso de la misma o por la asamblea de los trabajadores que eligieron al delegado, resaltando un procedimiento caracterizado por la pluralidad y la participación, lo que resulta lógico dada la multiplicidad de representaciones que se viabilizan a través de la función cumplida por los delegados de personal y las comisiones internas.

Por último, es importante resaltar que la revocación del mandato de los representantes de los trabajadores en la empresa no es la única causal de extinción de dicha representación, ya que también puede esta encontrar su fin en la finalización del mandato, en la renuncia, jubilación, desafiliación del delegado, en su expulsión por parte del sindicato, entre otras.

6. Facultades de los delegados

Como bien se expuso al inicio del capítulo, se han visto distintas posturas doctrinarias respecto de la naturaleza jurídica que cabe asignarle al delegado de personal, es decir, si constituye o no una autoridad sindical. Se han distinguido dos modelos de representación en el derecho comparado, uno que entiende al delegado de personal como representante del plantel de trabajadores de la empresa, electo sin injerencia del sindicato y, por otro lado el delegado sindical elegido por el sindicato entre los trabajadores de la empresa, pero sin intervención del personal. En nuestro país, el modelo sindical sintetiza los otros dos modelos analizados, siendo el delegado electo representante tanto del personal afiliado y no afiliado de la empresa como del sindicato al que deben estar afiliados los trabajadores electos.

Las principales funciones de los delegados son:

- verificar la aplicación de las normas legales o convencionales y participar de las inspecciones que disponga la autoridad administrativa;
- reunirse con el empleador periódicamente;
- presentar ante los empleadores o sus representantes los reclamos de los trabajadores en cuyo nombre actúan, previa autorización de la asociación sindical (art. 43).

Más allá de las tres funciones que la ley enumera en forma enunciativa, los delegados de empresa, las comisiones internas o similares deben cumplir con otras funciones que emanan de los estatutos y las costumbres, como ser:

- informar, en forma oral o mediante carteleras, volantes, correos electrónicos o cualquier otro medio, a los trabajadores que representan sobre toda cuestión sindical o de cualquier otra índole que crean de importancia, siempre y cuando la información difundida no sea injuriosa para el empleador o para cualquier trabajador del establecimiento. Es el único caso en el que el empleador podría oponerse a que los representantes lleven a cabo esta función;
- asesorar e informar a la dirigencia del sindicato acerca de las necesidades e inquietudes de los trabajadores que representan;
- convocar asambleas de todo o parte del personal del establecimiento, previo aviso al empleador y llevándola a cabo de forma tal que interfiera lo mínimo posible en la actividad de la empresa;
- negociar y acordar con el empleador beneficios que no estén contemplados ni en las leyes ni en los convenios colectivos de trabajo. Dichos beneficios solo serán de aplicación para los trabajadores que representen.

Cabe destacar que las formas de actuación de los delegados varían dependiendo de las particularidades de la actividad, categoría, oficio o profesión que realicen, y de lo que establezca tanto el convenio colectivo que se le aplique como el estatuto de la asociación sindical a la que pertenezcan.

En cuanto a aquella ejercida frente a la autoridad administrativa del trabajo, el artículo 43, inciso a, establece la facultad del delegado o integrante de la comisión interna de controlar el cumplimiento de las normas convencionales y legales, reglamentadas por el artículo 26 del Decreto N° 467/88.

En ese sentido, cabe puntualizar que el limitado marco de actuación que le otorga la norma reglamentaria al delegado frente a la autoridad de aplicación no solo resulta una irrazonable reglamentación del derecho consagrado en la norma de fondo de conformidad con lo establecido en el artículo 28 de la Constitución Nacional, sino que guarda poco correlato con la dinámica de las relaciones colectivas en general y más aún en el marco del lugar de trabajo. Según los términos del citado decreto, el representante sindical tendría únicamente la potestad de acompañar a los inspectores de la autoridad de aplicación, como veedor, en las oportunidades en que estos concurren a los establecimientos laborales donde ejercen su representación.

Desde un análisis sistémico del marco regulatorio del delegado de personal, lo sostenido en la norma reglamentaria no solo resulta contradictorio con la norma de fondo, sino que lo es también respecto de las restantes disposiciones de la ley. A modo de ejemplo, cabe referenciar que en el artículo 31 de la Ley de Asociaciones Sindicales se garantiza a las asociaciones sindicales con personería gremial la facultad automática de vigilar el cumplimiento de la normativa laboral y de seguridad social, y sin embargo la norma reglamentaria pretendió limitar ese derecho a los delegados de empresa, que son justamente los representantes de dicha asociación en el ámbito de la empresa, donde debe llevarse adelante el control.⁹ Por ello entiendo que la labor del delegado trasciende lo establecido en la norma reglamentaria, por lo que deviene oportuno poner de manifiesto que además se encuentra facultado –en representación y a requerimiento de cualquiera de los trabajadores que representa– a efectuar un monitoreo del cumplimiento de las normas en materia laboral, previsional y de prevención de riesgos del trabajo, en forma permanente y más aún en los casos específicos en que se plantea una controversia, y de esta manera colaborar para lograr un mayor acatamiento de las normas y complementar el control que cabe a los inspectores de la autoridad administrativa del trabajo.

Una vez verificado el incumplimiento por parte del empleador, y gracias a la compleja representación que ejerce, tiene un abanico de acciones para ejercer con el fin de lograr el cese de la infracción constatada. En ese sentido, se encuentra habilitado para requerirle a aquel que cese su incumplimiento,

9. Rodríguez, E. O. y Recalde, H. P. (1989), *op. cit.*, p. 214.

efectuar la correspondiente denuncia ante la Autoridad Administrativa del Trabajo, así como poner en conocimiento de lo ocurrido a los estamentos superiores de la asociación sindical a los fines de que se adopten medidas de mayor envergadura tendientes a la solución de la controversia suscitada.

Por otro lado, el delegado ejerce la representación de los trabajadores ante el empleador, y respecto a dicha cuestión, los incisos b y c del artículo 43 de la LAS se refieren a su labor como portavoz de sus representados frente al empleador, ejerciendo la defensa de sus derechos y llevando adelante los reclamos, constituyendo un canal de diálogo y comunicación tendiente al efectivo respeto de los derechos de los trabajadores, fundamental para el mejoramiento de las relaciones entre estos últimos y los empleadores.

A este respecto, cabe destacar que si bien la normativa no lo establece expresamente, el contenido de las conversaciones que tuvieran lugar en las reuniones periódicas llevadas adelante entre los representantes del empleador y los delegados de personal debería quedar plasmado en actas con el fin de generar un marco caracterizado por la buena fe que debe definir a toda negociación (conf. art. 3, Ley N° 23546).¹⁰

En este aspecto, el recaudo de la autorización previa que establece el inciso c del artículo 43 de la Ley N° 23551 no parece razonable en el marco de la dinámica actual que caracteriza las relaciones laborales en los establecimientos de trabajo, ni puede entenderse como limitativo de la libertad de acción con que cuentan los delegados para cumplir la función para la que fueron elegidos. Por el contrario, dicho recaudo debe pensarse como destinado a un mejor funcionamiento de las asociaciones sindicales mediante la articulación de sus diferentes estamentos, para así lograr el fin amplio que se les reconoce en el artículo 4 de la Ley N° 23551.

A ello se añade que en el artículo 27 del decreto reglamentario, además de referirse indebidamente a la necesidad de autorización previa del sindicato, requiere la existencia de una controversia, lo que nuevamente genera un exceso reglamentario, que además constituye una formulación incorrecta desde la técnica jurídica. Ello es así porque no refiere si se corresponde con un conflicto individual o colectivo, si en su caso se requiere un denuncia previa y expre-

10. Rodríguez, E. O. y Recalde, H. P. (1989), *op. cit.*, p. 215.

sa de un trabajador, generando una caracterización de la labor del delegado de personal que resulta rayana con lo absurdo, máxime si se tiene en cuenta, tal como ya se ha señalado oportunamente, que el delegado de personal no solo representa a la asociación sindical, sino también a los trabajadores afiliados y no afiliados, respecto de los cuales no se explica la necesidad de autorización de la asociación sindical.

Por último, corresponde destacar que la ley establece otros derechos sindicales que no se encuentran consignados expresamente en el texto del artículo 43 de la LAS, pero que sin perjuicio del extenso tratamiento que han tenido en otros capítulos de la presente obra, no pueden dejar de mencionarse.

A ese respecto, los delegados de personal tienen derecho a llamar y realizar asambleas (conf. art. 4, inc. c), a participar de la vida interna de la asociación (art. 4, inc. e), a definir un programa de acción y llevar adelante el decidido por la asociación sindical (conf. art. 5, inc. d), a llevar adelante la huelga y otras medidas de acción directa (conf. art. 5, inc. d).

Cabe efectuar una especial mención respecto a la participación expresa que le asigna la ley a los delegados de personal en la negociación de convenios colectivos de empresa, toda vez que conforme la redacción impuesta por el artículo 18 de la Ley N° 25877 se incorporó en la Ley N° 14250 el Capítulo III, denominado “Ámbitos de la Negociación Colectiva”, y en ese marco, en el artículo 22 se esgrimió que la representación de los trabajadores en la negociación del convenio colectivo de empresa estará a cargo del sindicato cuya personería gremial los comprenda y se integrará también con delegados del personal. Estos integrarán tal representación en un número que no exceda el establecido en el artículo 45 de la Ley N° 23551, y hasta un máximo de cuatro, cualquiera sea el número de trabajadores comprendidos en el convenio colectivo de trabajo de que se trate, resaltando una vez más la importancia y vigencia de la participación de los delegados de personal en cuanto al logro de un eficaz representación de los trabajadores en la empresa.

7. Obligaciones de los empleadores

En el artículo 44 de la Ley de Asociaciones Sindicales se establecen expresamente las obligaciones que deben cumplir los empleadores, necesarias para lograr el efectivo ejercicio de la representación sindical de los trabajadores en sus lugares de trabajo, y con ese fin, y sin perjuicio de lo pudiera acordarse en los convenios colectivos, el empleador está obligado a:

- facilitar un lugar para el desarrollo de las tareas de los delegados del personal;

- concretar las reuniones periódicas con los delegados;

- conceder a cada delegado del personal para el ejercicio de sus funciones un crédito en horas mensualmente retribuidas según el convenio colectivo.

En primer lugar, se establece la necesidad de que los delegados de personal cuenten con un lugar físico donde puedan desarrollar sus tareas, acorde a las particularidades que presenta cada establecimiento respecto a la cantidad de trabajadores, la modalidad de la prestación de tareas, así como las características del establecimiento.

La mención que se efectúa al final del primer inciso, en cuanto a que queda condicionado a que “lo tornen necesario”, deviene inoficiosa, por cuanto la actividad de representación de los trabajadores en el lugar de trabajo trae implícita la necesidad de un ámbito donde puedan cumplir con sus actividades y comunicarse con los restantes trabajadores, a lo que se añade que nuestra ley no prevé la obligación de otorgar un espacio para colocar una cartelera gremial con el fin de que los trabajadores tomen conocimiento de las novedades que se van sucediendo en el ámbito del establecimiento.

En ese sentido, cabe destacar que los delegados de personal, a diferencia de los funcionarios sindicales, en principio no cuentan con licencia gremial, por lo que no se encuentran exentos de cumplimentar sus deberes de prestación como trabajadores. Es por esto que resulta necesario que cuenten con un crédito de horas tendientes a garantizar el efectivo ejercicio de su labor sindical durante el horario de trabajo, en oportunidad en que se encuentran los restantes trabajadores, sin que ello constituya un menoscabo económico para los delegados o miembros de las comisiones internas.

No obstante, el sindicato, los delegados de personal o los integrantes de las comisiones gremiales internas podrían, excepcionalmente, acordar con el empleador el goce de licencia gremial de algunos o de la totalidad de los representantes. Podría acordarse que el pago de sus sueldos lo realice el empleador o, en caso de negativa, la asociación sindical que solicita la mencionada licencia, la cual se computa como tiempo de servicio por más que no se preste efectivamente.

Retomando la regla general, el sistema de créditos de horas, consistente en asignar a cada delegado una cantidad determinada de horas para que puedan ejercer su labor sindical sin tener que prestar tareas y sin descuento en sus haberes, es una incorporación que se efectuó con la promulgación de la Ley N° 23551 y que reemplazó al anterior sistema que se caracterizó por pedidos de permiso y licencias, con previo requerimiento al empleador y posterior justificación con acreditación.

Ahora bien, la reglamentación establecida en el artículo 28 del Decreto N° 467/88, en cuanto faculta al empleador para variar la cantidad de horas –en más o menos, mientras el delegado permanezca en funciones– siempre que respete el mínimo fijado convencionalmente, ha generado importantes controversias y críticas de la doctrina. Ello por cuanto la reducción de la cantidad de horas implicaría disminuir un derecho ya adquirido por un uso y costumbre en la empresa y que por el principio de irrenunciabilidad no puede ser disminuido (conf. art. 1 y 12, LCT), y en caso de que se pretenda aumentarlas con la finalidad de alejar al delegado del establecimiento, cabe poner de manifiesto que el uso de las mismas es facultativo de los delegados, conforme las necesidades que el ejercicio de la actividad sindical en la empresa requiera, no estando obligado a tomarse la totalidad del crédito horario otorgado.

8. Algunas reflexiones respecto del fallo de la CSJN en el caso “ATE”¹¹

La Corte Suprema dictó un fallo que, más allá de la destacable intención que algunos ministros intentan hacer de los derechos sociales, merece severas críticas por cuanto contiene una clara definición liberal e individualista de la libertad sindical y porque ese esquema, en lo teórico, apunta a la ruptura de la organización sindical en los lugares de trabajo, con los graves perjuicios que ello puede ocasionar a los trabajadores. Decimos en lo teórico porque hasta ahora los intentos de fragmentar la organización sindical no han tenido resultado, ni en 1956,¹² ni en 1977,¹³ momentos en los que la conciencia gremial no se encontraba tan golpeada por la cultura del individualismo que hoy padece la Argentina.

Otro aspecto para destacar es el caso que resuelve. Se trata de una elección de delegados cuya resolución ya era abstracta, no solo porque ya había transcurrido un plazo mayor de dos años, sino porque es posterior a la Resolución N° 255/03 del Ministerio de Trabajo y porque, concretamente, durante el largo trajinar del expediente “ATE” ya había podido convocar a elección de delegados en ese ámbito. O sea, la Corte resolvió que ATE estaba facultada para hacer lo que ya venía haciendo.

Finalmente, si bien la Corte no puede legislar y se refiere a un caso concreto, no puede soslayarse que la doctrina que ha sentado podría llegar a generar la anarquización de la representación gremial dentro de las empresas, tal

11. Artículo publicado por Héctor P. Recalde y Mariano Recalde en la revista de la Asociación de Abogados Laboralistas, 2007 (se puede ver completo en http://www.aal.org.ar/index.php?option=com_content&view=article&id=289).

12. Con el Decreto N° 9270/56 que instauró un sistema de “pluralidad sindical”.

13. A través del Decreto N° 385/77, la dictadura militar para proteger la “libertad sindical” individual y para depurar padrones inflados, dispuso la cancelación de todas las afiliaciones dejando en libertad a los trabajadores para elegir si querían estar afiliados o no a su sindicato. El resultado, sorpresivo para la dictadura, fue que hubo más afiliaciones que las originales.

como ya lo advierten numerosos especialistas, en tanto deja una cantidad de cuestiones desarticuladas que no fueron tenidas en cuenta en el fallo.

8.1. El contenido del fallo

Más allá de la poco feliz cita de considerandos y criterios sentados durante gobiernos de facto que atentaron gravemente contra la libertad sindical¹⁴ y más allá de que la sentencia de la corte solo es aplicable al caso concreto, no siendo obligatoria ni siquiera para los jueces, merece resaltarse que puede tener influencia en futuros fallos y que puede llegar a incidir en la realidad cotidiana en los lugares de trabajo.

Es que, si bien se refiere a un caso concreto, las pautas dadas en los considerandos podrían dar lugar a planteos de todo tipo. Incluso reclamamos que vayan más allá de la elección de delegados, pero **en modo alguno puede incidir en el reconocimiento de personería gremial a sindicatos o centrales que no son los más representativos**. Lo que sí podría generar es que estos sindicatos llegaran a plantear –sobre la base de los argumentos dados en el fallo–, el derecho a la tutela sindical de sus representantes, por ejemplo, derecho que no solo reivindicamos sino que sostenemos que debe hacerse extensible a todos los activistas sindicales, más allá de si cuentan o no con un cargo formal de representación.

Concretamente la sentencia expresa:

el art. 41, inc. a de la ley 23.551 viola el derecho a la libertad de asociación sindical amparado tanto por el art. 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 art. 40, deban estar afiliados “a la respectiva asociación sindical con personería gremial y ser elegidos en comicios convocados por ésta”.

14 En particular, llama la atención la cita del fallo OUTON, dictado durante la dictadura de Onganía y parte de un plan de ataque a la libertad sindical y de debilitamiento de los sindicatos.

La limitación mortifica dicha libertad, de manera tan patente como injustificada, en sus dos vertientes. En primer lugar, la libertad 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 inscrita. En segundo término, la libertad de estas últimas, al impedirles el despliegue de su actividad en uno de los aspectos y finalidades más elementales para el que fueron creadas. En tal sentido, para ambos órdenes, corresponde reiterar que el monopolio cuestionado en la presente causa atañe nada menos que a la elección de los delegados del personal, esto es, de los representantes que guardan con los intereses de sus representados, los trabajadores, el vínculo más estrecho y directo, puesto que ejercerán su representación en los lugares de labor, o en la sede de la empresa o del establecimiento al que estén afectados. La restricción excede, y con holgura, el acotado marco que podría justificar la dispensa de una facultad exclusiva a los gremios más representativos, del que ya se ha hecho referencia.

8.2. Efectos del fallo sobre el sistema de personería gremial

Debe ponerse de resalto que el fallo ratifica la validez del sistema de personería gremial y puntualmente ratifica la posibilidad de que los sindicatos, federaciones y confederaciones con personería gremial sean los únicos autorizados a negociar colectivamente, a ser consultados por las autoridades y a designar a los delegados ante los organismos internacionales.

De este modo, por ejemplo, las leyes que otorgan representación exclusiva a la asociación con personería gremial para participar de las instituciones del Estado –como la Ley N° 24013 que establece que solo la central sindical con personería gremial puede participar del Consejo del Salario Mínimo Vital y Móvil (art. 136)– son incuestionables, incluso desde esta perspectiva restrictiva que efectúa la Corte.

8.3. Efectos del fallo sobre la representación en los lugares de trabajo

La Corte Suprema, al declarar inconstitucional el inciso a del artículo 41 demostró desconocer cómo es el funcionamiento de la representación sindical en los lugares de trabajo y los derechos que asisten a los delegados.

Existen alrededor de 1300 asociaciones con simple inscripción que podrían pretender ahora elegir delegados en todas las empresas en donde tengan actuación, pero se plantean situaciones que no están resueltas.

En primer lugar, luego del fallo, nadie sabe:

A) ¿quién puede convocar a elecciones de delegados? (¿el fallo agrega a los sindicatos simplemente inscriptos o también podrían trabajadores no sindicalizados?);

B) ¿en qué circunstancias o con qué requisitos se puede convocar (¿cuando no existan delegados?, ¿paralelamente a las representaciones ya elegidas?; en este caso, ¿debe contarse con una cantidad de afiliados mínima?);

C) ¿qué cantidad de delegados se eligen? (¿una cantidad de delegados basada en la totalidad del personal?, ¿en la cantidad de afiliados?, ¿repartida proporcionalmente con las entidades que convoquen?).

En segundo término, debe recordarse que los delegados del personal son elegidos por todos los trabajadores del establecimiento.¹⁵ Del fallo no queda claro:

D) ¿quiénes pueden participar de la elección de este “delegado paralelo”? (¿votan todos los trabajadores?, ¿votan solo los afiliados a la entidad convocante?).

Además, la Ley N° 23551 tiene previsto el mecanismo democrático de la revocación del mandato, aunque luego del fallo tampoco se soluciona esta duda:

15. A pesar de que la ley establece que deben votar todos los trabajadores del establecimiento, el estatuto de ATE solo permite votar en la elección de delegados a los afiliados al sindicato.

E) ¿quiénes pueden revocarle el mandato al delegado paralelo? (¿todos los trabajadores del establecimiento?, ¿los que estén afiliados a ese sindicato?, ¿los que votaron? ¿Puede la asamblea del sindicato?).

Tampoco se sabe, a la luz del fallo:

F) ¿cuáles van a ser los derechos de esta representación paralela? (¿los derechos que mencionan el artículo 40 –doble representación–, el artículo 43 –participar de las inspecciones– y el artículo 44 –derecho a un lugar físico, a concretar reuniones periódicas con el empleador y a un crédito de horas mensuales retribuidas–?).

G) ¿qué ocurre con la tutela sindical específica respecto de estos trabajadores elegidos a partir del fallo (art. 52)?

Estas dudas existen y se presentarán en algunos casos. Sin perjuicio de ello, es esperable que la realidad no experimente modificaciones sustanciales. La falta de sindicalización (si la libertad sindical es el interés jurídico protegido por el fallo) no se soluciona mágicamente, puesto que tiene su origen en dificultades mucho más profundas.

Esta puerta que abre el fallo permitirá entrar a representaciones amarillas, pero no hará que en aquellas empresas donde los trabajadores no han logrado tener representación sindical ahora la vayan a tener.

8.4. Más datos, más información, otras conclusiones

Nos parece útil complementar la información que fragmentariamente circula en los medios de comunicación respecto de la cantidad de delegados que existen e integrarla con otros datos que ayuden a una mejor comprensión para luego realizar el análisis correspondiente.

En primer lugar, debe señalarse que según el Censo Nacional Económico 2004/2005 de un total de 1.426.485 establecimientos, 1.186.916 contaban con solo 5 empleados o menos.

De ello cabe inferir, teniendo en cuenta que la ley solo autoriza a elegir delegados en aquellos establecimientos que cuenten con 10 o más trabajadores, que en más del 95% de los establecimientos los trabajadores no pueden contar con representación en el lugar de trabajo.

O sea, que **el fallo se ocupa de la realidad de menos del 5% de los establecimientos**. El resto de los trabajadores, que trabaja en pequeñas empresas, solo ha encontrado defensa de sus intereses a través del sindicato de la actividad, y fundamentalmente a través de los convenios colectivos. Es que, vale reiterar, en más del 95% de los establecimientos los trabajadores solo encuentran representación en el sindicato directamente, puesto que no tienen posibilidad de elegir un delegado que cumpla el rol sustantivo que todos reconocemos a esta representación. De estos trabajadores aislados por tener pocos compañeros de trabajo, solo puede ocuparse el sindicato.

A partir de esta premisa, analizar la realidad de menos del 5% de los establecimientos puede ser importante, pero tiene una relatividad que merece ser destacada.

De ese porcentaje ínfimo de establecimientos que cuentan con una cantidad de trabajadores suficiente como para elegir delegados, según un informe del Ministerio de Trabajo solo el 12,4% cuenta con delegados. Pero si esos datos se desagregan un poco, puede advertirse que en los establecimientos donde hay más de 50 trabajadores, el porcentaje sube al 31%. Y si se toman los establecimientos con más de 200 trabajadores, entonces el 61,1% cuenta con representación sindical.

Es deseable que esas cifras aumenten. Se aduce que la baja cantidad de delegados obedece a que los sindicatos con personería gremial no quieren convocar a elecciones y a que los simplemente inscriptos no tienen facultad para hacerlo. A partir de esa errónea premisa algunos teóricos avizoran que el fallo facilitaría la “sindicalización” y la “elección de delegados”.

Las dificultades que hoy tienen los sindicatos para elegir representantes en los lugares de trabajo, cualquiera sea la central sindical a la que estén adheridos, también la van a tener (y en mayor medida) las asociaciones simplemente inscriptas.¹⁶ Esas dificultades no están en el artículo 41. Con esta misma norma se alcanzaron niveles de sindicalización y representación en los lugares de trabajo únicos en el mundo. La falta de delegados, evidentemente, obedece a otros motivos.

16. Hablando de la generalidad y dejando de lado la patología antidemocrática (que también existe en sindicatos adheridos a la CTA).

Es por ello que, lamentablemente, a los que anuncian que a partir del fallo va a crecer el porcentaje de establecimientos con representantes, debemos advertir que es muy probable que se lleven una desilusión.

El fallo apunta más a generar dos o más representaciones en los lugares donde ya existe representación que a generar delegados en los establecimientos donde no existe.

El fortalecimiento de la representación en los lugares de trabajo no se logra aumentando la cantidad de representantes sino que se consigue, en primer lugar, con más libertad frente a los embates del empleador, pero fundamentalmente combatiendo la cultura del individualismo y fortaleciendo los lazos de solidaridad.¹⁷

8.5. La filosofía del fallo

Más allá de las críticas jurídicas que se acaban de mencionar someramente, en tanto el artículo 41 no merece reproche constitucional desde el punto de vista del Convenio N° 87 de la OIT, deben efectuarse otras consideraciones.

Es que la búsqueda por fragmentar a las organizaciones sindicales no es una novedad. Siempre se buscó debilitar a los sindicatos para frenar las demandas salariales y para someter a los trabajadores.

El primer gobierno que buscó imponer este concepto liberal de la libertad sindical (el que promueve la libertad de no unirse, también llamado “pluralidad sindical”) fue la dictadura de la revolución fusiladora que, luego de bombardear Plaza de Mayo, dictó el Decreto N° 9270/56 que pretendió aplicar esta forma de libertad sindical y que también impuso como complemento de este plan “democratizador” la intervención de los sindicatos, el encarcelamiento

17. Un buen ejemplo de solidaridad, que merece ser destacado en un contexto de recuperación de la conciencia gremial, es el caso de General Motors. Luego de la amenaza de producir más de 400 despidos y frente a una segunda propuesta empresarial consistente en sacrificar a unos pocos trabajadores (poco más de 100, precisamente los enfermos o con tareas livianas derivadas de accidentes o enfermedades profesionales) a cambio de mantener las condiciones al resto (más de 2.000), los trabajadores decidieron orgánicamente no aceptar ningún despido y ofrecieron repartir entre los más de 2.000 un sacrificio menor y común.

de los dirigentes sindicales y la derogación por decreto de la Constitución social de 1949.¹⁸

Es evidente que la definición del concepto “libertad” no es similar para el neoliberalismo económico que para otras corrientes de pensamiento ligadas a los intereses nacionales y populares.

Lo que llama la atención es que esta Corte, de contenido mayoritariamente progresista, haya caído en esta falsa concepción de libertad, y que además lo haga de manera tan improvisada, permitiendo interpretaciones que, además de impracticables, pueden generar numerosos inconvenientes en el ámbito de las relaciones laborales.

El derecho del trabajo se construyó sobre la base de un dato social: la desigualdad que existe entre trabajadores y empresario.

El derecho del trabajo promueve la protección de la parte más débil y para ello lo que hace es limitar la libertad de las partes. Esta es una rama del derecho muy particular que los jueces de la Corte, especialistas en otras disciplinas, evidentemente no han comprendido, y es entendible porque, como dice Ermida Uriarte, estamos frente a “la parte más atípica, de la rama más atípica del derecho”.¹⁹

De todas maneras los jueces no deberían haber ignorado que en las relaciones entre desiguales, la libertad hace que el más fuerte someta al más débil.

En el inicio del capitalismo las ideas liberales promovían ese concepto de libertad ilimitada. Fue allí donde tuvo su origen este proceso inhumano de acumulación de capital que hoy padece la sociedad y fue precisamente el derecho del trabajo uno de los instrumentos fundamentales a través de los cuales se estableció un límite a esta libertad que generaba desigualdad e injusticia social.

18. Conforme tiene dicho el Comité de Libertad Sindical de la OIT y la Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT, para la existencia de la libertad sindical, como condición previa, en el país deben regir en pleno los derechos civiles y demás libertades de las cuales la libertad sindical es solo una de ellas.

19. Ermida Uriarte, O. (1983). *Apuntes sobre la huelga*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, p. 12 (primera edición) y Ermida Uriarte, O. (1996). *Apuntes sobre la huelga*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, p. 14.

Es que la libertad planteada en términos abstractos en el sistema capitalista es sinónimo de desigualdad social y de injusticia. La libertad sindical debe entenderse, entonces, no como un fin en sí mismo, sino como una herramienta para que los sindicatos puedan cumplir con los fines sindicales.

Este fallo está siendo utilizado para promover, una vez más, la cultura del individualismo antisolidario y, lo que es más grave, en nombre de un concepto tan caro a los trabajadores como es la libertad sindical.

La sentencia va en sentido contrario a las políticas que apuntan a recuperar los lazos solidarios y combatir los resabios del neoliberalismo. Esta decisión va de la mano de las voces que se alzan a favor de la libertad de elección en materia previsional, promoviendo la capitalización individual antisolidaria, y no es casual que haya recibido el respaldo de Domingo Cavallo y de Armando Caro Figueroa.

Hay que defender la libertad sindical como herramienta para que los trabajadores puedan organizarse sin interferencias y puedan defender sus derechos. La atomización y la desorganización sindical son funcionales a los intereses empresariales y aquellos que la fomentan están siendo funcionales a esos intereses, consciente o inconscientemente.

Capítulo 16

La tutela sindical

1. Raigambre constitucional

La protección de la actividad sindical, fundamentalmente a través de la protección de la estabilidad en los puestos de trabajo, fue incorporada en la Constitución Nacional por primera vez con la reforma sancionada en 1949, junto con la incorporación a la Carta Magna de un vasto conjunto de derechos sociales.

La Constitución de 1949 fue derogada durante la dictadura autodenominada Revolución Libertadora, que en 1957 convocó a una convención constituyente con el peronismo proscripto y reestableció la vigencia del texto de 1853 con el agregado de un artículo entre el 14 y el 15 que mantuvo gran parte de los derechos sociales adquiridos por los trabajadores a partir de 1945, entre ellos la garantía de la organización sindical libre y democrática, pero puntualmente la disposición que establece que “los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión y las relacionadas con la estabilidad en su empleo”. De modo tal que se trata de una protección reconocida incluso durante la dictadura que derrocó al peronismo.

El texto del artículo 14 bis no deja lugar a dudas cuando enfatiza que los representantes gremiales tendrán “estabilidad” en el empleo, terminología que no es usada para los trabajadores en general y solo para los empleados públicos. En función de ello, es unánime la doctrina al interpretar que no se quiso asegurar para estos representantes sindicales un régimen de simple pro-

tección contra el despido arbitrario, sino una verdadera y efectiva estabilidad propia, esto es la prohibición del despido sin causa o sin justa causa, sancionado con la reinstalación en el puesto de trabajo.

2. La tutela de la actividad sindical: los artículos 48 y 52 de la Ley N° 23551

La protección de la libertad sindical, como bien jurídico a tutelar, debe tener un capítulo específico dedicado a la protección de los representantes sindicales. Ello es así no solo porque son los representantes sindicales quienes primordialmente llevan adelante la actividad sindical sino porque han sido particularmente los representantes, en sus distintas funciones, quienes han padecido mayores represalias de parte de los empleadores.

La garantía de “estabilidad sindical” es un medio instrumental creado con el fin de hacer efectivo el pleno ejercicio de la “libertad sindical”. Esta última hace tiempo ha dejado de ser entendida solo como el derecho a constituir entidades gremiales, afiliarse o desafiliarse a las mismas, y su campo de aplicación hoy en día es mucho más extenso y comprende, como ha señalado el Comité de Libertad Sindical de la OIT, también el derecho de las asociaciones profesionales mismas a entregarse a actividades lícitas en defensa de sus intereses profesionales,¹ entre las que se destacan el derecho de huelga como uno de los medios esenciales de que disponen para promover y defender esos intereses profesionales.²

La actividad del representante sindical, en tanto parte de una organización sindical, tiene como objeto, entonces, la defensa de los derechos e intereses de los trabajadores. Intereses que, merece destacarse, habitualmente resultan contradictorios con los de quienes los emplean bajo su dependencia.

1. OIT (2006). *La libertad sindical: recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, p. 106.

2. OIT (2006), *op. cit.*, p. 116.

Desde otro punto de vista, podemos decir también que la actividad sindical está dirigida a frenar o, al menos limitar, la tendencia del capital a su acumulación a costa de la resignación de beneficios por parte de los trabajadores.

Existe, pues, una lógica confrontación entre el representante sindical y el empresario-empleador que busca defender sus intereses (acrecentar su capital) y que hará lo posible por deshacerse de todo aquello que considere un obstáculo para el logro de sus fines. Por ello, el delegado sindical suele ser un sujeto no deseado por el empleador en el seno de su empresa. Como sostiene Rodolfo Napoli,

la actividad representativa no siempre se desarrolla en el plano de la avenencia, de la conciliación o en el de la negociación, sino que por el contrario muy a menudo los representantes sindicales están colocados en la línea de fuego del enemigo (conf. Napoli, “El denominado fuero sindical”, *Revista del Colegio de Abogados*, La Plata, 1959, N° 3, p. 95).

Sería muy sencillo para el empleador, máxime en épocas de alto desempleo y de indemnizaciones reducidas, despedir –y de esa forma alejar de la empresa– a aquellos trabajadores que reclamen una mejora en las condiciones de trabajo. Precisamente por ello, y a fin de evitar que ese tipo de confrontaciones se termine resolviendo a favor de la acumulación del capital en desmedro de la humanización de la relación laboral, es que se ha creado esta tutela.³

Esta especial atención a los sujetos que son los principales ejecutores de la actividad sindical se encuentra expresamente consagrada en la Constitución Nacional y en los convenios de la OIT referidos a la libertad sindical (convenios 87, 98 y 135).

En efecto, el artículo 14 bis, además de garantizar a los trabajadores una organización sindical libre y democrática, expresamente añade que “los representantes sindicales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad en su empleo”.

Esta disposición comprende dos aspectos: garantías para el cumplimiento de la gestión sindical y garantías para la estabilidad en su empleo.

3. Rodríguez, E. O. y Recalde, H. P. (1989), *op. cit.*, p. 236.

En lo que respecta al desarrollo de la actividad sindical, de su gestión, el representante sindical cuando deja de prestar servicios para cumplir con su función tiene derecho a gozar de licencia automática sin goce de haberes, a la reserva del puesto y a ser reincorporado al finalizar el ejercicio de sus funciones. Y para aquellos que continúan prestando servicios, gozan para el ejercicio de sus funciones de un crédito de horas mensuales retribuidas de conformidad con lo que se disponga en la respectiva convención colectiva, entre las prerrogativas principales que establece la ley.

En este capítulo nos abocaremos al tratamiento de las garantías referidas a la estabilidad en el empleo, entendida, tal como la ley lo establece, no solo en cuanto a la permanencia en el empleo, sino también que esa permanencia sea sin alteraciones arbitrarias, como podría ser un cambio en las condiciones de trabajo o la aplicación de suspensiones. De esta forma, la ley limita la discrecionalidad en el ejercicio de las facultades de dirección, organización y disciplinarias del empleador que, para el caso de los representantes, su ejercicio queda condicionado no solo a la existencia de una justa causa sino a su demostración previa en un proceso judicial denominado de “exclusión de tutela”.

Específicamente analizaremos el régimen de tutela sindical que se encuentra centrado en las disposiciones de los artículos 48 y 52:

Los trabajadores que, por ocupar cargos electivos o representativos en asociaciones sindicales con personería gremial, en organismos que requieran representación gremial, o en cargos políticos en los poderes públicos, dejaran de prestar servicios, tendrán derecho de gozar de licencia automática sin goce de haberes, a la reserva del puesto y ser reincorporado 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.

El tiempo de desempeño de dichas funciones, será considerado período de trabajo a todos los efectos, excepto para determinar promedio de remuneraciones. Los representantes sindicales en la empresa elegidos de conformidad con lo establecido en el artículo 41 de la presente ley continuarán prestando servicios y no podrán ser suspendidos, modificadas sus condiciones de trabajo, ni despedidos durante el tiempo que dure el ejercicio de su mandato y hasta un año más, salvo que mediare justa causa (Art. 48).

A su vez, el artículo 52 establece:

Los trabajadores amparados por las garantías previstas en los artículos 40, 48 y 50 de la presente ley, no podrán ser suspendidos, despedidos 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 en 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 de su puesto, con más los salarios caídos durante la tramitación judicial, o el restablecimiento de las condiciones de trabajo.

Si se decidiera 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.

La promoción de las acciones por reinstalación o por restablecimiento de las condiciones de trabajo a las que refieren los párrafos anteriores interrumpe la prescripción de las acciones por cobro de indemnización y salarios caídos allí previstas. El curso de la prescripción comenzará una vez que recayere pronunciamiento firme en cualquiera de los supuestos.

Profundizaremos a continuación sobre quiénes son los sujetos protegidos, cuáles son las acciones del empleador que encuentran un límite como forma de protección de aquellos trabajadores y qué derechos y garantías los amparan.

3. Los sujetos

Los destinatarios de esta protección específica e intensa, que garantiza un régimen de estabilidad absoluta, están enumerados en los artículos 40, 48 y 50 y comprende a una amplia gama de trabajadores:

los delegados del personal, miembros comisiones internas y organismos similares (art. 40)

los trabajadores que ocupen cargos electivos en asociaciones sindicales con personería gremial (art. 48)

los trabajadores que ocupen cargos representativos en asociaciones sindicales con personería gremial (art. 48)

los trabajadores que ocupen cargos en organismos que requieran representación sindical (art. 48)

los trabajadores que ocupen cargos políticos en los poderes públicos (art. 48)

los candidatos no electos a un cargo de representación sindical (art. 50)

4. La situación de los candidatos

Además de las personas enumeradas en el artículo 48, la ley también extiende la protección a los candidatos no electos. Esta protección se justifica, en primer lugar, para evitar que los empleadores despidan a los futuros delegados en el período preelectoral y, en segundo término, para dotar de garantías a los representantes de listas opositoras de manera tal de evitar despidos que muchas veces se producen en connivencia con el sindicato para impedir la competencia electoral, en grave violación a la democracia sindical.

A fin de precisar el concepto de postulación, el decreto reglamentario (art. 29, Dec. N° 467/88) dispone que

el trabajador se tendrá por postulado como candidato a partir del momento en que el órgano de la asociación sindical, con competencia para ello, tenga por recibida la lista que lo incluye como candidato, con las formalidades necesarias para pasar a expedirse acerca de su oficialización. La asociación sindical deberá comunicar tal circunstancia a cada empleador cuyos dependientes estén

postulados indicando los datos personales, el cargo al cual aspiran y la fecha de recepción. Igual efecto a la no oficialización, producirá la circunstancia de que el candidato incluido en una lista oficializada obtenga un número de votos inferior al cinco por ciento (5%) de los votos válidos emitidos.

5. Actos que afectan la estabilidad

Tal como surge del texto del artículo 52, los actos del empleador que requieren la autorización judicial previa para su validez en tanto se presumen que poseen una motivación antisindical son los siguientes:

- los despidos,
- las suspensiones,
- las modificaciones de las condiciones de trabajo.

En el caso de los despidos, la norma no efectúa distinción alguna por lo que se encuentran incluidos todos los tipos de despido, con causa, sin causa, con causas subjetivas, con causas objetivas, etc.

Las suspensiones también se encuentran limitadas en todas sus formas, sean disciplinarias o por razones económicas (fuerza mayor y falta o disminución de trabajo). En el caso de las medidas disciplinarias se discute si se requiere la previa exclusión de tutela para adoptar otras medidas que no son suspensiones, como el apercibimiento o el llamado de atención.

La modificación de las condiciones de trabajo también requiere para su validez la previa autorización judicial, se trate de cambios en el horario de trabajo, en el turno, en las tareas asignadas o cualquier otra, en tanto no se acredite previamente la funcionalidad y razonabilidad de la medida.

6. Nulidad de los actos del empleador

Los actos de los empleadores que dispusieran el despido, la suspensión o la modificación de las condiciones de trabajo de un trabajador amparado por la tutela sindical en violación a la disposición del artículo 52 que, vale reiterar, expresamente dispone que los trabajadores amparados por esta garantía no podrán ser despedidos, suspendidos, ni con relación a ellos podrán modi-

ficarse las condiciones de trabajo “si no mediare resolución judicial previa que los excluya de la garantía”, son actos nulos (arts. 18 y 1044, Código Civil) y además, actos ilícitos (arts. 1056 y 1066, Código Civil). En estos casos el Código Civil prevé la “reposición de las cosas a su estado anterior” (art. 1083) y lo mismo hace la ley sindical al disponer que el trabajador afectado tiene derecho 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.

7. Requisitos para gozar de la tutela

La protección prevista para los representantes sindicales está condicionada, por la reglamentación, al cumplimiento de ciertos requisitos, expresamente señalados en el artículo 49 de la Ley N° 23551, aunque no todos surgen directamente de esa norma.

En efecto, en primer lugar el artículo citado exige que la designación del representante “haya sido efectuada cumpliendo con los recaudos legales”, esto significa que para gozar de la tutela la designación debe ser regular, o sea, la ley no ampara representaciones irregularmente constituidas. Estos requisitos variarán según de qué tipo de representación se trate. Las exigencias difieren según se trate de un miembro de comisión directiva, de un delegado de base, de un congresal, etc. En el primer caso, por ejemplo, para que surta efecto la garantía del artículo 52, la elección debió haberse efectuado por el voto directo y secreto de los afiliados, por un mandato que no exceda los cuatro años, los trabajadores deben reunir los requisitos de edad, antigüedad en la afiliación y en la actividad, etc.

La otra exigencia es que la designación haya sido comunicada al empleador. Esta comunicación, aclara expresamente la norma, “se probará mediante telegrama o carta documento u otra forma escrita”. El Decreto Reglamentario N° 467/88 no exige ninguna especificación concreta sobre el contenido de la notificación como sí lo prescribían normas anteriores.

8. Extinción de la garantía

El alcance de la protección legal de los representantes sindicales comprendidos bajo el ámbito personal de la tutela sindical no es absoluto. La garantía sindical ha sido limitada para que resulte compatible con el ejercicio de las facultades o poderes de la parte empleadora. Estos supuestos particulares de compatibilización de derechos dan lugar a que en ciertos casos la protección legal resulte inoponible, y por lo tanto tenga que ceder ante el derecho que la ley reconoce al empresario. Son casos donde la inoponibilidad de la tutela sindical funda su existencia en justa causa y donde, excepcionalmente, se legitima la modificación de las condiciones de trabajo, suspensión o despido del dependiente investido por un mandato de representación sindical.

El artículo 51 de la Ley N° 23551 establece que la estabilidad en el empleo no podrá ser invocada en los casos de cesación general de actividades del establecimiento o de suspensión general de las tareas en el mismo. En estos casos, el despido o la suspensión del representante sindical podrán ser realizados sin necesidad de iniciar una acción de exclusión de tutela. Se trata, en definitiva, de hacer cesar la garantía legal que protege a los representantes sindicales, frente a diversos supuestos en donde se configura el hecho de que el trabajador por diversos motivos no puede dar cumplimiento con su representación. Conservar la tutela sindical constituiría una ficción vacía de contenido en cuanto la función del representante sindical se funda en un mandato de representación que no resultaría posible llevar a cabo al no contar con trabajadores que representar en dicho establecimiento.

9. Proceso de exclusión de tutela

Nuestro sistema de protección de los representantes gremiales establece que los empleadores que pretendan despedir, suspender o modificar las condiciones de trabajo de algún empleado que se encuentre amparado por las garantías previstas en los artículos 40, 48 y 50 de esa ley deben procurar, para

poder adoptar válidamente alguna de esas medidas, una resolución judicial previa que excluya al empleado de aquella tutela.

En consecuencia, a modo preliminar, se puede concluir que en todos aquellos casos en que no se recurre previamente a esa acción, la decisión que se adopte respecto de la situación laboral del representante sindical resulta ilegítima de por sí y el trabajador tiene derecho a ser reinstalado en su puesto de trabajo o en las condiciones anteriores (según cuál sea la medida que se adopte), o en su caso, también tiene la opción de colocarse en situación de despido y reclamar las indemnizaciones previstas en esa ley.

9.1. Características (judicial, preventivo y rápido)

El procedimiento de exclusión de tutela garantiza la protección de la libertad sindical y de los derechos de los trabajadores inherentes a ella frente a los posibles ataques de sus empleadores que intenten impedir, obstaculizar o restringir el libre ejercicio de su actividad gremial. Esta garantía ha sido receptada por el artículo 52 de la Ley N° 23551, el cual establece que

los trabajadores amparados por las garantías previstas en los arts. 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 el procedimiento establecido en el art. 47.

Aquellos que cumplen funciones de carácter gremial necesitan una protección eficaz y expeditiva para poder ejercer libremente su actividad sindical.

De esta descripción se desprenden las características principales de este mecanismo protectorio que resultan fundamentales para cumplir con su finalidad.

La primera característica a destacar es la *judicial*, lo que quiere decir que el procedimiento de exclusión de tutela será decidido por los jueces o tribunales con competencia en lo laboral.⁴ Distinto era el caso de la Ley N° 20615, don-

4. Art. 63, inc. b, Ley N° 23551.

de el llamado “desafuero sindical” era resuelto por un Tribunal Nacional de Relaciones Profesionales, que estaba conformado por los pares de los propios representantes gremiales. Dicho instituto fue fuertemente criticado y tachado de inconstitucional debido a que significaba un condicionamiento de las atribuciones del Poder Judicial, además de que implicaba un fuero personal que otorgaba una protección reforzada al representante gremial con relación a los demás trabajadores.⁵ En cambio la ley actual garantiza que la facultad de dirimir las cuestiones relativas a la procedencia o no de la exclusión de la protección de un representante sindical se lleven a cabo por un órgano independiente e imparcial, dando igualdad a las partes del conflicto.

Luego cabe decir que el mecanismo en estudio es *preventivo*, es decir, es un remedio jurídico que procura bloquear los comportamientos antisindicales antes de que el acto lesivo se produzca.⁶ Ello es así ya que, si el empleador pudiera despedir, suspender o modificar las condiciones de trabajo sin tener que recurrir a la acción de exclusión, no se estaría respetando la garantía constitucional, ya que el acto lesivo produciría sus efectos. Para que los representantes gremiales puedan cumplir con sus funciones sindicales necesitan un mecanismo tutelar que se anticipe a la producción del daño. De esta manera el empleador para poder ejercer cualquiera de las medidas descriptas primero deberá obtener la autorización judicial que excluya la tutela. Esta característica es acorde con el principio protectorio y en especial con el de libertad sindical que rige nuestra materia.

Finalmente encontramos la característica de *rapidez* que se manifiesta en el trámite que se le deberá dar a dicha garantía. El artículo 52 establece que la exclusión de la garantía se llevará a cabo conforme el procedimiento establecido en el artículo 47. Dicho artículo en su parte pertinente establece que el trabajador “podrá recabar el amparo de estos derechos ante el tribunal judicial competente, conforme el procedimiento Civil y Comercial de la nación o equivalente de los códigos procesales civiles provinciales”. Se refiere al

5. La Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala III. 31/03/89. “Costas Dante O. c/ Cielos del Sur S.A.”.

6. Corte, N. T. (1994), *op. cit.*, p. 480.

procedimiento sumarísimo reglado por el artículo 498 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Recordemos que el proceso sumarísimo es aquel que cuenta con plazos más acotados así como también con la concentración de audiencias y demás actos procesales. Las partes pueden ejercer su defensa, ofrecer pruebas, presentar sus posiciones y hacer valer sus derechos garantizándoles el debido proceso, pero con la característica de llevarlo a cabo por un procedimiento más expeditivo. Ello es así porque de lo contrario no se estaría garantizando una correcta protección de la actividad sindical, pudiendo provocar graves perjuicios por la demora al trabajador afectado.

9.2. Actos que requieren la previa exclusión de tutela

Como vimos anteriormente el artículo 52 de nuestra ley sindical establece que

los trabajadores amparados por las garantías previstas en los artículos 40, 48 y 50 de la presente ley, no podrán ser suspendidos, despedidos ni con relación a ellos modificadas sus condiciones de trabajo, si no mediare resolución judicial previa que los excluya de la garantía...

Vamos a ver detalladamente qué decisiones o actos son los que requieren la autorización judicial previa para su validez:

Los despidos: ya sean por justa causa, por falta o disminución de trabajo o por fuerza mayor. Ello es así porque aun en los casos descriptos se podría estar utilizando un motivo ficticio para rescindir el contrato laboral de un representante gremial, siendo la causa real su actividad sindical. Incluso cuando mediare el pago de una indemnización ello resultaría insuficiente e injusto para garantizar la protección constitucional de la que gozan dichos representantes. Podría suceder que un empleador alegue fuerza mayor para despedir a sus empleados y en realidad instale un establecimiento con otro nombre y contrate a los trabajadores despedidos, excepto a los que ejercían actividades gremiales, evadiendo la garantía de la que gozaban.

Las suspensiones: se refiere a las disciplinarias, por causas económicas (falta o disminución del trabajo, fuerza mayor) o las de carácter preventivo, que son las previstas en el artículo 224 de la Ley de Contrato de Trabajo (LCT).

Modificaciones en las condiciones de trabajo: cambio de establecimiento, cambio de sector dentro del mismo establecimiento, cambio fuera de la sede, cambio de turno u horario, cambio de categoría o tarea, incluso cuando sean ascensos, siempre que dificulten u obstaculicen el ejercicio de sus funciones gremiales. No se consideró dentro de este apartado la supresión de horas extras, así lo entendió la Sala X al sostener que las mismas requerían de las necesidades y requerimientos de la empresa y que no había ningún derecho adquirido ni obligación del trabajador a realizarlas.⁷

Dispone la norma que para estas cuestiones deberá seguirse el procedimiento establecido por el artículo 47 de la ley. O sea, el procedimiento sumarísimo reglado por el artículo 498 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, o el equivalente de los códigos procesales civiles de cada provincia.

10. La acción de reinstalación

Ante las violaciones por parte del empleador de las garantías establecidas en los artículos 40, 48 y 50 de la ley, se lo faculta al trabajador a iniciar la acción de reinstalación a su puesto con más los salarios caídos durante la tramitación judicial o el restablecimiento de las condiciones de trabajo (art. 52, Ley de Asociaciones Sindicales).

Pero no solamente se puede entablar esta acción respecto de aquellas medidas para las cuales se exige la previa exclusión de tutela, sino también ante algún incumplimiento “de hecho” del empleador, tales como la negativa a brindar tareas, la reserva del puesto de trabajo cuando el trabajador se halla gozando alguna licencia legal, como ser vacaciones, por enfermedad, gremial, por maternidad, etc.

Se trata de un mecanismo que tiene carácter reparatorio, ya que tiende a restituir la situación del trabajador afectado al estado de cosas anterior a

7. Etala, C. A. (2002), *op. cit.*, p. 250.

la medida cuestionada.⁸ La acción realizada por el empleador que sancionó, despidió, modificó las condiciones de trabajo sin la correspondiente exclusión de tutela o incumplió algún deber legal es nula, por ello se debe retrotraer a su estado anterior.

El párrafo 3 del artículo 52 establece que “Si se decidiere la reinstalación, el Juez podrá aplicar al empleador que no cumpliera con la decisión firme, las disposiciones de art. 666 del Código Civil, durante el período de vigencia de su estabilidad”.

El citado artículo 666 del Código Civil expresamente dice:

Los Jueces podrán imponer en beneficio del titular del derecho, condenaciones conminatorias de carácter pecuniario a quienes no cumplieran con deberes jurídicos impuestos en una resolución judicial. Las condenas se graduarán en proporción al caudal económico de quien deba satisfacerlas y podrán ser dejadas sin efecto o reajustadas si aquel desiste de su resistencia y justifica total o parcialmente su proceder.

11. Opción por la indemnización agravada

El artículo 52 de la Ley de Asociaciones Sindicales otorga al trabajador amparado por las garantías sindicales que ha sido ilegitimamente despedido, suspendido o modificadas sus condiciones de trabajo la opción de considerarse en situación de despido indirecto.

Al respecto la ley establece los siguientes supuestos:

Cuando se trata de trabajadores que ejercen funciones gremiales, tendrán derecho a percibir, además de las correspondientes indemnizaciones por despido, una suma equivalente al importe de las remuneraciones que les hubieran correspondido durante el tiempo faltante de mandato y el año de estabilidad posterior.⁹

8. Corte, N. T. (1994), *op. cit.*, p. 494.

9. El representante sindical que se coloca legítimamente en situación de despido por falta de pago de las remuneraciones es acreedor de la indemnización del artículo 52 de la Ley N° 23551. (Cámara Nacional del Trabajo, Sala VI. 22/12/04).

Cuando se trata de candidatos no electos, la ley establece que, además de las remuneraciones imputables al período de estabilidad no agotado, se les debe abonar un año más de remuneración.

En el artículo 30 del Decreto Reglamentario N° 467/88 se introdujeron nuevos supuestos en los que el trabajador afectado puede realizar dicha opción:

El primer caso se refiere a la situación en que el trabajador “podrá en caso de que el empleador lo despidiere, suspendiere, o modificare a su respecto las condiciones de trabajo, colocarse en situación de despido indirecto, si el empleador no hiciese efectiva la reinstalación o no restableciere las condiciones de trabajo alteradas, dentro del plazo que fije a ese efecto la decisión judicial firme que le ordene hacerlo”.

También “podrá ejercer igual opción, dentro del quinto día de quedar notificado de la decisión firme que rechazare la demanda articulada por el empleador para obtener la exclusión de la garantía”.

Parte II

La negociación colectiva

Capítulo 1

Marco general

1. Introducción

1.1. Algunas consideraciones previas

La negociación colectiva forma parte hoy, como es sabido, del contenido de la libertad sindical en su aspecto colectivo, esto es, como un derecho fundamental de los sindicatos. En este sentido, y como forma de advertir la importancia de este mecanismo de autotutela colectiva, el Convenio N° 98 de la OIT, sobre aplicación de los principios de sindicación y negociación colectiva, establece en su artículo 4 que

deberán adoptarse las medidas adecuadas 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 con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo.

La convención colectiva ha sido y es una de las herramientas de excelencia que tuvieron los trabajadores para mejorar sus condiciones de vida y de trabajo.

Ese instrumento, nacido de la lucha sindical y al margen del ordenamiento jurídico, tuvo en nuestro país una modificación sustancial a partir de 1953 con la sanción de la Ley N° 14250.

Desde los primitivos convenios celebrados por los tipógrafos o los ferroviarios, el convenio colectivo de trabajo fue un instrumento siempre mejorador. Ese instrumento, nacido de la lucha sindical y al margen del ordenamiento jurídico, tuvo en nuestro país una modificación sustancial a partir de 1953 con la sanción de la Ley N° 14250, que le reconoció a los convenios colectivos carácter normativo y eficacia personal general. En efecto, mediante esta norma el convenio celebrado por una asociación sindical con personería gremial con un empleador, un conjunto de empleadores o una asociación de empleadores y homologado por la autoridad laboral de aplicación adquiría efecto *erga omnes*. Es decir que ese convenio sería de aplicación obligatoria para todos los trabajadores y empleadores de la actividad, rama, oficio, profesión o empresa, según haya sido el ámbito personal del respectivo convenio.

La eficacia normativa se refiere a la posibilidad de que lo pactado en el convenio colectivo se incorpore a cada contrato de trabajo de la misma forma que cualquier otra norma jurídica (sus derechos son irrenunciables, no puede alegarse su desconocimiento, no puede derogarse por un contrato individual, etc.), y la eficacia personal general tiene que ver con la determinación de qué trabajadores y empresarios se verán afectados por sus disposiciones (todos aquellos comprendidos en su ámbito, y no solo los afiliados a las organizaciones firmantes).

Pero analizar la Ley N° 14250, de Convenciones Colectivas de Trabajo (LCCT) y sus ulteriores reformas sin comprender acabadamente cuál es la ubicación de este instituto dentro del derecho puede conducir a comprender el sistema a medias. Tal como lo afirma Otto Kahn-Freund,

El derecho es una técnica de regulación del poder social. Esta afirmación es válida para el derecho del Trabajo como lo es para otros sectores de cualquier ordenamiento jurídico... El derecho del Trabajo está en gran medida conectado con este básico fenómeno del poder social, y –lo que es importante– se conecta con dicho poder con independencia de la participación que el propio Derecho haya tenido en su establecimiento.¹

1. Conf. Kahn-Freund, O. (1987). *Trabajo y Derecho*. Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, p.48.

La observación precedente resulta atinada, no solo porque trata de evitar la propensión de los juristas a ignorar la realidad que encierra el reparto de poder en la sociedad, sino porque –como bien concluye– “cualquier acercamiento a las relaciones entre empresarios y trabajadores resultaría infructuoso si la divergencia entre sus respectivos intereses no es abiertamente reconocida y articulada”.²

De lo manifestado por el autor citado se desprende como conclusión que, lejos de agotarse en lo estrictamente jurídico, este tema –como todos en la regulación jurídica– se relaciona de manera concreta con este fenómeno básico del poder social.

En primer lugar, hay que señalar que, como cualquier otra actividad, la negociación colectiva tiene lugar dentro de una determinada realidad social. Para que pueda haber “derecho a la negociación colectiva” deben verificarse algunas condiciones mínimas como previas a la negociación colectiva, por ejemplo:

a) La existencia de un sindicato que pueda legítimamente representar a los trabajadores y, a su vez, cuando se trata de convenios de actividad, la existencia de un mecanismo de elección de la entidad que representará a los empleadores para que estos realmente se sientan partícipes de la negociación y, luego, el acatamiento a las normas convencionales sea mayor.

b) La disposición de los empleadores a reconocer al sindicato a los efectos de entablar las negociaciones.

c) El estímulo por parte del Estado de las prácticas negociales, o al menos la inexistencia de prohibiciones que imposibiliten la concreción o la lícita proyección de sus resultados.

d) El compromiso tácito de las partes de dar cumplimiento a lo acordado, circunstancia que no siempre se verifica en la práctica.

e) En definitiva, debe garantizarse una efectiva libertad sindical en los términos concebidos por los convenios de la OIT y por la legislación nacional.

2. *Ibíd.*, pp. 49 y 63.

1.2. Otros factores que inciden en la negociación colectiva

Asimismo, el marco político es un dato de obligada consideración, en tanto es preciso que exista un cierto clima general, un estado para concertar, no obstante poseer intereses diferentes o contrapuestos; estar dispuestos a escuchar lo que la otra parte tenga que decir y a negociar. Es oportuno señalarlo, habida cuenta de cierta tendencia a identificar la negociación colectiva como un tema exclusivamente jurídico, o como sola relación de fuerzas producto del enfrentamiento de sindicatos y patronales, soslayando la mayor complejidad y polivalencia de este instituto.³

Junto al entorno político y los condicionantes sociales aparece otra importante variable contextual, que es el marco económico. Esto es, la situación de prosperidad, de estabilidad, o de crisis del sistema. Ramírez Bosco plantea como una de las ideas básicas en relación al tema de la negociación colectiva que “el ámbito de las negociaciones tiende a ampliarse espontáneamente en períodos de auge económico y a achicarse en períodos de baja performance general”. No serán idénticas las posibilidades de negociar en épocas de crecimiento económico, en las que habrá menores obstáculos opuestos a las discusiones en torno a políticas distributivas en materia de ingresos, que la demarcación del campo negocial en tiempos críticos, en los que los límites del reparto serán más estrechos y otras cuestiones podrán desplazarse a un plano más relevante (conservación de las fuentes de trabajo, reconversión industrial, flexibilización laboral). A fines de la década de 1990, las discusiones en torno a los convenios colectivos de trabajo directamente transitaban, incluso más allá de la falta de avance, en la desactivación de regulaciones que marcaban un piso de derechos para los trabajadores con la clara intención de ir hacia un modelo de negociación individual de las condiciones de trabajo.

A su vez, existen otros factores que inciden notoriamente no solo en la negociación colectiva, sino incluso en la fuerza de los sindicatos, como son las elevadas tasas de desempleo y subempleo, la disminución de la proporción

3. Conf. Recalde, H. Ruiz, Á. y Tomada, C. (1989). *La negociación colectiva: historia, proceso y dinámica*. Buenos Aires: Pensamiento Jurídico, p. 25.

de la fuerza de trabajo asalariado, el deterioro sostenido de los salarios reales –como de la participación de los trabajadores en la distribución del ingreso nacional–, la mutación en la composición relativa de las fuerzas laborales, la forma de asociación de los trabajadores, su unidad o fragmentación, el tipo de sindicato, etc.

2. Finalidad de la negociación colectiva

Sobre este punto también existen diferentes posiciones en la doctrina. Por un lado, algunos teóricos neoliberales sostienen que “es necesario romper con los mitos que se adueñaron por años de esta área de la legislación laboral y advertir que la negociación colectiva en ningún caso ha de ser un mecanismo para redistribuir los ingresos o la riqueza en el país”. Agregando que “si se le asigna esta función a la negociación colectiva, esta distorsión generará para toda la comunidad un costo muy superior a los eventuales beneficios percibidos por los favorecidos”, para luego concluir que “el objetivo del proceso de negociación colectiva es asegurar el logro de una equivalencia entre remuneraciones y productividad”.⁴

Sin embargo, esta definición que se asemeja en su rigidez al Edicto de Turgot, sigue mereciendo los más expresos rechazos de quienes advierten que “la economía capitalista moderna debe superar la lógica mercantilista. Una economía popular de mercado implica una noción de capitalismo con inclusión social, que pretende que la riqueza de la nación se redistribuya de manera equitativa entre todos”.⁵

Para algunos, es un mecanismo para mejorar la flexibilidad, incluso entendido como instrumento –paradójicamente– destinado a modificar las condiciones pactadas en convenios preexistentes. Esta modificación a la baja, pensada en términos de polivalencia funcional, jornadas flexibles, adaptación del trabajo a las necesidades empresariales, etc., nunca es presentada con sin-

4. Conf. Piñera, J. (1990). *La revolución laboral en Chile*. Santiago: Zig-Zag, p.106.

5. Conf. Rodríguez, E. (23 de febrero de 1994). Las opciones del modelo capitalista. *La Prensa*.

ceridad y siempre se la camufla bajo eufemismos tales como necesidad de “modernizar” las relaciones laborales o “adaptarlas” a los nuevos tiempos.

Se trata de la defensa de intereses concretos. Los que postulan estas definiciones son los mismos que asesoran a grandes empresarios para reducir el costo laboral y mejorar la rentabilidad y olvidan la función y finalidad que tiene el Derecho del Trabajo y todas sus herramientas en las sociedades capitalistas.

Estas posturas, cargadas de ideología neoliberal, colisionan además con la propia Constitución Nacional argentina que en su artículo 14 bis garantiza a los gremios el derecho de celebrar convenciones colectivas de trabajo como una forma más de protección del trabajador. No está concebida como un mecanismo de adaptación o para mejorar la productividad, sino que la negociación colectiva acompaña un conjunto de instituciones destinadas a mejorar las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores. El artículo 14 bis expresamente señala que “el trabajo gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador, entre otras tantas condiciones, asociación sindical libre y democrática” y que “queda garantizado a los gremios concertar convenciones colectivas de trabajo”.

Debe ser el Estado, a través de las leyes y otras disposiciones, el agente principal de distribución de la riqueza y promotor de la justicia social. En esa dirección ha sido el propio Estado el que, con la misma finalidad distributiva, ha delegado en los actores laborales colectivos (empresarios y asociaciones sindicales) la posibilidad de establecer, a través de la negociación y el acuerdo, verdaderas normas que mejoren los pisos garantizados por la ley en aquellos ámbitos donde sea insuficiente o donde pueda ser mejorado.

La negociación colectiva, entonces, es un instrumento válido para promover una más justa distribución del producto bruto nacional, alcanzar mayores niveles de igualdad y de participación, desarrollar una acción solidaria de los trabajadores, teniendo en miras el cumplimiento de uno de los principios esenciales del Derecho del Trabajo, la justicia social. Ese sería el sentido de su reconocimiento en la Convención de San José de Costa Rica (art. 43) y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 8).

La negociación colectiva es un instrumento de paz laboral y permite resolver el conflicto industrial, contribuyendo a la estabilización del sistema político. El derecho a la negociación colectiva no supera el conflicto industrial que siempre existe por la presencia de intereses controvertidos, pero permite su solución racional.⁶

Las convenciones colectivas son un instrumento más que tienen los trabajadores –a través de sus organizaciones representativas– para mejorar su calidad de vida. Así, la negociación colectiva debería ser siempre, aunque no siempre ha sido así, una forma de mejorar las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores. Los intentos por revertir el sentido de su contenido, como el novedoso instituto de la “disponibilidad colectiva” incorporado a nuestra legislación como una forma de reducir derechos a los dependientes, contrarían expresamente el fin de la negociación colectiva, que termina siendo utilizada, como consecuencia de una multiplicidad de factores (principalmente la debilidad de los sindicatos y la corrupción de la dirigencia) para un fin al que no estaba destinada y ello corroe los cimientos mismos de una sociedad que procure la justicia social como base para pensar en la paz social.

Para reforzar esta posición, cabe recordar los fines de las organizaciones sindicales, y al respecto la Ley N° 23551 resume el alcance de tales objetivos de una manera clara: el objeto de las asociaciones sindicales es la defensa de los intereses de los trabajadores y entiéndase por interés de los trabajadores todo cuanto se relacione con sus condiciones de vida y de trabajo. La acción sindical contribuirá a remover los obstáculos que dificulten la realización plena del trabajador (conf. arts. 2 y 3). Dentro de la acción sindical, obviamente, hemos de encuadrar a la negociación colectiva como uno de sus pilares.

En estos términos, la negociación colectiva debe entenderse no como un fin en sí mismo, sino como una herramienta para que los gremios puedan cumplir con los fines sindicales. Estos fines, referidos en esencia al desarrollo del hombre de trabajo, marcan el carácter instrumental del derecho colectivo respecto del derecho individual del trabajo. De ahí que los grandes principios fundantes como el de libertad sindical, el de concentración y el de democra-

6. Conf. Rodríguez, E. y Rial, N. (1988). *Nueva legislación de convenciones colectivas de trabajo*. Buenos Aires: Gizeh, pp. 31 y ss.

cia, buscan la conjugación de sus términos de forma que sirvan a la efectiva concreción de aquellos objetivos. Para ello debe partirse de la afirmación de que la negociación colectiva es esencial para el desenvolvimiento de las asociaciones sindicales. Pero la negociación, reitero, debe entenderse como un medio para la realización de los fines propios de las organizaciones de trabajadores y solo adquiere verdadera plenitud, en el marco de un sindicalismo con fuerza frente a las otras partes sociales, la fuerza necesaria para hacer valer los derechos que defiende. La debilidad del sindicato es un impedimento para el desenvolvimiento progresista de la organización social. Por eso la negociación colectiva debe estar al servicio del fortalecimiento de la acción gremial y no de su atomización.

Esta sintética alusión a los distintos campos, y correlativos enfoques, desde los cuales puede estudiarse la negociación colectiva, está guiada por la intención de poner de manifiesto la trascendencia que posee como institución social y la potencialidad esencialmente creadora que cabe reconocerle. Entidad no desmentida por quienes han querido suprimirla o reducirla a su más mínima y acotada expresión, ni por quienes constantemente han reclamado por su más plena vigencia.⁷

3. Concepto general

En definitiva, la negociación colectiva es un proceso de diálogo, acercamiento, intercambio con la finalidad de arribar a un acuerdo, entre sujetos colectivos representativos de los protagonistas del conflicto industrial (trabajadores y empleadores).

El convenio colectivo es, en cambio, el resultado, el fruto de esa negociación, cuando las discusiones arriban a buen puerto. Muchas veces se confunden los institutos del título. Pero la negociación no siempre concluye en un acuerdo. Puede transitar por desacuerdos, estos desacuerdos pueden dar lugar a conflictos (huelgas y demás medidas legítimas de acción sindical) y,

7. Conf. Recalde, H. Ruiz, Á. y Tomada, C. (1989), *op. cit.*, pp. 23 y ss.

finalmente, esa disputa a través de medidas de fuerza puede, valga la redundancia, forzar un acuerdo.

Tratándose de un acuerdo de voluntades entre dos o más partes, destinado a establecer derechos y obligaciones, la convención colectiva de trabajo es un contrato, pero algunos de sus efectos jurídicos lo asemejan a las leyes, como se verá enseguida.

Pero no siempre que haya acuerdo entre dos partes con representación colectiva el resultado es un auténtico convenio colectivo de trabajo, en sentido estricto y con los efectos jurídicos que le otorgan las leyes. El convenio colectivo, por propiamente dicho, es aquel celebrado por determinados sujetos colectivos (la asociación sindical con personería gremial en el caso de los trabajadores, no cualquier asociación sindical), con determinado contenido regulado por la ley y que, salvo en los casos donde se exceptúe, requiere de la homologación ministerial.

En ese caso, el convenio colectivo adquiere efectos jurídicos distintos a los efectos de los contratos de derecho común. El convenio colectivo, una vez homologado, tiene efecto erga omnes, efecto jurídico, se presume su ultraactividad y no requiere de prueba en juicio.

En efecto, a diferencia de los contratos que son obligatorios para las partes (art. 959 del Código Civil y Comercial) y no obligan a terceros, los convenios colectivos de trabajo, regidos por la Ley N° 14250, tienen efecto erga omnes. Esto es, efecto general. Sus disposiciones alcanzan no solo a las partes firmantes sino a un universo indeterminado de sujetos comprendidos dentro del ámbito de representación de la asociación sindical.

Al respecto el artículo 4 de la Ley de Convenciones Colectivas dispone que

las normas originadas en las convenciones colectivas que sean homologadas por el MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL, en su carácter de autoridad de aplicación, regirán respecto de todos los trabajadores de la actividad o de la categoría dentro del ámbito a que estas convenciones se refieran; cuando se trate de un acuerdo destinado a ser aplicado a más de un empleador, alcanzarán a todos los comprendidos en sus particulares ámbitos. Todo ello sin perjuicio de que los trabajadores y los empleadores invistan o no el carácter de afiliados a las respectivas asociaciones signatarias.

Los convenios colectivos también poseen lo que la doctrina española denomina “efecto jurídico” que no es otra cosa, en nuestro sistema, que la atribución del carácter de normas de orden público laboral. Así, a diferencia de los contratos de derecho común, los acuerdos alcanzados en el marco de la Ley de Convenciones Colectivas de Trabajo prevalecen sobre la voluntad de las partes que celebran un contrato de trabajo individual. Sus disposiciones son irrenunciables y “será nula y sin valor toda convención de partes que suprima o reduzca los derechos previstos en las convenciones colectivas de trabajo” (art. 12, LCT). En el mismo sentido, el artículo 7 de dicha ley dispone que “las normas de las convenciones colectivas homologadas serán de cumplimiento obligatorio y no podrán ser modificadas por los contratos individuales de trabajo, en perjuicio de los trabajadores”.

Los contratos de derecho común finalizan al vencimiento del plazo de duración pactado entre las partes. Las cláusulas de los convenios colectivos de trabajo, en cambio, duran más allá del plazo establecido por efecto de la ultraactividad que la ley le otorga a sus cláusulas. En efecto, la ley dispone que “una convención colectiva de trabajo, cuyo término estuviere vencido, mantendrá la plena vigencia de todas sus cláusulas hasta que una nueva convención colectiva la sustituya, salvo que en la convención colectiva vencida se hubiese acordado lo contrario” (art. 6, Ley N° 14250).

Finalmente, las convenciones colectivas, si bien tienen origen en la voluntad de sujetos privados que acuerdan sus cláusulas, se diferencian de los contratos comunes en que su contenido no exige prueba en juicio como sí ocurre cuando se pactan entre particulares derechos y obligaciones. Al respecto, el artículo 8 de la Ley de Contrato de Trabajo establece que

las convenciones colectivas de trabajo o laudos con fuerza de tales, que contengan normas más favorables a los trabajadores, serán válidas y de aplicación. Las que reúnan los requisitos formales exigidos por la ley y que hubieran sido debidamente individualizadas, no estarán sujetas a prueba en juicio.

De tal modo, si un trabajador hubiere convenido, por ejemplo, el pago de un doble aguinaldo y el empleador no cumpliera con ese acuerdo individual, incumbirá al reclamante demostrar que efectivamente existió ese acuerdo y

los alcances de las obligaciones convenidas. En cambio, si ese mayor beneficio proviniera de un convenio colectivo, basta con que individualice la convención que considera aplicable y no necesita probar su contenido, ni la autenticidad de las firmas del convenio. Con solo mencionarlo, el juez está obligado a conocerlo y aplicarlo, de forma similar a lo que ocurre con las leyes por aplicación del conocido aforismo latino *iura novit curia*.

4. Negociación colectiva y democracia

Existe una profunda relación entre la vigencia del Estado de Derecho y la posibilidad de concertar convenios colectivos. Ello se verifica desde 1953, fecha en que se sanciona la Ley N° 14250 de convenios colectivos hasta nuestros días. En 1955, 1967 y 1976, simultáneamente con los golpes de Estado, se prohibió celebrar ese tipo de convenios. Con el desgaste de la dictadura militar, en los primeros años del radicalismo se dio una especie de convenio “clandestino”. No se homologaba ninguno. Se recurría al eufemismo de registrarlos. Recién en 1988, después de varios años de recuperada la democracia, se legisla sobre el pleno ejercicio normativo y los sindicatos recobran el derecho a acordar colectivamente con todas las formalidades y condiciones que les reconocía la vieja Ley N° 14250. Esto se produce al sancionarse la Ley N° 23545 de “procedimiento para la negociación colectiva” que derogó la Ley de facto N° 21307 de 1976.

El convenio colectivo de trabajo fue siempre un instrumento mejorador de las condiciones de vida y de trabajo de los asalariados. Esa ha sido su función principal, esa ha sido la utilización que le han dado los actores sociales: mejorar los niveles mínimos de protección general de todos los trabajadores, de acuerdo con las particularidades y las posibilidades de cada actividad, de cada sector o incluso de cada empresa.

Esto daba lugar a que, no solo se elevaran a través del convenio colectivo general los pisos mínimos establecidos a través de las normas estatales, sino que también se mejoraran esos niveles de protección básicos a través de la negociación de otros convenios, incluso de menor ámbito, que prevalecían en virtud del principio de “aplicación de la norma más favorable”.

Efectivamente este era uno de los mecanismos a través de los cuales el sistema jurídico promovía la protección del “trabajo en sus diversas formas”, pero si hasta el inicio del proceso flexibilizador se hallaba en el cenit esta concepción, muy rápidamente sus valores subyacentes se fueron difuminando, convirtiéndose en residuos históricos por obra de un tipo de pensamiento en el que se realza la necesaria sumisión de la norma a las exigencias de la recuperación económica del mercado. De esta forma, durante la década de 1990 se le quiso imponer el sentido contrario a los convenios colectivos, como veremos más adelante.

Ahora veamos cuál ha sido la evolución en esta materia y para ello daré datos globales. En 1975 se homologaron 624 convenios colectivos. En 1988 fueron 283. A partir de 1990, 1991 no fueron más de 40 y casi es insignificante el número. En *Productividad y Negociación Colectiva*, los autores señalan que a partir de 1991, en las sucesivas rondas de negociaciones, que denominan como cuarta y quinta, se negociaron solo 10 y 1 convenios respectivamente.⁸

Otra de las características objetivas de esa etapa (década de 1990) es que los convenios colectivos que además de cláusulas salariales, acordaron sobre condiciones generales de trabajo y otras condiciones o materias, lo han hecho “in pejus” del trabajador, es decir, se negoció a la baja, en perjuicio del sector laboral. Estos datos objetivos nos llevan a pensar en serio sobre la coyuntura y la validez estratégica de la renovación de los convenios colectivos de trabajo en épocas de debilidad sindical.

Para ello existe un menú explosivo de razones, que suele conjugarse como ocurrió durante lo que Héctor Recalde denominó “la tercera década infame”. Estos factores van desde la división cupular, a la falta de independencia de un sector respecto del gobierno, pasando por la legislación flexibilizadora,⁹ el tra-

8. Aldao-Zapiola, C., Hülsberg, H. y Jaureguiberry, C. (1994). *Productividad y Negociación Colectiva*. Buenos Aires: Macchi, p. 226.

9. Reforma que cedió en todos los aspectos, es decir en el derecho colectivo de trabajo (reglamentación por decreto del derecho de huelga, suspensión de la vigencia de los convenios colectivos de las ex empresas públicas, suspensión de la vigencia de más de sesenta convenios colectivos de la actividad marítima y portuaria, el decreto denominado “cepo” por el movimiento obrero y el de productividad, etc.). En el derecho individual (contrato a prueba de aprendizaje, donde nadie enseña y en consecuencia nadie aprende), pasantías, agencias

bajo no registrado, la falta de democracia interna que incide en la representatividad de los intereses de los trabajadores y por supuesto que este panorama tiene un factor adicional, el desempleo e incluso la instalación del miedo a perder el empleo como factor de dominación y sometimiento.

Durante esa etapa, la convención colectiva poco a poco y cada vez con mayor capacidad jurídica para ello –producto de reformas en las leyes– se fue transformando en un mecanismo flexibilizador de las relaciones laborales y funcional a los intereses empresariales.

En efecto, no solo se advierte que en este período los nuevos convenios establecen con no poca frecuencia condiciones peyorativas respecto de sus anteriores, sino que incluso incorporan regulaciones menos favorables que las establecidas en la propia ley, situación que fuera expresamente permitida en relación con algunas instituciones del derecho del trabajo (jornada de trabajo, período de prueba, definición de pequeña empresa, etc.). Esta posibilidad ha sido denominada por la doctrina como “disponibilidad colectiva”.

Esta novedosa situación obedece fundamentalmente a la debilidad de los sindicatos, circunstancia que tiene como consecuencia directa la pérdida de capacidad y poder para negociar en condiciones similares a las que se presentaban históricamente. El origen de esta debilidad negocial se encuentra en una multiplicidad de factores cuyo tratamiento excedería el límite de esta investigación pero que, a grandes rasgos, podrían sintetizarse en razones de índole económica, social y política (altas tasas de desempleo, de trabajo no registrado, de pobreza y de indigencia, pérdida de la cultura de lo colectivo –individualismo–, no sindicalización, desafiliación, falta de conciencia y de participación, corrupción, cooptación, rol del Estado, flexibilización laboral, etc.).

El proceso de flexibilización desprotectora a través de la negociación colectiva se ha manifestado a través de un “círculo”, iniciado por la situación de debilidad del sector obrero y por la intervención del Estado en la regulación de las relaciones individuales y colectivas del trabajo, introduciendo modificaciones peyorativas de los niveles de protección alcanzados (en lo individual) y generando los mecanismos necesarios para, por un lado, limitar la

de empleo, una variada gama de posibilidades de contratos basura, en los que no existe estabilidad y en algunos casos ni sindicalización, ni a veces obra social.

capacidad de conflicto de los sindicatos (a través de la regulación de la huelga, fundamentalmente) y la capacidad de negociación (a través de la derogación de la ultraactividad, por ejemplo) y, por otro, para permitir que a través de la negociación colectiva se pueda flexibilizar todavía más, eliminando los obstáculos normativos que a través del orden público laboral, limitan la autonomía de la voluntad colectiva.

Este proceso normativo se materializó a través de la incorporación en las leyes de: 1) la posibilidad de pactar los distintos convenios denominados “de crisis” (por concurso o quiebra, y aquellos originados en el procedimiento preventivo de crisis); 2) de la derogación del principio de la norma más favorable y la incorporación del principio de la prevalencia del convenio de ámbito menor para los supuestos de concurrencia de dos convenios de distinto ámbito; 3) a través de la consagración cada vez más amplia del instituto de la disponibilidad colectiva y 4) a través de la modificación de las reglas relativas a los supuestos de sucesión de convenios de un mismo ámbito.

Se trata de un “círculo” en tanto la debilidad del movimiento obrero permite la intervención desreguladora del Estado y, a su vez, este tipo de intervención acrecienta la debilidad de las organizaciones sindicales.

Así, dentro de este contexto flexibilizador, la Ley N° 25250 impuso un mecanismo más, destinado abierta y exclusivamente a que la negociación colectiva se utilice en función de los intereses y las necesidades de las empresas, contrariando la función que históricamente han venido a cumplir los convenios colectivos en las sociedades capitalistas como instrumento destinado a mejorar las condiciones de vida y de trabajo de la población, por un lado; pero también en su función de integración del conflicto social de manera tal de permitir, no solo aquella función igualadora o dignificante, sino también de imponer al conflicto social que origina este sistema un cauce de desenvolvimiento compatible con la permanencia y el desarrollo del modo de producción capitalista. Este mecanismo novedoso es el denominado régimen de inaplicación del convenio (o “cláusula de descuelgue”), mediante la cual una empresa podía “salirse” del convenio colectivo y dejar de estar obligada a otorgar a los trabajadores los beneficios allí establecidos. Ello fue incorporado en

la última ley flexibilizadora de la década del '90. Precisamente, fue en el año 2000 con la Ley N° 25250 conocida también como “Ley Banelco”.

Pero en sentido contrario, cuando existe un Estado que promueve la negociación colectiva, se produce un círculo virtuoso en el fortalecimiento sindical. Aumentan los salarios, aumenta el empleo, aumenta el poder de los trabajadores que facilita mejores negociaciones las que, a su vez, mejoran los salarios y las condiciones de empleo, dando más fortaleza para la siguiente negociación.

Durante el período 2003-2015, época en la que se fomentó la negociación colectiva desde el Estado, se llegaron a celebrar más de 2000 convenios en un año,¹⁰ el salario mínimo pasó de \$200 a \$6.060, el salario medio del país creció en la misma proporción, el desempleo pasó del 20,4% al 5,9% de la población económicamente activa. Estos cambios objetivos que se produjeron en el mundo del trabajo tuvieron como consecuencia directa un engrosamiento y fortalecimiento de las organizaciones sindicales que, por esa fortaleza, pudieron mejorar la negociación colectiva.

10. Se homologaron 348 convenios en 2004, 568 en 2005, 930 en 2006, 1.027 en 2007, 1.231 en 2008, 1.331 en 2009, 2.038 en 2010, 1.864 en 2011, 1.744 en 2012, 1.699 en 2013, 1.963 en 2014 y 1.957 en 2015.

Capítulo 2

Intervención del Estado en la negociación colectiva

Como ya se dijo, la negociación colectiva es una de las manifestaciones principales de la acción de las organizaciones sindicales para cumplir con su rol esencial que es el de defender los intereses de los trabajadores, y el convenio colectivo ha sido la herramienta que las organizaciones sindicales han utilizado para obtener mejoras en las condiciones de trabajo, para mantener esas conquistas y para luego mejorarlas otra vez.

En lo que se refiere a su vínculo con el Estado, esto es a su consideración jurídica, este mecanismo de autotutela colectiva ha experimentado una significativa evolución. En efecto, en cuanto a la regulación normativa, los sistemas laborales contemporáneos han atravesado cambios que son –en gran medida– similares a los operados ante el fenómeno sindical en general. Así, al igual que con la regulación normativa del sindicalismo, como derecho de asociación, también respecto de la negociación colectiva se pueden advertir distintas etapas hasta alcanzar el reconocimiento legal que hoy posee.

Estas etapas, vale señalar, no han conformado una evolución histórica lineal, sino que se han manifestado con etapas de avance, en términos de reconocimiento jurídico, dentro de las cuales se han intercalado momentos de regresión derivados de las contingencias políticas de cada Nación como ya se explicara en los capítulos iniciales de esta obra.

En nuestro país, a partir de la sanción de la Ley N° 14250, el proceso de negociación colectiva y su producto final –el convenio colectivo de trabajo– estuvieron signados por el fuerte intervencionismo estatal que hoy los caracterizan.

Es que originariamente los acuerdos alcanzados por las organizaciones sindicales con los empleadores solo fueron admitidos como contratos de derecho común incluso durante la vigencia del Decreto N° 23852/45 que reguló el funcionamiento de las asociaciones profesionales, que reconoció el derecho de los sindicatos a la negociación colectiva y que incluso calificó como “práctica desleal” la negativa empresarial a negociar.

De todas formas, cabe señalar que parte de la doctrina y la jurisprudencia ya habían reconocido algunos efectos obligatorios generales a los convenios colectivos que fueran celebrados por los grupos profesionales más representativos y que se firmaran ante la Secretaría de Trabajo y Previsión.¹

Actualmente, el Estado interviene en la negociación colectiva en todos sus aspectos. Así, las normas estatales: 1) determinan los sujetos con aptitud para pactar convenios colectivos, 2) fijan los ámbitos para los cuales se puede negociar, 3) regulan el procedimiento, 4) establecen límites al contenido, 5) imponen la obligación de negociar determinadas materias y 6) establecen la actitud con la que debe negociarse, 7) controlan los términos de lo pactado, 8) prescriben el período de vigencia, 9) establecen el efecto jurídico particular para este tipo de acuerdos, 10) señalan el modo de interpretación y 11) también han llegado a inmiscuirse –en trasgresión a los límites constitucionales– modificando o dejando sin efecto determinadas cláusulas de convenios ya celebrados o incluso derogando todo su contenido. Como se puede advertir, el Estado interviene intensamente en la negociación colectiva.

Debe destacarse que la intervención reguladora ha nacido, en realidad, como una forma de contribuir a la autotutela colectiva de los trabajadores y ha tenido como finalidad la de otorgar garantías a los trabajadores para poder ejercer el derecho a negociar colectivamente, dotando además al convenio celebrado de efectos jurídicos más intensos que los que posee un contrato regulado por el derecho común.

Esta característica, más allá de sus particularidades, no es exclusiva de nuestro país sino que es común en la mayoría de las sociedades regidas por el sistema capitalista a partir de la creación de la Organización Internacional del

1. Deveali, M. L. (1949). Contrato colectivo de derecho común y convenio colectivo inderogable. *Revista Derecho del Trabajo*, 1949, 273 y *Derecho del Trabajo*, 1951, 545.

Trabajo (OIT) y del proceso denominado como “Constitucionalismo Social”. En este sentido debe recordarse que el artículo 4 del Convenio N° 98 de la OIT dispone que en los diferentes Estados

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 objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo.²

Las disposiciones del Convenio N° 98 de la OIT, que promueven la intervención estatal y al mismo tiempo fijan sus límites, comprenden dos elementos esenciales, que son: la acción de las autoridades públicas con miras a *fomentar* la negociación colectiva y el carácter *voluntario* del recurso a la negociación, que conlleva la autonomía de las partes en ese proceso.³

Estos vendrían a ser los primeros límites de una intervención estatal razonable que tenga por finalidad el fomento de la negociación colectiva⁴ y que respete el carácter voluntario de la negociación.

No obstante ello, la Organización Internacional del Trabajo ha advertido que las dificultades que se alzan contra la observancia de este principio son múltiples dado que en un número creciente de países se imponen diversos grados de restricción a la libertad para negociar. A este respecto, se ha señalado que los problemas que surgen con más frecuencia son

2. Desde la adopción del Convenio N° 98, la OIT ha adoptado otros instrumentos que atañen, directa o indirectamente, a la negociación colectiva; de estos, merecen especial atención: el Convenio N° 151 y la Recomendación N° 159 sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, 1978; el Convenio N° 154 y la Recomendación N° 163 sobre la negociación colectiva, 1981; la Recomendación sobre los contratos colectivos, 1951 (N° 91), y la Recomendación sobre la conciliación y el arbitraje voluntarios, 1951 (N° 92).

3. Conf. Organización Internacional del Trabajo (1994). *Libertad sindical y negociación colectiva*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, p. 115.

4. El fomento de la negociación colectiva es un límite a la intervención estatal pero a la vez constituye una obligación de los Estados miembros.

la fijación unilateral del nivel de las negociaciones; la exclusión de determinadas materias del ámbito de la negociación; la obligación de someter los acuerdos colectivos a la aprobación previa de las autoridades administrativas o presupuestarias; el respeto de criterios preestablecidos por ley, en particular en materia de salarios, y la imposición unilateral de las condiciones de empleo.⁵

1. La regulación de la negociación colectiva

Sobre la regulación de la negociación colectiva cabe recordar que la facultad normativa cedida por el Estado a las partes colectivas no implica ni una abstención absoluta del poder público en la regulación de la vida laboral, ni con ello una injerencia en su autonomía, pues el convenio se halla sujeto al principio de jerarquía normativa y, por tanto, a la ley. También se ha señalado que sostener lo contrario “supone concebir el convenio como norma independiente y autónoma respecto de la ley, apartándose del principio de jerarquía normativa que establece la supremacía de la ley, como norma emanada de la soberanía popular, sobre cualquier otra” y que “su aplicación supone la expresión de que los convenios colectivos están sometidos al imperio de la ley, la que puede afectar su contenido en función de acciones de interés público constitucionalmente prevalentes”⁶

Ahora bien, de acuerdo con los parámetros establecidos por las normas internacionales, esa regulación, como ya se señalara, debe estar dirigida a fomentar la negociación colectiva y de manera tal que se garantice el carácter voluntario de la negociación.

5. Conf. Organización Internacional del Trabajo (1994), *op. cit.*, p. 120, párr. 248.

6. Conf. Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla. 12/04/1991. Ponente Ilmo. Sr. D. Antonio Navas Galisteo.

2. Intervención estatal y fomento de la negociación colectiva

En la gran mayoría de los países se reconoce, en la legislación o en la práctica, el derecho de los trabajadores a establecer sus condiciones de empleo mediante la negociación colectiva⁷ y nuestro país, como ya se adelantó, no forma parte de las excepciones.

La propia Constitución Nacional dispone que “queda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo” y “recurrir a la conciliación y al arbitraje” y desde la sanción de la Ley N° 14250 siempre se ha intervenido con la intención de fomentar la negociación colectiva tal como lo establece el Convenio N° 98 de la OIT.

De esta forma, el fomento de la negociación colectiva se ha manifestado históricamente a través de mecanismos que facilitaran la negociación a las organizaciones sindicales, sujetos titulares del derecho a negociar, de manera tal de contribuir a la concreción de acuerdos en los que se incluyeran condiciones particulares de acuerdo con la especificidad de la actividad y también, fundamentalmente, mejoras respecto de los mínimos ya garantizados por la ley.

Dentro de los mecanismos a través de los cuales la legislación nacional interviene promoviendo una negociación protectoria se pueden citar, entre los principales, a los siguientes: el reconocimiento del derecho de negociar exclusivamente a la asociación más representativa, la penalización de la negativa a negociar por parte de las empresas, la obligación de negociar de buena fe y de dar información, la regulación de instancias obligatorias de conciliación, la consagración de la ultraactividad de los convenios colectivos y la prohibición de incluir cláusulas que establezcan condiciones de trabajo menos favorables –desde el punto de vista del trabajador– que las establecidas en las leyes.

Sin embargo, y a pesar de que el derecho a concertar convenciones colectivas está reconocido en la Constitución Nacional exclusivamente en cabeza de los gremios –con el fin de mejorar las condiciones de trabajo a través de la negociación–, la legislación nacional ha atravesado etapas por las que el sentido de

7. Conf. Organización Internacional del Trabajo (1994), *op. cit.*, p. 116, párr. 237.

la reglamentación se ha invertido al punto de que el derecho a negociar colectivamente ha llegado a considerarse legislativamente, en algún aspecto, también como un derecho de los empresarios y una obligación de los sindicatos.⁸

3. El arbitraje obligatorio

Otro problema que se plantea con frecuencia es el de las legislaciones que estipulan el recurso al arbitraje obligatorio, en caso de que la negociación colectiva no haya conducido a un acuerdo.

En lo que respecta al arbitraje impuesto a solicitud de una sola de las partes, la Comisión de Expertos considera que de manera general es contrario al principio de negociación voluntaria de los convenios colectivos establecido en el Convenio N° 98 y, por consiguiente, a la autonomía de las partes en la negociación.

En el mismo sentido, sobre el contenido del arbitraje, el Comité de Libertad Sindical, dispuso: “Las disposiciones que establecen que a falta de acuerdo entre las partes los puntos en litigio de la negociación colectiva serán decididos por arbitraje de la autoridad no están en conformidad con el principio de negociación voluntaria contenido en el artículo 4 del Convenio N° 98”⁹ y que “la imposición de un procedimiento de arbitraje obligatorio en caso de que las partes no estuvieren de acuerdo sobre el proyecto de contrato colectivo plantea problemas de aplicación del Convenio N° 98”¹⁰

A su vez, el Comité de Libertad Sindical también ha señalado sobre este método de resolución de conflictos que:

El recurso de arbitraje obligatorio cuando las partes no llegan a un acuerdo en la negociación colectiva sólo es admisible en el marco de los servicios esenciales en el sentido estricto (aquellos cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda, o parte de la población).¹¹

8. Sobre este punto se volverá más adelante, con mayor profundidad (ver Parte II, Capítulo 13).

9. Caso 1450.

10. Caso 1617.

11. OIT. Comité de Libertad Sindical (1996). *La libertad sindical*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, p. 186, párrs. 860-862 (casos 1648 y 1650).

La Comisión de Expertos admite el arbitraje obligatorio, también como excepción, en aquellos casos en que existan disposiciones que, por ejemplo, permitan a las organizaciones de trabajadores iniciar este procedimiento para la firma del primer convenio colectivo. Como la experiencia demuestra que el acuerdo del primer convenio colectivo es frecuentemente uno de los pasos más difíciles en el establecimiento de sanas relaciones profesionales, estos tipos de disposiciones pueden considerarse como mecanismos y procedimientos que facilitan la negociación colectiva.

En cuanto a la imposición del arbitraje a iniciativa de las autoridades, la Comisión también considera que tales intervenciones son difícilmente conciliables con el principio de negociación voluntaria establecido en el Convenio N° 98.¹²

Es que, como ha sostenido la doctrina,

el arbitraje obligatorio para poner término a un conflicto colectivo de trabajo y a una huelga solo es aceptable cuando lo han pedido las dos partes implicadas en el conflicto o en los casos en que la huelga puede ser limitada, e incluso prohibida, es decir, en los casos de conflicto dentro de la función pública respecto de funcionarios que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado o en los servicios esenciales en el sentido estricto del término.¹³

En nuestro país rigió la Ley N° 16936, del año 1966, que estableció que

la Autoridad Nacional de Aplicación podrá someter dichos conflictos (se refería expresamente a “los conflictos colectivos laborales, de derecho o de interés”) a instancia de arbitraje obligatorio. La resolución que abra la instancia de arbitraje obligatorio será irrecorrible e implica de pleno derecho la intimación al cese de todas las medidas de acción directa que se hubiesen adoptado.

Esta disposición fue impuesta, en principio, con carácter temporal toda vez que en el artículo 11 se establecía que “las disposiciones precedentes tendrán

12. Conf. Organización Internacional del Trabajo (1994), *op. cit.*, p. 116, párrs. 257-259.

13. Conf. Ackerman, M. E. (2000). La reforma laboral. Ley 25.250. *Revista de Derecho Laboral* (número extraordinario), 119.

vigencia hasta el 31 de diciembre de 1967”. No obstante, posteriores y sucesivas normas volvieron a renovar su vigencia temporal. Luego, la Ley N° 20638, del 21/01/1974, le quitó al arbitraje obligatorio el carácter transitorio, que por cierto ya no tenía.

Finalmente, esta norma fue derogada por la Ley N° 25250 que, sin embargo, estableció otro arbitraje obligatorio. En efecto, al imponer la obligación de renovar los convenios colectivos de trabajo vigentes por ultraactividad, la ley dispuso que “a pedido de la parte sindical o de ambas partes la autoridad de aplicación dispondrá someter la controversia a un arbitraje”. A falta de esa solicitud, tales cláusulas perdían vigencia. Si no se pedía el arbitraje, caía el convenio (art. 28). Esto no era otra cosa que un arbitraje obligatorio. Lo mismo ocurría, con más nitidez, en la disposición del artículo 29, que establecía que “si alguna de las partes no aceptare someterse a ese arbitraje voluntario, el convenio colectivo perderá vigencia”. Además, la Ley N° 25250 establecía que si no lo hacían las partes “la determinación de las cuestiones de arbitraje, de los plazos para ofrecer y producir pruebas y para dictar el laudo, así como la designación del o de los árbitros, será asumida por la autoridad de aplicación” (art. 28).

Esta norma tuvo vigencia hasta la sanción de la Ley N° 25877 que ratificó la derogación de la Ley N° 16936 y dejó sin efecto las disposiciones de la Ley N° 25250.

4. La negociación colectiva en las normas de la Organización Internacional del Trabajo

El derecho a la negociación colectiva, además de encontrarse consagrado en la Constitución Nacional, también tiene jerarquía supra legal por encontrarse plasmado en diversos instrumentos internacionales, ratificados por nuestro país.

Así, el Convenio N° 98 de la Organización Internacional del Trabajo, celebrado en 1949, sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, establece que

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 objeto de reglamentar por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo.

Por su parte, el Convenio N° 151, firmado en 1978, sobre las relaciones de trabajo en la administración pública dispone que

deberán adoptarse, de ser necesario, medidas adecuadas a las condiciones nacionales para estimular y fomentar el pleno desarrollo y utilización de procedimientos de negociación entre las autoridades públicas competentes y las organizaciones de empleados públicos acerca de las condiciones de empleo, o de cualesquiera otros métodos que permitan a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de dichas condiciones.

También el Convenio N° 154 sobre fomento de la negociación colectiva, celebrado en 1981, dispone que “se deberán adoptar medidas adecuadas a las condiciones nacionales para fomentar la negociación colectiva”. Entre las medidas que promueve, señala: a) que la negociación colectiva sea posibilitada a todos los empleadores y a todas las categorías de trabajadores de todas las ramas de la actividad económica; b) que la negociación colectiva sea progresivamente extendida a todas las materias a las que se refiere el artículo 2 del convenio (fijar las condiciones de trabajo y de empleo, regular las relaciones entre empleadores y trabajadores y las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una o varias organizaciones de trabajadores); c) fomentar el establecimiento de reglas de procedimiento convenidas entre las organizaciones de los empleadores y las organizaciones de los trabajadores; d) que la negociación colectiva no resulte obstaculizada por la inexistencia de reglas que rijan su desarrollo o la insuficiencia o el carácter impropio de tales reglas; y e) que los órganos y procedimientos de solución de los conflictos laborales estén concebidos de tal manera que contribuyan a fomentar la negociación colectiva.

Capítulo 3

Los sujetos de la negociación colectiva

Las partes son elementos esenciales de cualquier negocio jurídico, fundamentalmente de los contratos. El convenio colectivo es, en su estructura, un contrato en tanto se trata del acuerdo de voluntades entre dos partes. Por eso la ley se encarga de delimitar concretamente quiénes pueden ser sujetos o tienen capacidad para celebrar un convenio colectivo de trabajo.

Al respecto, la Ley de Convenciones Colectivas de Trabajo (N° 14250) dispone en su artículo primero que “las convenciones colectivas de trabajo que se celebren entre una asociación profesional de empleadores, un empleador o un grupo de empleadores, y una asociación sindical de trabajadores con personería gremial, se rigen por las disposiciones de la presente ley”.

Cada una de las partes tiene un determinado ámbito de representación. En el caso de la parte patronal dependerá de quién negocie: si es una empresa, representa solo a esa empresa; si en cambio es una asociación de empleadores, el ámbito de su representación dependerá de lo que establezcan sus estatutos. En el caso de la parte sindical, la capacidad representativa está determinada por el alcance de su personería gremial. Pero el ámbito de negociación, esto es, el conjunto de relaciones laborales incluidas en las disposiciones del convenio, es un ámbito distinto pero que debe coincidir con la representación de ambas partes. De este modo, el convenio puede tener un ámbito igual o menor al ámbito de representación de las partes, pero nunca mayor. Nadie puede negociar ni establecer derechos y obligaciones fuera del ámbito de representación de ambas partes conjuntamente. Aunque sí podría una asociación con representación para toda una actividad negociar solo para una empresa. Del

mismo modo, una asociación nacional puede celebrar un convenio nacional, pero también uno provincial, siempre dentro de su ámbito personal de representación. En cambio, un sindicato local (con ámbito provincial) no tiene capacidad para celebrar convenios más allá de su territorio.

Según tiene establecido la ley vigente, solo puede celebrar un convenio colectivo, de parte de los trabajadores, una asociación sindical con personería gremial. Esto es, cualquier tipo de asociación sindical, sea de actividad, de profesión, oficio o categoría o de empresa, una asociación de primer grado, segundo o incluso una confederación, mientras haya obtenido el reconocimiento estatal de ser la más representativa, esto es, la personería gremial.

Esta disposición es congruente con el régimen de las asociaciones sindicales que establece las condiciones y procedimiento para obtener la personería gremial, así como los derechos exclusivos derivados de la condición de asociación más representativa. Expresamente el artículo 31, inciso c, de la Ley N° 23551 dispone que el derecho de “intervenir en negociaciones colectivas” es exclusivo de la asociación sindical con personería gremial.

Algunos autores entienden que una asociación sindical simplemente inscripta podría intervenir en negociaciones colectivas en aquellos supuestos en los que no hubiere en la misma actividad o categoría asociación sindical con personería gremial, extendiendo la disposición del artículo 23 de la Ley de Asociaciones Sindicales que dispone que en ese caso pueden “representar los intereses colectivos”. Esta interpretación, sin embargo, no es pacífica.

A partir de la reforma introducida en el año 2000 por la Ley N° 25250, ratificada luego en este punto particular por la Ley N° 25877, la ley de convenciones colectivas dispone que cuando se negocie un convenio colectivo de empresa, la representación de los trabajadores en la negociación estará a cargo del sindicato cuya personería gremial los comprenda pero

se integrará también con delegados del personal, en un número que no exceda la representación establecida en el artículo 45 de la Ley N° 23551 hasta un máximo de CUATRO (4), cualquiera sea el número de trabajadores comprendidos en el convenio colectivo de trabajo de que se trate (art. 17 de la Ley N° 14250).

A diferencia de lo que ocurre con la representación sindical, la ley no contiene prácticamente ninguna regulación sobre la parte patronal. Lo único que establece la norma bajo análisis es, como ya vimos, que por la parte empleadora puede participar “una asociación profesional de empleadores, un empleador o un grupo de empleadores”. Esta disposición no resuelve la situación de la representación patronal en el supuesto de que se negociara con toda una actividad.

La regla que se sigue normalmente en estos tiempos, luego de décadas de aplicación de esta norma y de numerosas rondas negociales habidas en la historia nacional, es que el legitimado o habilitado para negociar colectivamente por la parte empresarial es el firmante de la convención colectiva anterior. Esto en principio y salvo que no haya una nueva asociación o cámara patronal que pretenda intervenir. Además de ser la costumbre, se desprende interpretando *a contrario sensu* lo dispuesto por el artículo 2 de la Ley de Convenciones Colectivas de Trabajo cuando dispone que “en caso que hubiese dejado de existir la o las asociaciones de empleadores que hubieran acordado la anterior convención”, indicando que si no dejó de existir, es la legitimada a firmar.

Esta regla cede solo cuando la autoridad de aplicación dispusiera otra cosa, integrando la comisión negociadora en función de la aparición de otras asociaciones o la pérdida de representatividad de la anterior.

Así lo establece el artículo 2 de la Ley N° 14250. En efecto, la norma establece que

en caso que hubiese dejado de existir la o las asociaciones de empleadores que hubieran acordado la anterior convención colectiva o que la existente no pudiere ser calificada de suficientemente representativa o que no hubiere ninguna, la autoridad de aplicación, siguiendo las pautas que deberán fijarse en la reglamentación, atribuirá la representación del sector empleador a un grupo de aquellos con relación a los cuales deberá operar la convención o tener como representantes de todos ellos a quien o a quienes puedan ser considerados legitimados para asumir el carácter de parte en las negociaciones.

Lo que no están establecidas son las “pautas” que “deberán fijarse en la reglamentación” para determinar a quién se atribuya la representación.

De todas maneras, es esperable que la autoridad de aplicación continúe utilizando los criterios de reglamentaciones anteriores, tales como el número de trabajadores ocupados por los empleadores asociados a cada cámara empresarial, la importancia económica de las empresas representadas, las características propias de la actividad empresarial de que se trate y la cantidad de empleadores adheridos.

1. Actividades excluidas de la Ley N° 14250. La actividad docente estatal y el sector público

El artículo 1 de la Ley de Convenciones Colectivas de Trabajo (N° 14250) expresamente señala que estas disposiciones no son aplicables a los trabajadores docentes estatales y los empleados públicos que se rigen por disposiciones especiales. En efecto el artículo mencionado dispone que del régimen general establecido en esta ley “sólo están excluidos de esta ley los trabajadores comprendidos en las Leyes N° 23929 y N° 24185, en tanto dichas normas regulan sus propios regímenes convencionales”.

La Ley N° 23929 regula las negociaciones colectivas que se entablen entre el Estado y las asociaciones sindicales representativas de los trabajadores docentes, cualquiera sea el nivel, rama o especialidad, siempre que presten servicios en escuelas, establecimientos, institutos o universidades, sin más condición que la de mantener relación de empleo con un ente oficial. A su vez, la Ley N° 24447 y Decreto N° 1007/95, así como la Ley de Financiamiento Educativo N° 26075 (art. 10) contienen disposiciones complementarias respecto de la negociación colectiva en el sector educativo estatal.

Capítulo 4

El contenido de la negociación colectiva

El contenido del convenio colectivo está dado por el conjunto de temas sometidos a negociación y que finalmente integrarán el plexo de derechos y obligaciones pactados por los sujetos habilitados para firmar convenciones colectivas de trabajo.

En la Ley de Convenciones Colectivas de Trabajo (LCCT) bajo análisis encontramos un contenido obligatorio, un contenido posible o permitido y un contenido prohibido. En efecto, la ley impone la obligación de incluir determinadas cuestiones –mayormente formales pero no sin importancia–, deja amplia libertad para que las partes establezcan materias sujetas a la negociación y el acuerdo y también establece límites claros a la autonomía de la voluntad prohibiendo la inclusión de determinadas cláusulas o condiciones.

1. El contenido obligatorio

La Ley N° 14250 en su redacción actual (conf. Ley N° 25877) establece que las convenciones colectivas de trabajo se deben celebrar por escrito y deben consignar:

- a) lugar y fecha de su celebración;
- b) el nombre de los intervinientes y acreditación de sus personerías;
- c) las actividades y las categorías de trabajadores a que se refieren;
- d) la zona de aplicación;
- e) el período de vigencia;
- f) las materias objeto de la negociación.

Esta norma establece los requisitos formales que deben cumplimentar las convenciones colectivas de trabajo, los que no parece que constituyan una afectación del carácter voluntario de la negociación, sino más bien una reglamentación razonable.

El primer inciso no hace más que exigir la fijación del lugar y fecha. En cuanto a los requisitos que exige el inciso b, pareciera que tanto el nombre de los intervinientes así como la personería que ostentan son requisitos a cumplimentarse con anterioridad a la celebración de la convención colectiva, en tanto que la acreditación de la personería invocada es un acto que debe cumplimentarse al constituir la comisión negociadora o en oportunidad de operarse modificaciones posteriores en su integración.

Los incisos c, d y e se refieren respectivamente a los ámbitos de aplicación personal, geográfico y temporal de la convención colectiva.

En cuanto a los dos primeros, ámbitos personal y geográfico, las partes signatarias podrán celebrar el convenio colectivo dentro del ámbito de representación que cada una posee. El convenio colectivo podrá celebrarse por los ámbitos personal y geográfico en el que ambas representaciones coincidan (va de suyo, cada parte por el sector que representa), no pudiendo el convenio negociarse por ámbito superior al de coincidencia de los ámbitos de representación de las partes. En cambio, nada obsta a que el convenio que celebren sea por un ámbito inferior al de coincidencia de representaciones, siempre que se encuentre incluido en este.

De tal forma, el sector sindical solo podrá negociar un convenio colectivo para el ámbito en el cual tiene conferida la personería gremial, ya sea para todo ese ámbito o para una parte. El análisis del ámbito posible resulta más sencillo en la evaluación de la representación del sector sindical, ya que su aptitud negocial se encuentra dada por el ámbito por el cual posee personería gremial.

En cuanto a la aptitud negocial del sector patronal, en caso de tratarse de una asociación de empleadores, en principio no podrá concertar convenio colectivo por un ámbito superior al que le confiere su estatuto; igualmente en este supuesto, como en aquellos en que no exista cámara patronal y la representación sea conferida a un empleador o grupo de empleadores, el tema

encuentra solución en la aptitud de representación que le sea atribuida por el Ministerio de Trabajo (ver art. 2, Ley N° 14250).

El requisito de consignar el período de vigencia (inc. e) de la convención colectiva tiene relevancia a efectos de determinar el inicio de su vigencia, la que bien puede coincidir con su homologación (conforme a la nueva redacción del art. 5 de la Ley N° 14250) o bien en la fecha que las partes acuerden dentro de la libertad negocial (y siempre que haya sido homologado o, en su caso, registrado).

En cuanto a la finalización del período de vigencia, solo tiene efecto en el supuesto de que las partes hayan acordado expresamente la carencia de ultraactividad del convenio o de alguna o algunas de sus cláusulas. De lo contrario, y en atención a la ultraactividad de las cláusulas del convenio, el acuerdo sobre el término de vigencia solo adquirirá relevancia a fin de determinar el momento de resurgimiento del derecho a promover el procedimiento de negociación colectiva para renovar el convenio vigente, en tanto el artículo 12 de la Ley N° 14250, prevé que sesenta días antes del vencimiento de una convención colectiva, cualquiera de las partes interesadas podrá solicitar la iniciación de las negociaciones tendientes a la concertación de una nueva convención.

Por último, la consignación del período de vigencia también tendrá relevancia para determinar el límite temporal de eventuales cláusulas de paz a cargo del sector sindical, las que por su naturaleza entendemos no están comprendidas en la ultraactividad del convenio colectivo.

La Ley N° 25877 ha incorporado al artículo 3 de la Ley N° 14250 el inciso f, estableciendo que también constituye contenido necesario del convenio colectivo la consignación de las “materias objeto de la negociación”.

La norma se refiere, en realidad, a las materias objeto de acuerdo, materias que integran el convenio colectivo celebrado por las partes, y no a las que han sido objeto de negociación pero sobre las que no ha existido acuerdo, ya que carecería de sentido que se incluyeran en el convenio colectivo el relevamiento de materias sobre las que ha existido negociación pero no acuerdo.

Esta norma exige un requisito sobreabundante toda vez que del propio contenido del convenio colectivo, de sus cláusulas, surgen las materias sobre las que ha recaído el acuerdo y que lo integran como tal.

Durante la vigencia de la Ley N° 25250, esta obligaba también a las partes a incluir la denominada “cláusula de descuelgue”. La norma mencionada (incorporada por el art. 10 de la Ley N° 25250) disponía:

Los convenios colectivos de ámbito superior al de empresa establecerán las condiciones y procedimientos para excluir de su régimen a las empresas cuya estabilidad económica pudiere verse afectada si se aplicare ese régimen.

Si aquellos convenios no establecieran esas condiciones y procedimientos, la exclusión de una empresa sólo procederá si fuere acordada entre el empleador y el sindicato signatario del convenio colectivo, cuando así lo requiriere la situación económica de la empresa frente a situaciones de crisis y por un período determinado. En tal caso, la representación de los trabajadores deberá integrarse del modo previsto en el artículo 22 de esta ley. Si el empleador y la representación de los trabajadores no lograren un acuerdo relativo a la exclusión de la empresa del régimen general de convenio o a las nuevas condiciones salariales que regirán en aquélla, una u otra cuestión serán resueltas por la Comisión Paritaria de Interpretación del Convenio, constituida de conformidad con lo previsto en los arts. 14 a 17 de esta Ley.

Esto es, las partes estaban obligadas a pactar una cláusula que estableciera esas regulaciones.

2. Contenido permitido o posible

2.1. Cláusulas normativas y obligacionales

Dentro del amplio campo de la autonomía de la voluntad, las partes tienen libertad para establecer una variada gama de derechos y obligaciones. En la clasificación tradicional de las disposiciones que integran una convención colectiva de trabajo se han distinguido dos tipos de cláusulas: las cláusulas normativas y las obligacionales. La terminología empleada no ayuda a entender la diferencia entre ambas así que pasaremos a explicar a qué tipo de cláusulas se las denomina “normativas” y a cuáles “obligacionales” y, fundamentalmente, la diferencia –a veces no tan visible– entre ambas.

Se denomina cláusulas normativas a las cláusulas que establecen derechos y obligaciones para los sujetos comprendidos dentro del ámbito de negociación del convenio. Esto es, para los empleadores y trabajadores incluidos en el territorio y actividad o categoría en los que regirá la convención colectiva. Son las cláusulas a las que deben ajustarse todos ellos aun cuando no hayan sido parte del convenio.

Las cláusulas obligacionales en cambio son aquellas que establecen derechos y obligaciones para los firmantes de la convención. Esto es, para las partes signatarias del convenio colectivo de trabajo; y tienen efecto solamente entre los sujetos firmantes.

Aun cuando no sea estrictamente así, se dice que las normativas establecen derechos y obligaciones para los trabajadores (para las partes del “contrato de trabajo individual”) y establecen las obligacionales para los sindicatos (para las partes del convenio colectivo).

Las cláusulas normativas suelen referirse a las condiciones de trabajo. Son las cláusulas del convenio que establecen los salarios básicos convencionales, que regulan las licencias, las vacaciones y demás instituciones del derecho individual del trabajo. Existe plena libertad para crear derechos o mejorar los ya existentes. Como regla general, las partes tienen libertad para fijar condiciones de trabajo por encima de los mínimos establecidos por la ley.

Las cláusulas obligacionales más frecuentes son las que establecen aportes o contribuciones a favor de la entidad sindical y las que establecen condiciones de “paz social” entre los firmantes.

2.2. Las cláusulas sindicales

Dentro de la amplia gama de cláusulas que pueden pactarse en una convención colectiva existe un conjunto de disposiciones que la doctrina ha denominado “cláusulas sindicales” que merecen un análisis particular por su posible colisión con otras normas del modelo sindical que protegen la libertad sindical individual, puntualmente el derecho a afiliarse en su faz negativa (no afiliarse o desafilarse).

Sin llegar a reglamentar de modo general la obligatoriedad de la afiliación, en numerosos países se admite que la libertad individual de no afiliarse o de desafiliarse pueda ser limitada en pos de los beneficios que otorga al conjunto de los trabajadores el incremento de la cantidad de afiliados y de la capacidad económica de la asociación. Esto se promueve a través de las denominadas “cláusulas sindicales”, también llamadas “cláusulas de seguridad sindical” o “cláusulas de consolidación sindical”.

Se trata de cláusulas que disponen prohibiciones –directas o indirectas– dirigidas al empleador para que no contrate trabajadores no afiliados al sindicato pactante, o bien bajo la forma de obligación de despedir a trabajadores que no se afilien o que se desafilien al sindicato.

La Ley de Convenciones Colectivas establece expresamente en el artículo 9 que “la convención colectiva podrá contener cláusulas que acuerden beneficios especiales en función de la afiliación a la asociación profesional de trabajadores que la suscribió”, y en el párrafo siguiente que “las cláusulas de la convención por las que se establezcan contribuciones a favor de la asociación de trabajadores participantes, serán válidas no sólo para los afiliados, sino también para los no afiliados comprendidos en el ámbito de la convención”.

En el derecho comparado se han identificado una amplia gama de cláusulas sindicales, siendo las siguientes las más frecuentes:

a) La cláusula *closed shop* (taller cerrado). En el convenio colectivo se establece una disposición por la cual el empleador se compromete a no contratar trabajadores que no estén afiliados al sindicato firmante. Se trata de una cláusula que limita la libertad de no afiliarse.

b) La cláusula *union shop* (taller sindical). Se establece en el convenio la obligación del empleador de despedir a aquellos trabajadores que estén trabajando en la empresa o que recién ingresan a la empresa y que no se afilien dentro de un plazo determinado. Esta cláusula también limita la libertad de no afiliarse.

c) La cláusula *hiring hall* (agencia de contratación). Se pacta que los empleadores contraten trabajadores exclusivamente a través de la bolsa de trabajo del sindicato. Como para estar incluido en esta nómina también hay que estar afiliado, esta cláusula limita también la libertad de no afiliarse.

d) La cláusula *preferencial hiring* (contratación preferente). Se establece en el convenio colectivo que, al momento de incorporar a un trabajador, el empleador debe dar preferencia al que esté afiliado al sindicato por sobre el que no lo esté. Es otra forma de limitar la libertad de no afiliación, pero de una manera más tenue, en tanto admite la posibilidad de contratar trabajadores no afiliados mientras no haya otro postulante en igual situación que sí lo esté.

e) La cláusula *maintenance of membership* (mantenimiento en la afiliación). Esta cláusula dispone que el empleador se obliga a despedir a los trabajadores que se desafilien del sindicato firmante del convenio. En este caso la libertad que se limita es la de desafiliarse.

f) La cláusula *preferencial shop* (tratamiento preferencial). Se establece en el convenio colectivo derechos exclusivos para los trabajadores que estén afiliados al sindicato y que no se reconoce al resto. Este tipo de cláusula, que también podría considerarse como una limitación a la libertad de no afiliarse, se encuentra expresamente prevista en la Ley de Convenciones Colectivas de Trabajo (N° 14250) cuando establece que “la convención colectiva podrá contener cláusulas que acuerden beneficios especiales en función de la afiliación a la asociación profesional de trabajadores que la suscribió” (art. 9).

g) La cláusula *agency shop* (cotización sindical obligatoria). Se pacta en el convenio que los trabajadores no afiliados al sindicato también deben efectuar una contribución obligatoria a favor de la asociación sindical y que el empleador debe actuar como agente de retención de dicho aporte. Al respecto, el segundo párrafo del artículo 9 de la Ley de Convenciones Colectivas de Trabajo también permite que “las cláusulas de la convención por las que se establezcan contribuciones a favor de la asociación de trabajadores participantes, serán válidas no sólo para los afiliados, sino también para los no afiliados comprendidos en el ámbito de la convención” (art. 9, Ley N° 14250).

La utilización de estos términos en idioma inglés obedece, fundamentalmente, a que este tipo de cláusulas se utilizan y se encuentran permitidas en países de tradición anglosajona (Estados Unidos, Gran Bretaña, Australia, Nueva Zelanda, Canadá, etc.).

Las últimas dos cláusulas se encuentran expresamente previstas en nuestra legislación. La posibilidad de establecer beneficios especiales a los trabajado-

res que estén afiliados al sindicato firmante es una disposición válida pero de infrecuente uso.

En cambio, son muy habituales las cláusulas que imponen contribuciones en favor de la asociación de trabajadores participantes a los trabajadores no afiliados al sindicato, pero comprendidos en el ámbito de la convención. A estas cláusulas se las denomina “contribuciones de solidaridad”.

Las denominadas “contribuciones de solidaridad” son contribuciones fijadas al momento de celebrar un nuevo acuerdo y están destinadas a retribuir al sindicato la acción desplegada en la obtención de las mejoras condiciones de trabajo plasmadas en sus cláusulas. Deben ser pagadas por todos los trabajadores a quienes beneficia el convenio, con prescindencia de su afiliación.

La posibilidad de incorporar este tipo de cláusulas se encuentra expresamente prevista por la legislación nacional vigente. En primer lugar, la Ley de Asociaciones Sindicales (Ley N° 23551) dispone que “el patrimonio de las asociaciones sindicales de trabajadores estará constituido por: a) las cotizaciones ordinarias y extraordinarias de los afiliados y **las contribuciones de solidaridad que se pacten en los términos de la ley de convenciones colectivas**” (conf. art. 37).

A su vez, la Ley N° 14250 (t.o. Decreto N° 1135/04) en su artículo 9 expresamente establece: “La convención colectiva podrá contener cláusulas que acuerden beneficios especiales en función de la afiliación a la asociación profesional de trabajadores que la suscribió” y que **“las cláusulas de la convención por las que se establezcan contribuciones a favor de la asociación de trabajadores participantes, serán válidas no sólo para los afiliados, sino también para los no afiliados comprendidos en el ámbito de la convención”**.

Por otro lado, la validez constitucional de este tipo de cláusulas ha sido pacíficamente admitida por la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo.¹

1 Ver, entre muchos otros fallos, Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala X. 10/06/2003. “Federación de Empleados de Comercio y Servicios c/ Becher Lichtenstein y Asociados s/ cobro de aportes o contribuciones”, Expediente N° 24650/00; Sala II, SD N° 85290. 25/02/99. “Unión Obreros y Empleados Plásticos c/ Paufed SRL s/ cobro de aportes”; Sala VIII. 17/06/1998, *in re*: “Sociedad Argentina de Locutores c/ Flehner Films S. A.”.

También han sido convalidadas estas cláusulas por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En este sentido el máximo tribunal de la Nación ha señalado, respecto de la validez de aportes a favor de la asociación sindical signataria del convenio colectivo a cargo de trabajadores que no son afiliados a la entidad gremial, que es aplicable al caso lo resuelto reiteradamente por la Corte en el sentido de que “el voluntario sometimiento de los interesados a un régimen jurídico, con participación de sus beneficios, sin reserva alguna, determina la improcedencia de su impugnación ulterior con base constitucional” y que no puede válidamente acogerse a los beneficios del convenio pero rechazar las obligaciones allí pactadas.²

Finalmente, la doctrina nacional coincide, pacíficamente, respecto de la validez de este tipo de disposiciones convencionales.³

Los cuestionamientos a este tipo de cláusulas y la declaración de invalidez por parte de la jurisprudencia se han fundamentado en aquellos casos concretos en los que las contribuciones solidarias son asimiladas, confundidas (incluso en la denominación) con las cuotas sindicales que implican afiliación al sindicato, y en los casos en los que no fueran razonables por “no estar limitadas en el tiempo” o porque “su importe resultara desproporcionado con relación a las contribuciones que pagan los trabajadores afiliados a la entidad sindical” o “en relación a los beneficios del convenio”.⁴

2. Conf. Fallo 12/4/72. “Potenzo, Pablo L. c/ Federación de Empleados de Comercio. DT, 1972, p. 579; Fallos 313:163 in re: “Marcelo F. Colombo Murúa c/ Nac. Arg.”; Sala IX. 30/10/98, in re “Sociedad Argentina de Locutores c/ González del Cerro Carvajal S. A.”; en igual sentido, Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VI. 27/05/1988. “Casuso, Gustavo c/ S. A. D. A. I. C.”. SD N° 61135.

3. Conf. Rodríguez Mancini, J. (1998). Las instituciones del derecho colectivo del trabajo y la Constitución Nacional. En Álvarez, E. O. (1998). *Derecho colectivo del trabajo*. Buenos Aires: La Ley, p. 55; Etala, C. A. (2002). *Derecho colectivo del trabajo*. Buenos Aires: Astrea, p. 315; Corte, N. T. (1994). *El modelo sindical argentino: régimen legal de las asociaciones sindicales*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni; Fernández Madrid, J. C. (2007). *Tratado práctico de Derecho del Trabajo*. Buenos Aires: La Ley.

4. Ver, entre otros fallos: Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala V. 22/08/2006. “Álvarez, Ricardo Oscar y otros c/ Ministerio de Trabajo Empleo y Seguridad Social de la Nación y otro s/ Ministerio de Trabajo”.

No comparto esta jurisprudencia que, con prejuicios o con ánimo de debilitar a las organizaciones sindicales, impone exigencias que de ningún modo surgen del texto de la ley para validar las disposiciones nacidas de la libertad de contratación expresada en la autonomía colectiva.

3. Contenido prohibido. Cláusulas contrarias al orden público o al interés general

El artículo 7 de la Ley de Convenciones Colectivas de Trabajo establece 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 esas instituciones resultaran más favorables a los trabajadores y siempre que no afectaran disposiciones dictadas en protección del interés general. También serán válidas las cláusulas de la convención colectiva destinadas a favorecer la acción de las asociaciones de trabajadores en la defensa de los intereses profesionales que modifiquen disposiciones del derecho del trabajo siempre que no afectaren normas dictadas en protección del interés general.

Y ya el artículo 4, en el mismo sentido, adelantaba que “será presupuesto esencial para acceder a la homologación, que la convención no contenga cláusulas violatorias de normas de orden público o que afecten el interés general”. De esta manera la autoridad administrativa del trabajo ejerce un doble control sobre el contenido: un control de legalidad y un control de oportunidad.

De ahí se desprenden dos límites a la autonomía colectiva: la prohibición de pactar condiciones de trabajo contrarias al orden público laboral y contrarias al interés general.

La prohibición de incluir en el convenio colectivo condiciones de trabajo menos favorables que las establecidas en las leyes es, además de una disposición clara de la ley, una consecuencia lógica del principio protectorio establecido en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional y una disposición coherente con el sistema jurídico que regula las relaciones colectivas de trabajo en tanto están pensadas para mejorar las condiciones de vida y de trabajo de

los obreros, así como para equilibrar la situación de desigualdad en la que se encuentran las partes del contrato de trabajo como consecuencia de la hiposuficiencia del trabajador.

Por ello el artículo 8 dispone que “la aplicación de las convenciones colectivas no podrá afectar las condiciones más favorables a los trabajadores, estipuladas en sus contratos individuales de trabajo”, ratificando también el principio de la norma más favorable.

Capítulo 5

Intervención de la autoridad administrativa. La homologación

La autoridad administrativa del trabajo interviene a lo largo de toda la negociación. Está presente al momento de reconocer la aptitud representativa de los sujetos que negocian, actúa como órgano de contralor del desarrollo de las negociaciones y, fundamentalmente, interviene controlando el contenido del convenio a través del acto de la homologación.

1. La homologación

La homologación es el acto por el cual el Estado, a través del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, aprueba la convención colectiva pactada por las partes, otorgándole efecto de generalidad e imperatividad para todos los sujetos comprendidos en su ámbito.

Al decir de Ernesto Krotoschin, “la homologación tiene efecto constitutivo en cuanto a la obligatoriedad (general, forzosa) de la convención que sin ella sólo tendría valor y eficacia como contrato de derecho común”.¹

El artículo 3 de la Ley N° 14250 (t.o. 1953) no disponía qué tipo de controles debía efectuar el entonces Ministerio de Trabajo y Previsión para expedirse sobre la homologación, aun cuando del texto de sus artículos 6 y 7 podía entenderse que sus facultades se encontraban limitadas al control de legalidad.

1. Krotoschin, E. (1962). *Tratado práctico de Derecho del Trabajo: tomo II*. Buenos Aires: Depalma, p.736.

Decía el artículo 6 de la Ley N° 14250 (1953) 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 esas instituciones resultaran más favorables a los trabajadores y siempre que no afectaran disposiciones dictadas en protección del interés general. También serán válidas las cláusulas de la convención colectiva destinadas a favorecer la acción de las asociaciones de trabajadores en la defensa de los intereses profesionales que modifiquen disposiciones del derecho del trabajo siempre que no afectaren normas dictadas en protección del interés general

en tanto que el artículo 7 establecía que

las normas de las convenciones colectivas homologadas serán de cumplimiento obligatorio y no podrán ser modificadas por los contratos individuales de trabajo, en perjuicio del trabajador. La aplicación de las convenciones colectivas no podrá afectar las condiciones más favorables a los trabajadores, estipuladas en sus contratos individuales de trabajo.

La reforma a la Ley N° 14250 operada por la Ley N° 23545 previó expresamente dos tipos de controles: un control de legalidad de carácter objetivo (que no contenga cláusulas violatorias de normas de orden público o dictadas en protección del interés general), y uno de mérito, oportunidad o conveniencia, de carácter subjetivo o discrecional (que la vigencia de la misma no afecte significativamente la situación económica general o de determinados sectores de la actividad o bien produzca un deterioro grave en las condiciones de vida de los consumidores).

La Ley N° 25877² pareciera limitar el alcance de las facultades ministeriales de control de mérito, oportunidad o conveniencia al suprimir del texto normativo la exigencia de que las cláusulas de la convención no afecten significativamente la situación económica general o de determinados sectores de

2. Ley para cuyo análisis remito al comentario efectuado en Recalde, H. P., Ciampa, G. A. y Recalde, M. (2004). *Una nueva ley laboral*. Buenos Aires: Corregidor.

la actividad o bien produzca un deterioro grave en las condiciones de vida de los consumidores.

Tanto la Ley N° 14250 en su versión originaria (1953) como luego de modificada por la Ley N° 23545, en cuanto ponían a cargo del Ministerio de Trabajo tutelar el interés general, facultaban a este a controlar que las cláusulas de la convención colectiva no afectaran “normas [...] dictadas en protección del interés general”.

La nueva redacción del artículo 4 de la Ley N° 14250 (t.o. 2004), en atención a la supresión del contenido del control de mérito, oportunidad o conveniencia que establecía el anterior artículo 4 de la norma indicada, debe ser interpretado como una limitación al alcance de dicho control, pudiendo la autoridad administrativa velar que las cláusulas del convenio colectivo no afecten el interés general, pero no pudiendo observar el mismo por eventuales afectaciones a intereses sectoriales.

Existen en nuestra doctrina opiniones contrarias al sistema de homologación de las convenciones colectivas de trabajo.

Julio Simón se expresa a favor de la limitación del instituto de la homologación sosteniendo que

los convenios colectivos deben poseer eficacia jurídica y alcance general per se sin necesidad, salvo excepciones, de sujetarse a la homologación, atento a que el efecto erga omnes proviene de interpretar al convenio colectivo como herramienta de ejecución mínima de los principios y garantías previstos en el Artículo 14 bis de la Constitución Nacional. Sería, entonces, la representatividad negocial la que llegaría a adquirir mayor importancia jurídica y fáctica, como para merecer un tratamiento técnico diferenciado.

Además, se pronuncia a favor de un sistema que denomina de “control primario de legalidad-registro” mediante el cual

La verificación administrativa de los extremos legales, requeridos para la validez y legitimidad de un convenio colectivo, estarían suficientemente amparados si tal análisis se efectuara al momento de su presentación a la autoridad de aplicación para su registro, mediante un mecanismo breve y dinámico, diferente del actual. En el caso de que cualquier particular o entidad, con legi-

timación suficiente, entendiera que con la vigencia y registro del convenio se afectan sus derechos subjetivos o intereses legítimos, quedaría asegurada su posibilidad de recurrir, en sede administrativa y/o judicial, tal cuestión

Y preserva la exigencia de homologación únicamente para las actividades monopólicas o pseudomonopólicas.³

Desde un punto de vista contrario, y evaluando el sistema jurídico de convenciones colectivas de trabajo en la Argentina sobre la realidad en la cual opera, puede concluirse lo contrario. En efecto, un mecanismo breve y dinámico de control de legalidad puede ser implementado con el sistema normativo vigente que exige la homologación. Necesidad de homologación y tramitación breve y dinámica no son opuestos. La homologación de un convenio colectivo no tiene por qué no ser breve y dinámico, máxime cuando la Ley N° 14250 no prevé la exigencia de trámites suplementarios que los que serían exigibles para el registro.

Por otra parte, carece de sentido que la autoridad administrativa no se expida sobre el convenio colectivo mediante su homologación cuando efectuó el control que es presupuesto de esta.

Si bien en sistemas comparados tiene vigencia el sistema de registro y depósito del convenio colectivo y el proceso de impugnación,⁴ no parece conveniente ni apropiado para nuestra realidad.

Habiendo entrado en vigencia el convenio colectivo por el mero registro o depósito sin previo control del Ministerio de Trabajo, la impugnación posterior por parte de los sujetos legitimados no alcanzaría para inhibir los efectos peyorativos del convenio sobre las concretas relaciones laborales a las que se pudiera aplicar, máxime cuando mientras la nulidad del convenio no sea declarada, este produce todos los efectos legales que le son propios, debiendo ser acatados y cumplidos.⁵

3. Simón, J. C. (1998). Negociación Colectiva. En E. Álvarez, J. Bermúdez y J. Fernández Madrid et al, *Derecho Colectivo del Trabajo*. Buenos Aires: La Ley, p. 461-462.

4. Por ejemplo en el sistema español, ver Palomeque López, M. C. y Álvarez de la Rosa, M. (1999). *Derecho del trabajo*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, pp. 275 y 277.

5. Tal como resolvió, respecto de dicho sistema, el Tribunal Constitucional en sus sentencias del 19/10/81, 18/10/84 y 18/10/82, citadas en Lacomba Pérez, F. R. (1999), *La negociación*

Para evitar tales efectos –su efectiva aplicación, salvo y hasta que sea declarada su nulidad– se encuentra dirigido el recaudo de la homologación del convenio.

Es cierto que podría sostenerse que el recaudo de la homologación no ha impedido, en la experiencia argentina, que se homologaran y entraran en vigencia convenios colectivos de trabajo que afectaron derechos de los trabajadores, vulneraron el orden público laboral y violentaron expresas garantías constitucionales, pero es dable destacar que ello ha ocurrido no como consecuencia de la exigencia de homologación, sino, precisamente, por omisión de las autoridades del Ministerio de Trabajo de ejercer las funciones que la legislación vigente ponía bajo su responsabilidad en el control de los convenios colectivos sometidos a homologación.

Cabe lo señalado como demostrativo de la ineficacia relativa de los mecanismos de impugnación posteriores a la vigencia del convenio colectivo atacado, ya que las acciones que individualmente pudieron haber incoado trabajadores afectados por los ilegales convenios colectivos referenciados no tuvieron aptitud para evitar, aun en caso de un resultado favorable, que aquellos continuaran aplicándose a los trabajadores comprendidos en su ámbito que no hubieran accionado por su nulidad o ilegalidad.

Cabe asimismo señalar que la homologación del convenio colectivo por la autoridad administrativa no clausura su impugnación posterior, ya que, como bien recuerda el autor citado, “la mera circunstancia que un acuerdo colectivo sea homologado no le otorga validez intrínseca y corresponde a los jueces verificar si se ha cumplido con las disposiciones legales aplicables”⁶

En el mismo sentido, el Dr. Rodolfo Capón Filas ha sostenido: “La homologación que se hubiera dictado sin el suficiente control de legalidad o de conveniencia puede ser judicialmente perseguida”⁷

Por último cabe señalar que en atención a lo dispuesto por el artículo 20, inciso b, de la Ley N° 23551, constituye requisito previo para la homologación

del convenio colectivo estatutario. Valencia: Tirant lo Blanch, p.144.

6. Simón, J. C. (1998), *op. cit.*, p. 459.

7. Capón Filas, R. (2004). *Ley de Ordenamiento Laboral*. La Plata: Librería Editora Platense, p. 281.

de las convenciones colectivas de trabajo que el órgano deliberativo de la entidad sindical signataria del convenio haya aprobado, al menos, el anteproyecto de convención colectiva propuesto por la entidad.

La ley sindical, como derivación del principio de democracia interna, dispone que es el órgano deliberativo –órgano máximo en cada entidad– el que debe considerar los anteproyectos de convenciones colectivas de trabajo.

Ello obliga a que al menos el anteproyecto con que la entidad sindical llega a la mesa de negociación haya sido previamente aprobado por su asamblea o congreso.

Tal exigencia no obsta a que, tal como sucede en numerosos sindicatos, se someta a consideración de dicho órgano el texto de proyecto de convenio colectivo ya acordado con la contraparte, cuya celebración se efectúa ad referendum del órgano deliberativo sindical.

El Ministerio de Trabajo, en tanto autoridad de contralor, soslaya tal exigencia legal que se mantiene plenamente vigente y que constituye un requisito legal que debe ser exigido en el marco del control de la legalidad.

2. Convenios que no exigen homologación

El nuevo artículo 4 de la Ley N° 14250 (t.o. 2004) exime del requisito de la homologación a los convenios colectivos de empresa o grupos de empresas, salvo petición de las partes signatarias.⁸

No alcanza a vislumbrarse el sentido y finalidad de tal exención de homologación, toda vez que la propia norma exige que dichos convenios deberán observar las condiciones establecidas en el párrafo 2 del artículo (“que la convención no contenga cláusulas violatorias de normas de orden público o que afecten el interés general”). Si el Ministerio de Trabajo igualmente controlará el cumplimiento de los recaudos del párrafo segundo en las convenciones colectivas de empresa o grupos de empresas, menor sentido tiene que efectúe el control pero no expida resolución homologatoria.

8. Sobre esta disposición ver Recalde, H. P., Ciampa, G. A. y Recalde, M. (2004). *op. cit.*

Cumplir todos los procedimientos de control y no emitir la resolución que finaliza tales procedimientos no parece ser un mecanismo administrativo adecuado. Menos aún realizar tal control y, de advertir la existencia de una cláusula convencional violatoria de los recaudos previstos por el párrafo 2, carecer de facultades para impedir la entrada en vigencia de dicha convención colectiva.

Quizá podrá sostenerse que el recaudo de homologación se exige para “extender” los efectos del convenio a empleadores que no integraron directamente la representación patronal en la comisión negociadora o no se encontraron afiliados a la asociación patronal signataria del convenio colectivo; y que en el caso de los convenios colectivos de empresa o grupos de empresas todos los empleadores alcanzados por la obligatoriedad del convenio han participado directamente o estado representados en la comisión negociadora, por lo cual rige respecto de los mismos el artículo 1197 del Código Civil. Tal justificación puede ser parcialmente cierta, pero es insuficiente toda vez que el convenio colectivo de empresa o grupos de empresas también resulta obligatorio para los trabajadores, tanto afiliados como no afiliados al sindicato signatario; y respecto de los no afiliados, por tal motivo, no rige la regla del artículo 1197 del Código Civil. En consecuencia, parece irrazonable la no exigencia de homologación para dotar de imperatividad a los convenios colectivos de empresa o grupos de empresas.

3. Intervención sobre los convenios negociados

3.1. Derogación de un convenio colectivo por una ley posterior

No es pacífica la doctrina nacional en relación con esta posibilidad,⁹ y si

9. Ver Capón Filas, R. (1993). *El nuevo derecho sindical argentino*. La Plata: Librería Editora Platense, p. 61. Allí concluye: “1. Por el principio protector y garantía constitucional, el convenio colectivo no puede ser limitado por ley posterior o resolución estatal. 2. La norma que así procediese contradice el principio protector, viola la garantía constitucional y desprotege a la clase trabajadora. Por tal razón, cabe su declaración de inconstitucional como lo señala la CNAT Sala VI, por mayoría, en la causa “Becerra c/ Entel”.

bien la Corte Suprema de Justicia de la Nación¹⁰ ha convalidado la modificación de una convención colectiva a través de una ley, solo lo ha admitido en situaciones excepcionales, cuya interpretación debe seguir un criterio restrictivo.

La posición sostenida por el máximo tribunal en este tema ha evolucionado a lo largo de varios años. En uno de los primeros fallos en los que se expidió sobre el tema sostuvo que

la garantía acordada a los gremios de concertar convenios colectivos de trabajo no excluye la posibilidad de que **algunas de las disposiciones** contenidas en tales convenios sean dejadas sin efecto por una ley posterior, no demostrándose en el caso que el legislador hubiera ejercitado sus facultades de modo que excediera el límite de lo razonable¹¹ (el destacado me pertenece).

Siguiendo ese criterio, en el conocido precedente “Nordensthol, Gustavo c/ Subterráneos de Buenos Aires S. E.”,¹² el máximo tribunal exigió, además de la existencia de un estado de emergencia que convalidara las restricciones o pérdida de derechos, que el medio empleado guarde razonabilidad con el fin buscado. “Esto –dice el fallo– no es otra cosa que contrastar la validez del instrumento jurídico empleado para la consecución de lo que se considera un bien social en un momento dado”. Ese medio –agrega– “será admisible si no suprime ni hiere sustancialmente otros bienes amparados por la misma estructura constitucional”. Finalmente, la Corte consideró que en ese caso no se cumplía el requisito de la razonabilidad “ya que esta norma no impuso una limitación de derechos, sino que, lisa y llanamente, suprimió los que enumeraba el artículo 2º inciso a”. Y agregó que “el efecto producido por dicha norma excede el ejercicio válido de los poderes de emergencia del Estado, ya que aun en estas situaciones, no se puede válidamente trasponer el límite que señala el artículo 28 de la Constitución Nacional”.

10. Con una composición distinta de la actual que, vale destacarlo, se ha apartado de los criterios anteriores en varias oportunidades.

11. Fallos 301:608 y *Trabajo y Seguridad Social*, 1979, p. 469.

12. Fallos 307:326.

En ese mismo fallo se señaló que lo dicho resulta corroborado además por el pronunciamiento de la Corte en el precedente de *Fallos*: 172:21 cuando expresa, con apoyo en la doctrina de la Corte de EE. UU., que “la cuestión no es si la acción legislativa afecta a los contratos, directamente o indirectamente, sino si la legislación está dirigida a un fin legítimo, y si las medidas adoptadas son razonables y apropiadas para esa finalidad”.

Es oportuno traer a colación que en jurisprudencia de antigua data, como son por ejemplo los pronunciamientos registrados en *Fallos*: 136:16 y 172:21, cuyos principios sustanciales aparecen reiterados en *Fallos*: 208:10; 243:449 y 467, entre otros, se sentó la doctrina que reconoce la limitación válida de los derechos individuales y de las obligaciones nacidas de los contratos, en situaciones de excepción o de emergencia, siempre que las restricciones aludidas dejen a salvo la sustancia del derecho que se limita, ya que, como se expresó en el voto de los doctores Aráoz de Lamadrid y Oyhanarte en *Fallos* 243:467, 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.

También en el fallo dictado *in re* “Soengas”¹³ se admitió la modificación de un convenio a través de una ley “en situaciones de emergencia social y económica” en las que “la regulación de los derechos personales puede ser más enérgicamente ejercida que en los períodos de sosiego y normalidad”, y porque en ese caso concreto la ley

no sobrepasó los límites que circunscriben al poder de policía de emergencia, ya que se trató de la modificación del sistema de cálculo de una remuneración complementaria que de ninguna manera resultó abrogada, y los impugnantes no demostraron disminución en sus remuneraciones ni pueden invocar un derecho adquirido al aumento futuro de éste.

Finalmente, en el caso “Cocchia”,¹⁴ si bien la Corte convalidó la derogación de un convenio colectivo a través de una norma heterónoma, también se con-

13. Fallos 313:664

14. *Revista Derecho del Trabajo* (1994-A), 681.

dicionó su constitucionalidad a la existencia de una “emergencia” declarada por ley y a que la restricción se dicte “sin violar ni suprimir las garantías que protegen los derechos patrimoniales”.

En definitiva, para convalidar la derogación de un convenio a través de una ley del Congreso, la Corte Suprema de Justicia de la Nación siempre ha exigido la existencia de una *situación excepcional de emergencia social y económica*¹⁵ y, además, que la restricción se ajuste al principio de *razonabilidad*.¹⁶

Merece destacarse que la minoría de los fallos citados, en cambio, sostuvo como regla la interpretación de que las convenciones colectivas no podían ser dejadas sin efecto por una ley, dado el reconocimiento constitucional de su valor como fuente del derecho autónomo.

En el primero de esos fallos se señaló que

las convenciones colectivas de trabajo, el derecho a cuya concertación está garantizado por el artículo 14 bis de la Constitución, constituyen una fuente de derecho de origen extra estatal pero incorporada al régimen normativo laboral después de su homologación (arts. 3, 8 y 9 de la ley 14.250). Por tanto, si bien es indiscutible que aun cuando otorguen condiciones más favorables para el trabajador que las comunes de la ley laboral, pueden ser derogadas por otras convenciones posteriores, una vez otorgada la homologación no podrían ser dejadas sin efecto por la ley. De lo contrario, perdería toda eficacia el reconocimiento constitucional de su valor como fuente de derecho autónoma, ya que su vigencia estaría supeditada a lo que dispusiese en contrario una norma de jerarquía inferior a la que otorga dicho reconocimiento. No obsta a esa conclusión la circunstancia de que las garantías constitucio-

15. Refiriéndose a la doctrina de la Corte Suprema de Justicia, sobre la posibilidad de intervenir por vía legal en las regulaciones convencionales, Justo López afirma: “el carácter excepcional es esencial a la noción de ‘emergencia’ o ‘estado de necesidad pública’. Entender lo contrario sería admitir la ideología totalitaria de Rubachov, el protagonista de la novela de Arthur Koestler *Oscuridad a Mediodía* (*El Cero y el Infinito*, en la traducción española) cuando decía algo así: ‘siempre estamos en estado de necesidad’”.

16. “Es precisamente eso lo que puede ser materia de controversia e, incluso, de apreciaciones opuestas: si la restricción de los derechos personales, como medio de superar (o ‘remedio’ de) la emergencia o estado de necesidad pública guarda una razonable proporción con la gravedad de aquella emergencia o estado de necesidad” (López, J. (1994). Relación entre ley estatal y autonomía colectiva. Ponencia). XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. *Revista Derecho del Trabajo* (1994-A), 871).

nales no sean absolutas, pues conforme a lo que resulta de la doctrina de los arts. 14 y 28 de la Carta Magna, las garantías y derechos reconocidos en ella no pueden ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio; y la posibilidad de que se dejen de lado por ley posterior las normas de los convenios colectivos más favorables para los trabajadores excluiría en lugar de limitar o reglamentar la garantía en cuestión. Tampoco está en juego la prelación normativa estatuida en el artículo 31 de la Constitución, ya que la agregación del artículo 14 bis, en cuanto incluye una fuente de derecho laboral antes no prevista, determina que ésta deba ser insertada en ese orden según las características que le son propias, de modo de cumplir el principio según el cual la interpretación de las normas constitucionales no debe hacerse de modo que unas anulen o dejen sin valor a otras, ya que el texto debe ser analizado como un conjunto armónico, dentro del cual cada una de las disposiciones ha de interpretarse de acuerdo con el contenido de las demás y no en forma aislada e inconexa (*Fallos*: 167:121; 190:571; 194:371; 240:311; 296:432 y voto del Dr. López en *Fallos*: 301:1122).

El criterio minoritario del fallo Nordensthol fue complementado posteriormente por los doctores Belluscio y Fayt al pronunciarse en el caso Soengas. Allí sostuvieron la necesidad de efectuar

un examen de la naturaleza jurídica propia de la convención colectiva de trabajo y su condición de ley profesional material, a la vez que, y con carácter excepcional, su subordinación o condicionamiento a leyes directa e inmediatamente vinculadas a situaciones de real emergencia, precisamente porque lo que la Constitución Nacional protege es la fuente de derecho autónoma sectorial y extraparlamentaria.

En cuanto a la naturaleza del convenio colectivo de trabajo recordaron que

no es un tema pacífico en el ámbito de la doctrina. Se lo considera instituto de derecho público o de derecho privado y ya en esta zona si expresa la autonomía individual o la autonomía colectiva. Se suman como elementos críticos la distinción entre el acto de convenir y lo convenido, entre el acto de contraer y lo contraído. Cuando se la considera derecho autónomo de origen extra estatal se quiere significar su carácter de acto bilateral concertado entre sujetos que representan grupos sociales concretos con intereses puestos, con el fin de establecer obligaciones de alcance general para los

integrantes de tales grupos. La fase de negociación entre las partes culmina en un acto normativo producto de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes, que asume por el proceso de igualación, condición de ley profesional material. No se trata de una ley estatal, de la que se distingue tanto cualitativa como cuantitativamente, orientada siempre al bien común o general. Es un producto de la autonomía de un sector profesional o empresario, protagonistas de la bilateralidad del acto y no de los órganos legislativos del Estado, donde se expresan los representantes del pueblo como entidad política. De ahí la referencia a su origen extra estatal. Pero siempre el poder normativo es privado, no son normas públicas, y los intereses que regulan, aun siendo sectoriales o grupales, siguen siendo privados. La homologación, en esencia, implica control de compatibilidad del convenio con el interés público, un medio de protección del interés general, de modo que la vigencia del convenio colectivo laboral no afecte la situación económica general o signifique un detrimento en las condiciones de vida de la población consumidora (Ley N° 14250 y Decreto Reglamentario N° 6852/54).

En definitiva, y más allá de las sesudas argumentaciones expuestas en los votos minoritarios precedentemente expuestos, el criterio predominante es el que admite la supremacía de la norma estatal por sobre los convenios colectivos y la posibilidad de establecer por esta vía limitaciones “razonables” al derecho a concertar convenciones colectivas de trabajo (art. 14 bis) de manera libre y voluntaria (art. 4, Convenio N° 98 OIT). No obstante, y más allá del juicio de valor que merezcan estos fallos, lo cierto es que las situaciones examinadas suponían un estado de *emergencia nacional* y la necesidad de preservar el interés general frente a intereses o derechos particulares, únicos supuestos en los que se admiten medidas de excepción, como lo es la modificación de un convenio colectivo a través de una ley.

3.2. La deshomologación de convenios colectivos

Una nueva forma de intervención sobre los convenios colectivos homologados se produjo con la sanción del Decreto N° 1553/96, que pretendió facultar al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social a “deshomologar” los convenios colectivos, esto es, revocar total o parcialmente la homologación de una convención colectiva de trabajo cuando: a) sus cláusulas se opongan a normas

legales dictadas con posterioridad a la homologación; b) exista declaración de ilegalidad de alguna de sus cláusulas; c) habiendo vencido el término pactado, considerara que su vigencia no reúne ya los requisitos del artículo 4 de la Ley N° 14250 (t.o. Dto. N° 108/88).

El Decreto N° 1553/96 fue derogado por Decreto N° 50/99, con posterioridad a su declaración de inconstitucionalidad en los autos “Confederación General del Trabajo de la República Argentina c/ Estado Nacional - Poder Ejecutivo Nacional” (Sala de FERIA, 24/01/97, DT 1997-A-506).

En el fallo mencionado, y respecto del tema bajo tratamiento, se destaca del voto del Dr. Morando (al que adhiere la Dra. Guthman) la siguiente consideración:

Estrictamente, la Ley N° 14250 sólo prevé una intervención del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social limitada a la emisión del ya analizado juicio, en ocasión de la celebración de la convención colectiva, que hace operativo el efecto dispuesto por la ley. A partir de la homologación, y de la publicación, la vigencia del convenio se extiende por todo el lapso de duración previsto por las partes –salvo la hipótesis de ultraactividad–, sin que el órgano competente para el dictado de ese acto haya sido investido de la facultad de revisión permanente y de revocación que se le adjudican mediante el Decreto N° 1553/96. El acto mediante el cual el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social homologa una convención colectiva de trabajo produce sus efectos instantáneamente y, alcanzado su objeto, se extingue. No genera una situación jurídica *in fieri*, susceptible de revisión de oficio en cualquier momento en que la alteración de las condiciones que condujeron a su dictado así lo aconseje. Esta hipótesis, en el caso en que se estime deseable su acogimiento, debería resultar de una ley del Congreso, modificatoria de la Ley N° 14250.

Asimismo, el voto del Dr. Guibourg destacaba que

La homologación es, en definitiva, la aprobación administrativa del pacto concertado entre particulares. La autoridad de aplicación toma parte activa para convocar a las partes, encuadrar y facilitar la negociación y, finalmente, homologar su resultado luego de ejercer un control de oportunidad tanto como de legalidad. Aunque dicha aprobación, en el momento de prestarse, constituye el ejercicio de una facultad discrecional, ella no opera por sí sola la adquisición, para el poder administrador, de facultades de disposición sobre el convenio

mismo. Así como las partes sindical y patronal son libres para prestar o no prestar su acuerdo con el convenio que se negocia pero luego de firmado este se hallan ligadas por él, la homologación agota, luego de ejercida, la capacidad de adoptar decisiones discrecionales respecto de la validez del convenio: éste puede perder aplicabilidad en virtud de un nuevo acuerdo homologado, de una ley (en las condiciones establecidas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los casos 'Nordensthol' y 'Soengas') o de la ilegalidad o inconstitucionalidad declarada en su caso por la autoridad judicial competente. Tales son los casos previstos por los incisos a) y b) del artículo 1 del Decreto N° 1553/96, en los que la revocación de la homologación es redundante respecto de las facultades legislativa y judicial, sin dejar por ello de constituir una intromisión en la competencia de aquellos poderes. En cambio, la revocatoria autorizada en el supuesto del inciso c, que se funda en consideraciones de política económica y social (conf. art. 4, Ley N° 14250 t.o.) entra claramente en conflicto con normas de superior jerarquía.

Tal interpretación de los artículos 4 de la Ley N° 14250 y 6 de la Ley N° 23546 es, al mismo tiempo, consecuencia directa del artículo 14 bis de la Constitución, en cuanto garantiza a los gremios concertar convenios colectivos de trabajo. Que las partes colectivas puedan concertar convenios implica que tales convenios –luego de pasar el filtro de la homologación– gocen de sus propias condiciones de vigencia. Si, en cada momento, la vigencia ulterior de una convención colectiva se hallase sujeta a una eventual decisión administrativa, aquella garantía desaparecería, subsumida en la más primitiva de peticionar a las autoridades (art. 14): en efecto, las partes colectivas solo acordarían en la práctica pedir a la autoridad de aplicación el dictado de una resolución cuyo contenido respondería en principio a los convenios entre aquellas pero fuese revocable en todo tiempo por la misma autoridad. Y acaso también modificable: recuérdese que el artículo 1 del Decreto N° 1553/96 pretende autorizar la revocación parcial de la homologación, con lo que puede desbaratarse el equilibrio inicial de cualquier acuerdo negocial entre las partes colectivas. En otras palabras, la autoridad de aplicación se convertiría en titular de una facultad que la Constitución concede a los gremios y a sus contratantes patronales. Pero, a su vez, el ejercicio de una potestad semejante no tendría sino un contenido legislativo, excluido por el ya citado artículo 99 inciso 3 de la ley fundamental.

3.3. La legislación que impone la renegociación de convenios colectivos existentes

Concretamente, el Comité de Libertad Sindical se viene ocupando del caso de nuestro país con especial referencia al tema que nos ocupa y ya se ha dirigido al gobierno argentino expresando que

si desea que las cláusulas de una convención colectiva se ajusten a la política económica del país y a las exigencias de la integración del mismo en un mercado común internacional, trate de convencer a las partes de que tengan en cuenta voluntariamente tales consideraciones, sin imponerles la renegociación de los convenios colectivos vigentes.¹⁷

En ese mismo caso, el comité señaló que la suspensión o derogación, sin acuerdo de las partes, de convenciones colectivas que hayan pactado libremente, viola el principio de negociación colectiva libre y voluntaria establecido en el artículo 4 del Convenio N° 98.

Con anterioridad el comité ya había sostenido que “una legislación que obliga a las partes a negociar nuevamente convenios colectivos vigentes es contraria a los principios de la negociación colectiva” (casos N° 1648 y 1650) y

al examinar alegatos de anulación y renegociación forzosa de convenios colectivos (incluso) por razones de crisis económica, el Comité consideró que la imposición de la renegociación de convenios vigentes en virtud de una ley es contraria a los principios de libre negociación colectiva voluntaria e insistió en que el gobierno debería haberse esforzado para que las renegociación fuera decidida en virtud de un acuerdo entre las partes concernidas (caso núm. 1586).¹⁸

Podemos añadir a ello las consideraciones efectuadas por Bernard Gernigón, Alberto Otero y Horacio Guido en su obra *La negociación colectiva. Normas de*

17. Comité de Libertad Sindical, Organización Internacional del Trabajo. Caso N° 1684: “Quejas contra el Gobierno de Argentina presentadas por la Confederación General del Trabajo (CGT.) y la Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres (CIOSL).

18. OIT. Comité de Libertad Sindical (1996). *La libertad sindical*. Ginebra: Oficina Internacional del trabajo, pp. 189-190, párrs. 876, 878 y 879.

la OIT y principios de los órganos de control (editada por la Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2000). Estos autores han estimado al respecto que

cuando los resultados de las negociaciones colectivas quedan recortados o anulados por vía legislativa o por decisión de las autoridades administrativas se desestabilizan las relaciones laborales y queda mermada la confianza de los trabajadores en sus organizaciones sindicales, sobre todo cuando ese tipo de intervenciones que en gran medida implican restricciones salariales se producen de manera sucesiva. Estas intervenciones violan el principio de negociación libre y voluntaria de los convenios y revisten diferentes modalidades que han sido enérgicamente rechazadas por el Comité de Libertad Sindical, tales como la suspensión o derogación por vía de decreto sin el acuerdo de partes de convenciones colectivas; la interrupción de contratos ya negociados o la exigencia de que se negocien nuevamente convenios colectivos libremente pactados.

Capítulo 6

La estructura de la negociación colectiva

1. Concepto

La estructura de la negociación colectiva es la denominación que la doctrina le ha dado al conjunto de ámbitos para los cuales se negocia y a las reglas que regulan la relación entre esos convenios de distintos ámbitos o niveles. Se denomina estructura entonces, a la distribución y organización del poder en la negociación colectiva.

Como señala Noemí Rial,¹ en nuestro país la estructura está determinada por la voluntad de los actores sociales y está sujeta a parámetros legales que la respetan pero a la vez la ordenan.

En el derecho comparado la doctrina ha identificado dos tipos de estructuras en los regímenes jurídicos. Un esquema denominado “articulado” y otro “anómico”. En la estructura articulada es la ley la que define anticipadamente los ámbitos de negociación, mientras que en los regímenes con estructura “anómica”, “no vinculada” o “compleja” son las partes colectivas, en ejercicio de su autonomía, las que definen para qué ámbito o nivel negociar.

En nuestro sistema ha prevalecido históricamente el principio por el cual la elección del ámbito corresponde a las partes. Al respecto, la Ley de Convenciones Colectivas actual establece que

1. Simón, J. C. (2012). *Tratado de derecho colectivo del trabajo*. Buenos Aires: La Ley, p. 1132.

los convenios colectivos tendrán los siguientes ámbitos personales y territoriales conforme a lo que las partes acuerden dentro de su capacidad representativa: Convenio nacional, regional o de otro ámbito territorial. Convenio intersectorial o marco. Convenio de actividad. Convenio de profesión, oficio o categoría. Convenio de empresa o grupo de empresas (art. 16, Ley N° 14250, t.o. 2004).

Esta mención es, por supuesto, meramente enunciativa, de otra forma estaría en contradicción con el principio ya mencionado de libertad de negociación, que no debería ser afectado por normas que dispongan supuestos taxativos de ámbitos negociales. Es que también el Comité de Libertad Sindical de la OIT tiene dicho que sobre la base del principio de negociación colectiva libre y voluntaria establecido en el artículo 4 del Convenio N° 98,

la determinación del nivel de negociación colectiva debería depender esencialmente de la voluntad de las partes y, por consiguiente, dicho nivel no debería ser impuesto en virtud de la legislación, de una decisión de la autoridad administrativa o de una jurisprudencia de la autoridad administrativa del trabajo.²

No obstante, esta libertad de determinación del ámbito de negociación se vio interrumpida en nuestro país durante la breve vigencia del Decreto N° 1554/96 que disponía que

en caso de desacuerdo (respecto del ámbito personal, funcional y territorial) el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social definirá el ámbito de la negociación de modo que éste comprenda y no supere los ámbitos en los que se superpongan las propuestas de las partes.

Esta disposición imponía una suerte de arbitraje obligatorio al otorgarle a la autoridad administrativa la facultad de dirimir las discrepancias respecto del ámbito de negociación. Por ello ha sido severamente cuestionada. Se ha sostenido que esta norma

2. Conf. OIT. Comité de Libertad Sindical (1996), *op. cit.*, p. 184, n° 851. (259° Informe, caso 1450, párrafo 216).

altera el régimen del art. 7º de la Ley Nº 23546 en cuanto dispone que en los diferendos que se susciten en el curso de las negociaciones, será de aplicación la Ley Nº 14786, lo que remite a un régimen de conciliación obligatoria y arbitraje voluntario, que resultaría alterado si se entendiera que el decreto mencionado (Nº 1554/96) impone un arbitraje compulsivo a cargo de la autoridad administrativa de aplicación, lo que sería incompatible con el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, que garantiza a los gremios recurrir a la conciliación y al arbitraje, pero no impone este último procedimiento de solución de conflictos lo que, de aceptarse, restringiría el ejercicio de la autonomía privada colectiva, con el agravante de que ella no resultaría de una ley en sentido formal sino de un decreto que se presenta a sí mismo como reglamentario y encuadrado, por ello, en las limitaciones de los incisos 2 y 3 del artículo 99 de la Constitución Nacional.³

En cuanto al grado de la asociación sindical facultada para negociar, tampoco existen restricciones actualmente. Así, pueden suscribir un convenio tanto un asociación sindical de primer grado como también las federaciones y confederaciones.⁴ Al respecto, la Comisión de Expertos señala que una restricción en este sentido impediría que las organizaciones que carecen de medios suficientes reciban la ayuda de federaciones o confederaciones, en principio mejor dotadas de personal, recursos y experiencia para llevar a cabo negociaciones satisfactoriamente.

3. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala de FERIA. 24/01/1997. "Confederación General del Trabajo de la República Argentina c/ Estado Nacional -Poder Ejecutivo Nacional", *Derecho del Trabajo*, 1997-A, 506.

4. Cabe destacar, como excepción a esta regla, que con la sanción del Decreto-Ley Nº 22105 se dispuso que "las asociaciones gremiales de trabajadores de tercer grado actualmente existentes cesarán en su personería gremial y jurídica y se disolverán a partir de la vigencia de la presente ley. El Ministerio de Trabajo designará el funcionario que procederá a dar cumplimiento a este mandato legal" disposición que fue complementada por el Decreto Nº 1116/80.

2. Conceptos previos: ámbito territorial y personal, de representación, de negociación y de aplicación del convenio colectivo

Para comprender cómo funciona la estructura y cómo se relacionan los ámbitos entre sí, resulta importante diferenciar algunos conceptos.

En primer lugar cómo se determina un ámbito. Cuáles son las coordenadas para establecer los límites de la representación de un sindicato así como los de su capacidad de negociación; y en definitiva, el ámbito para el cual regirá el convenio que celebre.

El ámbito se delimita por el territorio y por el tipo de trabajadores que represente. Por ejemplo, el Sindicato de Empleados de Comercio de la Ciudad de Buenos Aires, en tanto su personería gremial así lo establece, representa a determinados trabajadores: los trabajadores “mercantiles” de un territorio determinado, la Ciudad de Buenos Aires. No representa a los trabajadores mercantiles de otros territorios ni a los trabajadores de la Ciudad de Buenos Aires que presten servicios en otras actividades.

2.1. Ámbito de representación

El ámbito de representación del sindicato entonces está dado por el ámbito personal y territorial reconocido en la resolución que le otorga la personería gremial.

La autoridad de aplicación cuando otorga las personerías gremiales precisa el ámbito personal y territorial de representación de la entidad solicitante, como lo establece el artículo 25 de la Ley N° 23551. Dicho ámbito puede abarcar lo establecido en el estatuto de la asociación sindical, pero también puede suceder que la autoridad de aplicación otorgue un ámbito menor al estipulado allí. Ello por cuanto debe efectuar un control a fin de evitar que las personerías se superpongan. Se trata de esta manera, de evitar los conflictos de encuadramiento sindical, ya que si se precisan con exactitud los límites de las personerías no deberían existir conflictos de esta índole.

Es por ello que el artículo 25 de la Ley de Asociaciones Sindicales (LAS) prescribe:

Al reconocerse personería gremial la autoridad administrativa del trabajo o judicial, deberá precisar el ámbito de representación personal y territorial. Estos no excederán de los establecidos en los estatutos, pero podrán ser reducidos si existiere superposición con otra asociación sindical.

Cuando los ámbitos pretendidos se superpongan con los de otra asociación sindical con personería gremial, no podrá reconocerse a la peticionante la amplitud de representación, sin antes dar intervención a la asociación afectada y proceder al cotejo necesario para determinar cuál es la más representativa conforme al procedimiento del artículo 28. La omisión de los recaudos indicados determinará la nulidad del acto administrativo o judicial.

En este punto hay que recordar la diferencia entre ámbito de “representación” –aquel al cual el Estado le reconoce la mayor representatividad a través de la personería gremial– de los ámbitos “estatutario” y de “simple inscripción”. El ámbito estatutario refleja la “vocación” de la entidad de afiliarse a los trabajadores comprendidos dentro del ámbito que su estatuto prevé pero que no necesariamente los representa en forma efectiva.

A modo de ejemplo: un estatuto asociacional puede prever la representación de los trabajadores de una determinada actividad, con ámbito de actuación territorial en la República Argentina, lo que no significa que el sindicato afilie efectivamente a trabajadores a lo largo de todo el territorio nacional, sino que indica que posee la vocación, entendida como intención, de afiliarse a dicho colectivo de trabajadores, y que solo se le reconoció capacidad para representar a una determinada región.

En lo que refiere al segundo de los casos, esto es, el ámbito con inscripción gremial, el mismo está definido por la resolución ministerial que ha conferido su inscripción, pero podría ocurrir que en ese ámbito la entidad más representativa (con personería gremial) fuera otra.

Como podrá deducirse, el agrupamiento previsto en la resolución dictada por la cartera laboral no tiene necesariamente que coincidir con la vocación representativa de la entidad, reflejada en su ámbito estatutario. Máxime si se tiene

en cuenta que la autoridad de aplicación reconoce como ámbito de inscripción gremial el que se encuentre fehacientemente acreditado con afiliaciones.⁵

Obviamente, el ámbito que solicite la entidad puede ser menor que el estatutario, pero nunca mayor.

En tercer lugar, las entidades pueden tramitar y obtener la personería gremial en la medida en que acrediten la representatividad suficiente y cumplan con los demás requisitos establecidos en el Capítulo VIII de la Ley N° 23551.

Existe entonces una nueva circunstancia, el sindicato en cuestión podrá obtener una resolución ministerial que le reconozca como ámbito de actuación con personería gremial uno igual o menor que el comprendido en sus estatutos⁶ y en la inscripción gremial,⁷ pero nunca uno mayor que el de estos dos últimos.

2.2. Ámbito de negociación

El ámbito de negociación es aquel que determinan las partes libremente y de común acuerdo, pero no necesariamente coincide con el ámbito de representación de la asociación sindical. Así, una asociación de ámbito territorial nacional podría fijar un ámbito de negociación –también denominado “unidad de negociación”– solo para una determinada provincia, ciudad, o incluso para una determinada empresa, siempre que se encuentre dentro de su ámbito de representación. Incluso puede celebrar varios convenios en distintos ámbitos dentro de su capacidad representativa; un convenio nacional y luego esa misma entidad celebrar otro en una determinada empresa.

5. Al momento de requerirse la inscripción gremial, la entidad debe presentar el formulario previsto por la Resolución DNAS N° 36 del 08/04/98, en el que se declaran, además de los datos del trabajador, los correspondientes al empleador, la actividad y el lugar en que se lleva a cabo la prestación laboral.

6. La Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VI. 21/11/95, tiene dicho: “las reglas estatutarias, en principio, no pueden afectar una personería gremial vigente por cuanto su ámbito de representatividad no deriva de la carta orgánica que puedan crear o modificar sus miembros, sino que emerge únicamente de las resoluciones de la autoridad administrativa que la confiere, luego de cumplido con los procedimientos establecidos en las normas”.

7. Conforme artículo 25, segundo párrafo, de la Ley de Asociaciones Sindicales.

2.3. Ámbito de aplicación del convenio

A raíz de lo que se acaba de mencionar más arriba, la posibilidad de que dos o más convenios concurren o se superpongan en un determinado ámbito es que se fijan reglas para determinar, en definitiva, cuál será el ámbito de aplicación que tendrá cada convenio. Estas normas, que determinan la relación entre distintos convenios, serán analizadas más adelante.

3. Tipología legal

La Ley N° 14250, en su artículo 16 (modificado en el año 2004 por el artículo 18 de la Ley N° 25877), establece los ámbitos territoriales y personales en los que se podrán negociar convenios colectivos de trabajo (CCT).

Vale destacar que, dentro de su capacidad representativa, las partes acordarán en que ámbitos regirá el CCT que celebren. Esto indica que, por ejemplo, una asociación sindical o una cámara empresarial que tengan capacidad para negociar en todo el territorio argentino podrían, si así lo acordaran, celebrar convenios colectivos que rijan en ámbitos territoriales menores.

La mencionada norma enuncia la siguiente tipología.

3.1. Convenio nacional, regional o de otro ámbito territorial

Esta clasificación alude exclusivamente al ámbito geográfico de los convenios colectivos de trabajo. El convenio de ámbito nacional se aplicará en todo el territorio de la República Argentina, teniendo vigencia en la actividad, categoría, oficio, profesión o empresa para el que se haya firmado. El convenio de ámbito regional se aplicará en el territorio de nuestro país que las partes determinen en razón de cuestiones económicas, productivas, climáticas o de cualquier otra índole, como así también en regiones que las provincias puedan crear con fines de desarrollo económico y social, conforme el artículo 124 de la Constitución Nacional. Por último, la mención a “otro ámbito terri-

torial” refiere a ámbitos geográficos más reducidos, como ser una provincia, zona, departamento, partido, ciudad o localidad.

3.2. Convenio intersectorial o marco

En este tipo de convenios las partes tienen por finalidad pactar cuestiones atinentes a la política económica y/o social, a la política legislativa, a la política de precios y/o salarios, o encauzar hacia objetivos generales la negociación colectiva de los niveles inferiores. Los convenios de este tipo suelen ser celebrados con participación del Estado.

En la experiencia argentina, cabe señalar dos acuerdos intersectoriales o marco.

El primero de ellos, denominado Acta de Compromiso Nacional para la Reconstrucción, Liberación Nacional y la Justicia Social, fue celebrado en junio de 1973 por el gobierno nacional, la Confederación General del Trabajo (CGT) y la Confederación General Económica (CGE). Este acuerdo fijó la política de redistribución del ingreso (mediante políticas de precios, salarios, ocupación y vivienda), de redistribución de ingresos y gastos públicos, de reordenamiento financiero y reactivación económica y de racionalización de los sistemas de comercialización.

El segundo fue el denominado Acuerdo Marco para el Empleo, la Productividad y la Equidad Social, celebrado en julio de 1995 por el Poder Ejecutivo Nacional, representantes de la CGT (vale recordar que por aquel entonces el movimiento obrero se encontraba dividido) y un conjunto de centrales patronales conformado por la Unión Industrial Argentina (UIA), la Cámara Argentina de Comercio, la Bolsa de Comercio de la Ciudad de Buenos Aires, la Asociación de Bancos Argentinos (ADEBA), la Asociación de Bancos de la República Argentina (ABRA), la Sociedad Rural Argentina, la Cámara Argentina de la Construcción y la Unión Argentina de la Construcción. Este acuerdo es tristemente recordado por haber dado pie y convalidado el proceso de “flexibilización laboral” llevado adelante en aquella época, habilitando la posterior sanción de leyes que pulverizaron pilares esenciales del derecho del trabajo (leyes N° 24465, 24467, 24552, 24557, 24635, 25013).

3.3. Convenio de actividad

En consonancia con el artículo 10, inciso a de la Ley de Asociaciones Sindicales (Ley N° 23551), este tipo de convenios se aplicará a los trabajadores y empleadores que se desempeñen en una misma actividad dentro de la zona geográfica que se determine.

Los convenios colectivos de actividad han sido históricamente preponderantes en la escena convencional argentina, ya que resultan convenientes tanto para los trabajadores (homogeneizando salarios mínimos y condiciones de trabajo para todos los que realicen la misma actividad) como así también para los empleadores (evitando desequilibrios competitivos entre empresas).

Si bien nuestra legislación omite mencionar los convenios colectivos por rama de actividad (sector comprendido dentro de una actividad), las partes pueden celebrar este tipo de convenios ya que la tipología establecida en nuestra legislación es meramente enunciativa. De hecho, son muy frecuentes los convenios por rama de actividad (por ejemplo, en la actividad de la logística y transporte –camioneros– existen convenios distintos en las ramas de transporte de combustible, de leche, de mudanzas, etc.).

3.4. Convenio de profesión, oficio o categoría

Este tipo de convenios se aplicará en función de la profesión, oficio o categoría que efectivamente desempeñen los trabajadores, con independencia de la actividad en que se desarrolle su tarea, respondiendo al tipo de organización sindical establecido en el artículo 10, inciso b, de la LAS.

3.5. Convenio de empresa o grupo de empresas

Estos convenios serán aplicables solo en el ámbito de la empresa o empresas que lo hayan negociado, no siendo aplicable en este último supuesto a toda la actividad sino únicamente a ellas.

Cabe destacar que en cuanto a la representación sindical, esta puede estar en cabeza de un sindicato de empresa (conforme el artículo 10, inciso c, de la

Ley N° 23551), o bien de un sindicato con mayor capacidad de representación que decida celebrar un convenio de esta índole.

4. Relaciones entre convenios: articulación (conurrencia no conflictiva), concurrencia y sucesión

Nuestra legislación contempla diversos ámbitos de la negociación colectiva y, por consiguiente, podría resultar que dos o más CCT se superpongan en un mismo ámbito.

Esta situación quedó regulada mediante la última reforma de la Ley de Convenciones Colectivas de Trabajo, en sus artículos 18 y 19.

Cabe destacar que los CCT de distintos ámbitos pueden coexistir, habilitando la posibilidad que estos concurren, pudiendo hacerlo de manera conflictiva o no conflictiva.

4.1. Articulación

El primero de los artículos mencionados hace alusión a la eventual articulación entre convenciones colectivas, cuando existiese una de ámbito mayor y otra de ámbito menor.

En efecto, el artículo 18 es el que regula la “articulación” o “conurrencia no conflictiva” entre convenciones colectivas, asegurando su coexistencia pacífica. Se establece en la primera parte de dicho artículo que

los convenios colectivos de ámbito mayor podrán establecer formas de articulación entre unidades de negociación de ámbitos diferentes, ajustándose las partes a sus respectivas facultades de representación. Dichos convenios podrán determinar sus materias propias y hacer remisión expresa de las materias a negociar en los convenios de ámbito menor.

Es claro que la ley otorga a los convenios colectivos de ámbito mayor la atribución de establecer los mecanismos de articulación entre unidades de negociación de ámbitos diferentes.

Podríamos decir que esta atribución contiene dos facetas. Por un lado, la facultad excluyente de los convenios colectivos de ámbito mayor, los cuales podrían establecer materias propias y además delegar de forma expresa determinadas materias a los últimos.

Vale aclarar que esta atribución a los convenios de ámbito mayor fue introducida por la Ley de Ordenamiento del Régimen Laboral del año 2004 (Ley N° 25877), que derogó lo establecido en la anterior modificación de la Ley N° 14250 (Ley N° 25250 del año 2000).

Esa Ley de Reforma Laboral, comúnmente conocida como “Ley Banelco”, establecía que “los convenios colectivos pueden establecer formas de articulación entre unidades de negociación de ámbitos diferentes, ajustándose las partes a sus respectivas facultades de representación”.

Siguiendo con la redacción de la ley actual, la segunda parte del artículo 18 determina los temas sobre los cuales un convenio colectivo de ámbito menor puede tratar cuando exista uno de ámbito mayor que lo comprenda.

Los primeros dos incisos no presentarían grandes dificultades a la hora de ser analizados (“Materias delegadas por el convenio de ámbito mayor” y “Materias no tratadas por el de ámbito mayor”), salvo por el hecho de que si los convenios de menor ámbito podrían tratar sobre toda materia que no haya sido tratada en el de ámbito mayor, carecería de sentido la posibilidad de delegar de forma expresa que tienen estos últimos y sobre la cual ya hemos hecho mención.

Ahora bien, el tercer inciso de este artículo (“Materias propias de la organización de la empresa”) podría presentar mayores dificultades, tanto para su análisis como para su aplicación.

Si bien entendemos que este inciso podría generar ciertas confusiones a la hora de delimitar que materias podrían considerarse como propias de la organización de la empresa, cierto es que nunca podrían superponerse, en sentido peyorativo o menos beneficioso para el trabajador, con las materias ya tratadas en un convenio de ámbito mayor, ya que de ser así sería contradictorio con el resto del contenido de la ley.

Por último, el cuarto supuesto previsto en la ley habla de “condiciones más favorables al trabajador”. La particularidad que presenta este supuesto con

respecto a los otros tres es el hecho de que se habilita a los convenios de ámbitos menores a tratar temas comprendidos en convenios de ámbito mayor. Esto implica que si en un convenio de menor ámbito se establecen condiciones más favorables al trabajador que en el convenio de ámbito mayor que lo comprende, solo dichas condiciones establecidas en el CCT de ámbito menor se aplicarán por sobre lo establecido en el otro convenio. De esta manera, el convenio de mayor ámbito permite ser mejorado por convenios que abarquen ámbitos más pequeños de negociación.

Hemos visto como el artículo 18 de la actual redacción de la Ley N° 14250 resuelve los casos atinentes a concurrencia no conflictiva de convenios colectivos de trabajo, haciendo prevalecer los de ámbito mayor por sobre los de ámbito menor con el fin de centralizar la negociación colectiva.

Resta tratar los casos en los que los CCT de distintos ámbitos concurren de manera conflictiva. El artículo 19 de la Ley de Convenciones Colectivas de Trabajo (modificado por el artículo 24 de la Ley N° 25877) trata esta temática, como así también el supuesto de sucesión de convenios de igual ámbito.

Según dicho artículo

Queda establecido el siguiente orden de prelación de normas: a) Un convenio colectivo posterior puede modificar a un convenio colectivo anterior de igual ámbito. b) Un convenio colectivo posterior de ámbito distinto, mayor o menor, modifica al convenio anterior en tanto establezca condiciones más favorables para el trabajador. A tal fin, la comparación de ambos convenios deberá ser efectuada por instituciones.

Estos temas, sucesión y concurrencia conflictiva, serán tratados en los siguientes párrafos.

4.2. Sucesión de convenios

Comenzando el análisis del artículo en cuestión, podemos ver que la redacción de su primer inciso, el cual resuelve la sucesión de convenios de igual ámbito, peca de cierta ambigüedad, lo que trae aparejado, indefectiblemente, diferencias en la interpretación del mismo.

El mencionado problema de interpretación no se daría en los casos en los que el convenio colectivo posterior modifique al convenio colectivo anterior de una manera favorable al trabajador, sino cuando lo que intente sea modificarlo de forma peyorativa.

Sobre esta controversia, Carlos Etala opina que “La modificación que produzca el convenio posterior puede ser en cualquier sentido, vale decir, favorable o desfavorable para los trabajadores comprendidos en él”⁸

Esta interpretación de la norma responde a que si las partes solo pudieran negociar en un sentido, se vería coartada su libertad, afectando de manera directa la autonomía colectiva.

También podría argumentarse que en la práctica puede ser una herramienta para ambas partes de la negociación, ya que los sindicatos podrían disponer de ciertos beneficios en pos de conseguir otros que consideren más importantes para el universo de trabajadores que representan, como así también los empleadores podrían ver esto como un incentivo para negociar.

Por otra parte, Amanda Caubet entiende que

en virtud del principio de progresividad a que se refiere la Corte Suprema de Justicia en el caso Aquino, debe entenderse que esa sucesión se da en la medida que el nuevo convenio sea más favorable que el anterior, quedando igualmente excluida toda concurrencia conflictiva.⁹

Esta posición podría sustentarse en los principios de irreversibilidad y de progresividad consagrados constitucionalmente en el artículo 79 incisos 19, 22 y 23 de nuestra Carta Magna, como así también en el artículo 2.1 del PI-DESC y en el artículo 26 del Pacto de San José de Costa Rica.

Adherimos a esta segunda postura porque consideramos que los convenios colectivos de trabajo, al igual que el derecho del trabajo en sí, fueron creados con el fin de equiparar la relación desigual que, naturalmente, se genera entre trabajadores y empleadores.

8. Etala, C. A. (2007). *Derecho colectivo del trabajo*. Buenos Aires: Astrea, p. 344.

9. Caubet, A. (2005). Articulación de los convenios colectivos. *Doctrina Laboral*, Errepar, (XX), 1

Entendemos al convenio colectivo de trabajo como una herramienta que posee la parte más vulnerable de la relación laboral y que debe perseguir el objetivo de mejorar sus condiciones de trabajo y de vida.

En lo relativo a la práctica, no consideramos que poder “negociar a la baja” sea un recurso válido para los trabajadores y, para poder argumentarlo, indefectiblemente debemos hacer alusión a la ultraactividad de los CCT, tema que ya hemos desarrollado en esta obra.

La Ley N° 25877, al devolverle a la ultraactividad su estatus de principio general, permite que los sindicatos no se vean obligados a celebrar un nuevo CCT al vencimiento del anterior, pudiendo optar por celebrarlo solo si a través de este obtuvieran mejores condiciones que las establecidas en el que vendría a reemplazar.

Creemos de suma importancia recordar y resaltar que la negociación colectiva no es una herramienta bilateral, sino que pertenece a los trabajadores, los cuales a través de ella buscan obtener mejores condiciones de trabajo y de vida.

Por lo expuesto consideramos un acierto la modificación introducida por la Ley N° 25877, posibilitando a los sindicatos a negociar solo cuando las condiciones estén dadas para poder obtener mejoras, las cuales variarán dependiendo de la fuerza negocial y la potencial capacidad de conflicto del sindicato en cuestión, al mismo tiempo que no será necesario que cedan beneficios obtenidos en pos de obtener otros.

Continuando el análisis del primer inciso del artículo 19 de la Ley de Convenciones Colectivas de Trabajo, es menester destacar que previo a la reforma del 2004, la controversia en la interpretación a la que hicimos alusión anteriormente no tenía lugar, ya que la Ley N° 25250 establecía expresamente que un convenio colectivo que sucediera a otro podía disponer sobre los derechos reconocidos en el convenio que vendría a suceder.

4.3. Concurrencia conflictiva

Con respecto al supuesto de concurrencia conflictiva entre convenios colectivos de ámbitos distintos, este se encuentra regulado en el segundo inciso del artículo 19 de la Ley N° 14250.

Sobre este supuesto, la Ley N° 25250 establecía la prevalencia del convenio colectivo de menor ámbito por sobre el de ámbito mayor, sin importar si este fuese beneficioso o perjudicial para los trabajadores. Notamos en esta decisión legislativa la intención de descentralizar la negociación colectiva en nuestro país, haciendo prevalecer los convenios de menor ámbito.

Entendemos acertada la modificación establecida por la Ley N° 25877, la cual deroga lo dicho anteriormente y resuelve la concurrencia de una forma más justa, ya que a partir de la reforma del año 2004 un convenio colectivo posterior, indistintamente de si es de mayor o menor ámbito, modifica al anterior, siempre y cuando sea más beneficioso para los trabajadores, como fue siempre.

Vale destacar, como bien sostuvimos en la obra *Una nueva ley laboral*,¹⁰ que en la redacción de este inciso se incurrió en una confusión al tratar los términos “prelación” y “modificación” como sinónimos. Reafirmamos esta postura considerando que existe prelación de normas (es decir que la norma anterior se desplaza hasta tanto dure la vigencia de la norma posterior) en los casos en que el convenio posterior y más beneficioso es de menor ámbito, y que hay modificación (la norma anterior queda derogada por la posterior) cuando el supuesto se da a la inversa.

Por último, el artículo 19 indica la forma en la que debe llevarse a cabo la comparación entre los convenios que concurren.

Para resolver los problemas derivados de la concurrencia de distintas normas, la doctrina ha elaborado distintos criterios para compararlas: acumulación, conglobamiento simple y conglobamiento por instituciones. En nuestra ley siempre ha regido el criterio del conglobamiento por instituciones.

El criterio de “acumulación”, es aquel en el cual se comparan las normas o cláusulas en conflicto individualmente, siendo la más favorable al trabajador la que finalmente termine aplicándose. Esta práctica daría origen a una nueva norma, ya que combina disposiciones de diversas fuentes.

A diferencia del criterio de “acumulación”, en el criterio del “conglobamiento” lo que se compara son conjuntos de normas o cláusulas en conflicto, siendo aplicable el conjunto que, analizado de manera integral, sea más fa-

10. Recalde, H. P., Ciampa, G. A. y Recalde, M. (2004), *op.cit.*, pp. 217-218.

vorable al trabajador, descartando por completo al otro. Este criterio resulta complejo de llevar a la práctica, ya que podría darse el caso en que un conjunto de normas o cláusulas regule de manera más beneficiosa algunas cuestiones y de manera menos beneficiosa otras, tornando dificultosa la determinación del régimen que debe aplicarse.

En nuestra legislación se optó por un tercer criterio, denominado “conglobamiento por instituciones”, el cual implica que se tomará como unidad de comparación a cada una de las instituciones que compongan los convenios concurrentes. A diferencia del criterio anterior, no se comparan en forma integral los regímenes, sino en función de cada institución del derecho del trabajo, aplicando en cada una de ellas el convenio colectivo más favorable al trabajador.

El problema que radica en este criterio es el hecho de que la ley no define el concepto “institución”, dejándolo a consideración de la doctrina y de la jurisprudencia. Por ejemplo, Adrián Goldín la define como

el conjunto conceptual u orgánico mínimo inescindible, para cuya materialización, según es fácil advertir, distan de servir los criterios rigurosos [...] de ningún modo admite una conceptualización univoca que permita elaborar moldes estrechos ni formular un “catálogo de instituciones” como variables unidades de comparación en todos los casos de aplicación e interpretación que se presenten. Por el contrario, para reconocer en cada caso la institución que sirva allí como unidad de comparación parece necesario dar fluido cauce a esas ideas que aspiran a entroncarse en la génesis y razón de ser misas del conglobamiento orgánico y que a modo de apretada síntesis y quizás de conclusión, podrán corporizarse en las siguientes variables: a) determinación de un conjunto normativo conceptual y orgánico; b) que sin sacrificar ese carácter tengan tan estrecha dimensión como fuera posible y c) que esa dimensión permita de todos modos rescatar en plenitud su armonía interior.¹¹

Cabe recordar que este criterio también es el adoptado en el ámbito de las relaciones individuales del trabajo, estableciéndose así en el artículo 9 de la Ley de Contrato de Trabajo.

11. Goldin, A. (1986). Concurrencia, articulación y sucesión de normas en el Derecho del Trabajo: lineamientos para una investigación. *Derecho del Trabajo*, 1986-B, 944.

5. Extensión del convenio colectivo a otro ámbito territorial

El ámbito territorial de la convención colectiva responde al parámetro de la geografía de la misma a la cual van a ser aplicadas sus cláusulas. La cual va a ser establecida por las mismas partes del convenio al momento de celebrarlo. Así lo dispone el artículo 3 de la Ley N° 14250 al señalar que: “Las convenciones colectivas deberán celebrarse por escrito y consignarán [...] d) La zona de aplicación”.

Como ya vimos, la zona de aplicación depende de la capacidad representativa que tengan las asociaciones sindicales signatarias del convenio. Dicha capacidad representativa va a surgir de la resolución administrativa o judicial que les otorgue la personería gremial.

La asociación sindical y la entidad que representa a la parte empresarial bien podrían firmar una convención para un ámbito menor al que se les reconoce en su personería y estatuto, pero no así para un ámbito mayor. Es decir, puede suceder que una asociación sindical con ámbito territorial de actuación nacional celebre una convención colectiva en una provincia determinada. Lo que no puede suceder es que una asociación sindical o empresarial con ámbito de actuación provincial celebre una convención colectiva con alcance nacional, porque no tiene una capacidad de actuación para dicho territorio.

No obstante ello, la ley contempla la posibilidad de extender las disposiciones de una convención colectiva más allá del ámbito de aplicación territorial pactado.

En efecto, el artículo 10 dispone que “El Ministerio de Trabajo y Previsión a pedido de cualquiera de las partes podrá extender la obligatoriedad de una convención colectiva a zonas no comprendidas en el ámbito de la misma en la forma y condiciones que establezca la reglamentación”.

La primera limitación la dispone el propio artículo de la ley, al establecer que la extensión procede solo a pedido de alguna de las partes y no resulta admisible la extensión de oficio.¹²

Las demás condiciones son dejadas en cabeza de la reglamentación. Al respecto el artículo 6 del Decreto N° 199/88 atiende esos pormenores al establecer que

La extensión de la convención a zonas no comprendidas por ella se hará por resolución fundada del Ministro de Trabajo y Seguridad Social, siempre que reúnan las siguientes condiciones:

- a) Que en la zona en la cual se aplicará la convención no exista asociación sindical con personería gremial, representativa de los trabajadores de la actividad;
- b) Que de las evaluaciones que se realicen resulte que la convención es adecuada para regular las relaciones de trabajo en la zona. Al realizarlas se tendrá en cuenta:

- 1) Las condiciones técnicas y económicas en que se desenvuelve la actividad y, en particular, si los productos son colocados en mercados donde concurren artículos producidos en zonas en las que ya se aplica la convención;

- 2) Particularidades de la zona y modalidades de la prestación de los servicios.

La extensión podrá hacerse excluyendo de la convención aquellas cláusulas que sin modificar su economía, se consideren inadecuadas para la zona donde deberá aplicarse.

6. Ámbito temporal de aplicación de los convenios colectivos

Como señalamos el Estado interviene en el proceso de celebración de una convención colectiva a través de la homologación, concepto que Couture ha definido como “acción y efecto de refrendar, aprobar y conferir vigor a un acto jurídico que hasta ese momento tenía eficacia solamente relativa”.¹³

12. Krotoschin, E. (1979). *Tratado práctico de derecho del trabajo: volumen II*. Buenos Aires: Depalma, pp. 176 y 177.

13. Couture, E. J. (1976). *Vocabulario jurídico*. Buenos Aires: Depalma, p. 315.

En lo que respecta al convenio colectivo de trabajo, el acto de homologación es el acto administrativo mediante el cual la autoridad de aplicación le confiere al acuerdo de partes la eficacia obligatoria *erga omnes*.¹⁴

Luego, se procederá a su registración, como bien lo estipula el artículo 4 del Decreto Reglamentario N° 199/88. El registro de la convención colectiva cumple diferentes finalidades, a saber: a) otorga fecha cierta al instrumento, ya que pasa a revestir el carácter de instrumento público; b) confiere certeza y autenticidad a su texto, que debe ser firmado en cada hoja por el funcionario; c) permite su adecuada individualización, ya que el artículo 8 de la LCT dispone que aquellas convenciones colectivas de trabajo debidamente individualizadas no requieren prueba en juicio; d) la fecha del acto administrativo que ordena el registro opera como fecha de comienzo de vigencia del convenio, cuando este no requiere homologación.¹⁵

Como se observa de lo manifestado, la entrada en vigencia de la convención colectiva de trabajo va a depender de su publicación y, a fin de que surta efecto para todos los trabajadores y empleadores de la actividad, profesión, oficio, categoría o empresa (según el tipo y ámbito de la asociación sindical signataria del mismo) deberá ser homologada por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social.

El período de vigencia de la convención es *el ámbito temporal* de aplicación de las cláusulas del convenio, que debe ser fijado de común acuerdo entre las partes. Así lo estipula el artículo 2 de la Ley N° 14250 al establecer que “Las convenciones colectivas deberán celebrarse por escrito y consignarán:

a) Lugar y fecha de su celebración; [...] e) El período de vigencia”.

No obstante ello, puede acontecer que venza el plazo estipulado y las partes no consignen ninguna convención nueva. Ante este caso la Ley N° 1250 establece en su artículo 6 que

Una convención colectiva de trabajo, cuyo término estuviere vencido, mantendrá la plena vigencia de todas sus cláusulas hasta que una nueva convención

14. Etala, C. A. (2007), *op. cit.*, p. 329.

15. *Ibid.*, p. 336.

colectiva la sustituya, salvo que en la convención colectiva vencida se hubiese acordado lo contrario.

Las partes podrán establecer diferentes plazos de vigencia de las cláusulas convencionales.

La ultraactividad de las convenciones colectivas ha recibido diferentes tratamientos a lo largo de las distintas reformas legislativas.

La Ley N° 14250 establecía en su artículo 5 que “Vencido el término de una convención colectiva, se mantendrán subsistentes las condiciones de trabajo establecidas en virtud de ella, hasta tanto entre en vigencia una nueva convención”. Dicha norma generó un amplio debate tanto en la doctrina como en la jurisprudencia respecto de las cláusulas que establecían condiciones de trabajo y las cláusulas que establecían obligaciones solo a las partes firmantes.¹⁶

En el fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala I (*Derecho del Trabajo*, 1959, 539) y en el fallo de la Cámara Civil y Comercial de Bahía Blanca, Sala I (*Derecho del Trabajo*, 1960, 318) se calificaron como cláusulas obligacionales a aquellas que establecían contribuciones destinadas al sindicato; en cambio en el Plenario N° 945 de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (*Derecho del Trabajo* 1964, 81), se atribuye el carácter de cláusula normativa a la contribución fija destinada al sindicato establecida en el convenio colectivo a cargo del empleador. Por lo que un principio de solución para la redacción de dicha normativa se podría encontrar en el fallo de la CSJN en el caso “Potenze c/ Federación de empleados de comercio” (*Derecho del Trabajo*, 1972, 579), donde establece la idea del convenio colectivo como un todo sinalagmático.¹⁷ Así, entiendo que la ultraactividad estipulada en dicho artículo abarcaba a todas las cláusulas que contenía la convención, ya que de no ser así se desvirtuarían los objetivos tenidos en vista al momento de negociarlas.

16. Rodríguez Mancini, J. et al (1984). Cláusulas normativas y obligacionales de los convenios colectivos de trabajo. *Derecho del Trabajo*, 1984-B, 875.

17. Mugnolo, J. P. (2012). Ultraactividad de los convenios colectivos. En J. C. Simón, *op. cit.*, p. 16.

La Ley N° 14250 fue reformada por la Ley N° 23545 de 1988 y 23546 de Procedimiento para la Negociación Colectiva junto con sus respectivos decretos reglamentarios N° 199/88 y 200/88. El nuevo artículo 6 disponía:

Una convención colectiva de trabajo, cuyo término estuviere vencido, mantendrá la plena vigencia de todas sus cláusulas hasta que una nueva convención colectiva la sustituya, salvo que en la convención colectiva vencida se hubiese acordado lo contrario. Las partes podrán establecer diferentes plazos de vigencia de las cláusulas convencionales.

Pasando de esa manera de la ultraactividad legal a la existencia de la ultraactividad de los convenios de trabajo, salvo pacto en contrario.

Al respecto sostiene el Dr. Ramírez Bosco¹⁸ que la ultraactividad establecida legalmente por la originaria 14250 es poco lo que aporta pudiendo ser, en cambio, una facilidad más para suspender las negociaciones colectivas. Entiende dicho autor que

extender las convenciones por lapsos muy extensos durante el tiempo que se inhibe legalmente la facultad de las partes para negociar, conforma una realidad frente a la cual cabría pensar si esta posibilidad de ultraactividad no es una facilidad más para disponer esa clase de suspensiones.

En cambio, Rodríguez Mancini sostiene que la Ley N° 23545 incorpora un dato de interés doctrinario y práctico:

el tema de la ultraactividad se halla dentro del campo de la disponibilidad colectiva, puesto que el último párrafo del art. 6 admite que en la convención colectiva de términos vencidos se hubiere acordado lo contrario a la ultraactividad, esto es, el cese de las cláusulas del convenio colectivo al vencimiento del plazo pactado.¹⁹

18. Ramírez Bosco, L. (1989). *Convenciones Colectivas de Trabajo: actualización con las reformas de las leyes 23.545 y 23.546*. Buenos Aires: Hammurabi, p. 46.

19. Rodríguez Mancini, J. y Cafalonieri, J. (2000). *Reformas laborales*. Buenos Aires: Astrea, pp. 334 y ss.

En el año 1998 se sancionó la Ley N° 25013 como producto de lo consensuado en el acuerdo marco de marzo de 1998, al que solo adhirió la Confederación General del Trabajo (CGT).²⁰ Así, para aquellas convenciones colectivas celebradas con anterioridad a la promulgación de la Ley N° 23545 que modificó la N° 14250 en 1988, establecía su caducidad en el plazo de dos años, salvo que, con posterioridad al 1 de enero de 1988 no hubieran sido objeto de modificaciones por la vía de acuerdos colectivos, cualquiera fuera su naturaleza. Sin embargo, dado que a tal fecha no existían convenios que no hubiesen sido modificados en algún aspecto (principalmente acuerdos salariales), la Ley N° 25013 dejaba intacta la ultraactividad de los convenios colectivos de 1975.²¹

A través de la Ley N° 25250 la duración de los convenios colectivos se trató desde dos perspectivas: la primera se refiere a la ultraactividad de los que se celebren a partir de la vigencia de esta reforma y es tratada en el artículo 8 de dicho cuerpo legal, que modifica el artículo 6 de la Ley N° 14250. La segunda trata la problemática de la salida de la ultraactividad de los convenios colectivos celebrados en los últimos veinticinco años. De dicha problemática se ocupan las normas transitorias (en sus arts. 28 y 29) agregadas por el artículo 10 de la Ley N° 25250.²²

Dicha normativa preveía que en caso de que las partes no ejercieran su facultad de fijar un plazo de vigencia, la ley fijaba el límite de dos años desde la denuncia del convenio por cualquiera de las partes.

Como se observa, desde la sanción de la Ley N° 14250 en el año 1953, el principio de ultraactividad rigió en todo nuestro sistema de convenciones colectivas de trabajo, salvo el paréntesis impuesto por la derogada Ley N° 25250, que previó una modalidad de eliminación. Sin embargo, la extensión del efecto no siempre fue igual, ya que el texto original aludía a las condiciones de trabajo, expresión que hizo que la Cámara Nacional del Trabajo interpretara

20. Carcavallo, H. (1998). Presentación de la Ley 25.013. *Trabajo y Seguridad Social*, 1998, 38.

21. Mugnolo, J. P. (2012). Ámbito de aplicación temporal del convenio colectivo de trabajo. En J. C. Simón, *op. cit.*

22. Simón, J. (2000). Un primer análisis del fin de la ultraactividad. *Derecho Laboral*, número extraordinario, 129-139.

que las cotizaciones destinadas a fines sociales se encontraban comprendidas en su acepción.²³

Como se señaló, a través de la actual normativa (art. 6 de la Ley N° 14250 (t.o 2004) se asienta la denominada ultraactividad de los convenios colectivos de trabajo. La misma ha sido definida como “el efecto legal reconocido a las cláusulas de un convenio colectivo de trabajo, consistente en el mantenimiento de su vigencia, luego de su vencimiento por caducidad o extensión, hasta tanto se la deje sin efecto por un nuevo instrumento convencional”²⁴

La reforma introducida en 1988 trató de aventar las dudas provocadas por alguna jurisprudencia y, luego del intervalo provocado por la Ley N° 25250, la Ley de Ordenamiento Laboral N° 25877 estableció el sentido totalizador del instituto, indicando que se mantendrán la plena vigencia de todas sus cláusulas.²⁵ En reconocimiento a la autonomía privada colectiva, la modalidad adoptada por el legislador deja libertad a las partes para acordar distintos plazos.

Dicha normativa es coherente con la protección que debe brindarse a los derechos formulados a favor del trabajador, que quedarían inermes ante el vencimiento de las prestaciones acordadas. Si se deroga el convenio de actividad se crearía un espacio propicio para la inseguridad jurídica derivada de criterios jurisprudenciales encontrados o se multiplicarían los conflictos individuales.

Al respecto, podemos citar lo manifestado por un grupo de expertos en relaciones laborales que oportunamente entendieron que resultaba conveniente mantener el instituto de la ultraactividad:

Ello en cuanto se considera que funciona como una suerte de paraguas protector indispensable para preservar la estabilidad en el marco normativo cuando la negociación de un convenio se dilata y no concluye antes de que expire el plazo de vigencia del anterior. Lo contrario equivaldría a exponer las relaciones laborales a traumáticos cambios periódicos, de naturaleza peyorativa para

23. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, en pleno. 19/12/1963. “Confederación de empleados de comercio de la República Argentina c/ Mois Chami S.A.”

24. Simón, J.C. (2012), *op. cit.*

25. Simón, J. (2004). La ultraactividad de los convenios colectivos. *La Ley*, supl., 3.

los intereses de los trabajadores, lo que por otra parte funcionaría como una fuente de conflictos colectivos.²⁶

Por lo tanto, si las partes no hubieran dejado sin efecto la ultraactividad tanto las cláusulas normativas como las obligacionales “mantienen su vigencia hasta la celebración de un nuevo convenio que, eventualmente, las sustituya”.

Esta vigencia indefinida de los convenios colectivos está vinculada a la situación de hiposuficiencia del trabajador, y que en caso de fenecer las normas colectivas por cumplimiento del plazo, generaría un vacío normativo que los empleadores podrían aprovechar para reducir sus costos.²⁷

Lo dicho es coherente con el sentido fortalecedor de la negociación colectiva, ya que, un sindicato no va a negociar una nueva convención si no es más beneficiosa que la anterior. Y por el contrario, si el convenio colectivo no tendría ultraactividad, el que tiene la posición de fuerza es el empleador.²⁸ De manera que, dicho principio fue establecido en aras de mejorar la protección a la parte más débil de la relación, quien es representada por la entidad gremial. Por lo que dejar de lado lo establecido significaría perjudicar gravemente al trabajador, quien vería mermados sus derechos.

La jurisprudencia tiene dicho al respecto que

La aplicación de una convención colectiva de trabajo u otra debe resolverse en punto al ámbito personal, temporal y territorial. El primero se refiere a las personas que comprenden un convenio colectivo, que son las definidas en el mismo, conforme el arte, oficio o profesión o la actividad a la que pertenecen. El segundo, tiene relación con el tiempo que rige un convenio, consistente en el plazo de vigencia, el que se prorroga automáticamente, sine die, por efecto del mandato legal de la ultraactividad.²⁹

26. Simón, J.C. (2012), *op. cit.*

27. Zamorano, E. (2000). *El modelo laboral argentino: antecedentes y análisis de la reforma laboral (Ley 25.250)*. Buenos Aires: Dunken, p. 157.

28. Recalde, M. (2004). *Jornada Legislación Laboral: análisis y prospectiva*. 6° encuentro. Buenos Aires.

29. Suprema Corte de Justicia. Sala 2, Mendoza. 30/5/2000. “Duplesis, Raquel A. c/ Edith Rodríguez de López s/ ordinario-inconstitucionalidad-casación”. *Fallo*: 199:162.

Asimismo, resulta relevante mencionar lo dicho por la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en cuanto a que

El concepto de ultraactividad de los convenios colectivos de trabajo, relacionado con la permanencia de su efecto temporal, se refiere a la sobrevivencia que tiene una cláusula de determinada convención colectiva con posterioridad a su caducidad o extinción. De ello se colige que los beneficios reconocidos por una pretérita CCT no resultan afectados por la extinción de la misma, pues el contenido de tales cláusulas se transforma en uso y prácticas que amparan a todos los trabajadores, no sólo a los ya amparados sino a los que ingresaron a posteriori. En nuestro ordenamiento legal tal principio fue receptado en el art. 6 de la Ley N° 14250, modificada por la Ley N° 23545.³⁰

Aun cuando se negocien actas paritarias posteriores que no contengan los derechos ya estipulados por el convenio colectivo de trabajo, los mismos no perderían vigencia alguna. Lo contrario significaría perjudicar al trabajador, y como bien se expuso, la actividad negociadora de la entidad gremial tiene como fin el cumplimiento de los objetivos propuesto al constituirse, entre los que se encuentran la realización plena del trabajador. En cuanto a este punto la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo indicó en el caso “Belmonte, Ricardo y otros c/ PAMI s/ diferencias de salarios” que

El acta acuerdo del 17/11/89 fue homologada por el Ministerio de Trabajo, lo que confiere a sus cláusulas carácter obligatorio en razón de lo dispuesto en el art. 4 de la Ley N° 14250. Si bien la norma citada estableció un plazo de vigencia hasta marzo de 1990, la empleadora continuó abonando el adicional “bonificación por antigüedad” con posterioridad a esa fecha. Desde tal perspectiva, la falta de pago del incremento progresivo dispuesto por el art. 2, punto 1.1. del Acta mencionada, a partir de 1996, implicó un incumplimiento de la empleadora, extremo que torna abstractos los argumentos referidos a la naturaleza jurídica y a los efectos del acuerdo en cuestión. La norma, de naturaleza convencional, se encuentra vigente por ultraactividad (art. 6 de la Ley

30. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala I. Expediente N° 10121/01. Sentencia N° 8107. 30/09/2003. “Morales, José y otros c/ Acenaf ARL s/ seg. de vida”.

Nº 14250). En tales condiciones no se puede desconocer el derecho a percibir el adicional pretendido.³¹

Ahora bien, que sucede si las mejoras que establece el convenio se reclaman en forma retroactiva, ¿es ello viable? Al respecto, se ha pronunciado la Corte en el caso “Reinhart”³² manifestando que los convenios colectivos admiten la retroactividad de sus efectos, incluso otorgando beneficios diferenciados, sin que ello constituya lesión alguna a la garantía constitucional de igualdad. Asimismo, podemos citar el Plenario 71 “Maza, Albino y otros c/ La Agraria Cía. de Seguros”, del 21/6/1961 en el cual se señaló que

Aunque nada se hubiere pactado al respecto, las mejoras de salarios con efecto retroactivo que establecen las convenciones colectivas benefician también a aquellos trabajadores que se hubieren desempeñado durante el lapso comprendido en la retroactividad y no se encuentren vinculados al principal a la fecha de la convención.³³

Actualmente, se planteó el tema de la retroactividad en un fallo de la Sala IX de la Cámara Nacional del Trabajo,³⁴ con motivo de unos aumentos pactados con vigencia anterior a la fecha de celebración del convenio colectivo, los cuales impactaron en el acto administrativo de fijación del tope previsto en el artículo 245, LCT. En el fallo se confirmó la procedencia de los aumentos, al entender que las partes colectivas habían pactado de una manera clara tales aumentos con carácter retroactivo, por lo que el promedio debía tomarse sobre remuneraciones reales, evitando una interpretación que pudiera afectar la tutela contra el despido arbitrario.

31. En igual sentido Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala IV. 29/05/2006. “De Sousa Carmona, Marta y otros c/ PAMI s/ diferencia de salarios”.

32. Corte Suprema de Justicia de la Nación. 23/09/1959. “Reinhart, Brunhilde Margarita c/ Shell Argentina Ltda.”. *Fallos* 244:510.

33. *Derecho del Trabajo*, 1961, 630.

34. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala IX. 30/09/2010. “Siderar S.A. c/ Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación s/ acción meramente declarativa”, con remisión al Dictamen de la Fiscalía General Nº 50704.

Capítulo 7

Relación entre el convenio colectivo y otras fuentes

1. El convenio colectivo y la ley

El artículo 7 de la Ley N° 14250 reconoce expresamente el hecho de que las leyes nacionales poseen, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, una jerarquía superior a la de los convenios colectivos de trabajo, estableciendo 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 esas instituciones resultaren más favorables a los trabajadores”. Al igual que en las normas mencionadas en el punto anterior, aquí también el legislador optó por el criterio de comparación denominado “conglobamiento por instituciones”.

Sobre esta circunstancia, Juan Carlos Fernández Madrid entiende que

desde un punto de vista práctico, y dado que numerosos convenios colectivos vigentes son posteriores a la Ley de Contrato de Trabajo, cabe hacer hincapié en que la vocación de la norma convencional es la acumular beneficios y no la de cotejarse con la ley en términos conflictivos. Por lo que la aplicación de la teoría del conglobamiento por instituciones quedaría limitada al estrecho campo configurado por los supuestos de duda (art. 9, LCT).¹

1. Fernández Madrid, J. C. (2010). Convenciones colectivas o laudos con fuerza de tales. *Doctrina Laboral*, (294), 4.

Cabe destacar que en esta relación entre normas legales y convencionales, el principio general es que el convenio colectivo no puede establecer derechos inferiores a los consagrados en la ley y, en caso de concurrencia entre las mencionadas normas, se aplicará la más favorable al trabajador, siendo indistinto el orden cronológico de las normas en pugna.

El mencionado principio general, que encuentra su sustento en los principios del derecho de trabajo (principalmente en el principio protectorio y en el principio de irrenunciabilidad) y en el orden público laboral, reconoce una excepción en la denominada “disponibilidad colectiva”, tema que desarrollaremos en detalle cuando tratemos la negociación colectiva para la pequeña empresa.

2. El convenio colectivo y el contrato individual

Sobre esta cuestión, el artículo 8 de la Ley N° 14250 dispone que

las normas de las convenciones colectivas homologadas serán de cumplimiento obligatorio y no podrán ser modificadas por los contratos individuales de trabajo, en perjuicio de los trabajadores. La aplicación de las convenciones colectivas no podrá afectar las condiciones más favorables a los trabajadores, estipuladas en sus contratos individuales de trabajo.

De la redacción del mencionado artículo decanta, sin lugar a dudas, que bajo ningún concepto las partes firmantes de un contrato de trabajo podrán pactar condiciones menos favorables que las establecidas en las normas legales y convencionales aplicables.

Si las partes decidieran incorporar en el contrato cláusulas de este tipo, estas serán nulas y se aplicarán, en su lugar, las normas imperativas que correspondan.

En sintonía con lo expuesto, el artículo 12 de la LCT determina que

será nula y sin valor toda convención de partes que suprima o reduzca los derechos previstos en esta ley, los estatutos profesionales o las convenciones

colectivas, ya sea al tiempo de su celebración o de su ejecución o del ejercicio de derechos provenientes de su extinción.

A modo de conclusión, podemos sostener que el contrato individual desplazará al convenio colectivo si establece mejores condiciones de trabajo, al mismo tiempo que sus cláusulas serán reemplazadas por las establecidas en el convenio o la ley si estas fueran más favorables al trabajador.

Capítulo 8

Procedimiento para la negociación colectiva

El procedimiento abarca las normas, las reglas, las instancias y los mecanismos a los cuales se deben someter las partes con intereses contrapuestos durante la etapa de negociación colectiva. En forma paritaria, los representantes de las partes cumplen con el procedimiento especial para resolver las controversias y procuran con ello alcanzar los acuerdos necesarios para la consecución de la convención colectiva. Según Jorge Elías,¹ el procedimiento para la negociación colectiva de nuestro país es un sistema *formal*, ya que el Estado establece reglas a las cuales deben ajustarse los sujetos negociadores y fija las condiciones para conferir a los convenios colectivos eficacia jurídica *erga omnes*, a partir del acto de homologación por parte de la autoridad administrativa del trabajo.

En nuestro ordenamiento jurídico laboral, el procedimiento de la negociación colectiva está regulado en la Ley N° 23546 (t.o. 2004) y su reglamentación (Dec. N° 200/88). No obstante, la negociación se debe ajustar a la regulación prevista en la Ley de Convenciones Colectivas N° 14250 (t.o. 2004) y su reglamentación. A su vez, tanto la Ley N° 14250 como la Ley N° 23546 han sufrido numerosas modificaciones, siendo la última reforma la Ley de Ordenamiento Laboral N° 25877.

1. Elías, J. (2014). Procedimiento de la negociación. En M. Ackerman (dir.) y D. Tosca (coord.). *Tratado de Derecho de Trabajo: tomo VIII: relaciones colectivas de trabajo II*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

1. Inicio de la negociación

La iniciativa para impulsar la negociación o dar inicio al procedimiento puede provenir tanto de los representantes de los trabajadores como de los empleadores. Según el artículo 11² de la Ley N° 14250 (t.o 2004) cualquiera de las partes interesadas podrá disponer la iniciación de las negociaciones tendientes a la concertación de una nueva convención. Si bien el texto legal parece limitado a las convenciones ya vencidas, dado que se establece que la petición podrá presentarse dentro de los sesenta (60) días anteriores al vencimiento de la convención, el mismo trámite habrá de seguirse para aquellos convenios que se celebren por primera vez.

2. Requisitos

El artículo 2 de la Ley N° 23546 establece que la representación de los empleadores o de los trabajadores que promueva la negociación se lo notificará por escrito a la otra parte, con copia a la autoridad administrativa del trabajo, indicando:

- i) representación que inviste;
- ii) alcance personal y territorial de la convención colectiva pretendida;
- iii) materia a negociar.

A su vez, quienes reciban la notificación por escrito estarán obligados a responderla y a designar a sus representantes en la comisión que se integre al efecto. La respuesta a la comunicación significará el reconocimiento de la representación de la otra parte.

2. Ley N° 14250, artículo 11. Vencido el término de una convención o dentro de los SESENTA (60) días anteriores a su vencimiento, el MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL deberá, a solicitud de cualquiera de las partes interesadas, disponer la iniciación de las negociaciones tendientes a la concertación de una nueva convención.

3. Designación de la comisión negociadora

Las *comisiones negociadoras* son aquellas que tienen por objeto discutir y acordar el convenio colectivo: se constituyen para pactar y lograr la firma del convenio. Están integradas por un número igual de representantes del sindicato con personería gremial y de los empleadores.³ La cantidad de integrantes de cada una de las representaciones quedará librada a la decisión de cada una de las partes. Desde el punto de vista de la representación sindical, el principio de la libertad y la autonomía sindical determinan que la designación de sus representantes para la comisión constituye una prerrogativa exclusiva de la organización sindical a través de la asamblea o congreso. Mientras que en la representación empresarial, la integración de la comisión se complejiza. Esta comisión podrá estar integrada por varias empresas o entidades o, en algún caso, la cámara patronal determinada que represente a ese colectivo. La conformación de cada una de las partes, toma relevancia al momento en que cada una de las partes debe resolver cualquier disidencia existente entre sus propios representantes. En caso de conflicto interno de las partes en el seno de la comisión, el artículo 5 de la Ley N° 23546 lo resuelve estableciendo que, cuando en el seno de la representación de una de las partes no hubiere unanimidad, prevalecerá la posición de la mayoría de sus integrantes.

El artículo 2 del Decreto N° 200/88 establece que la comunicación del artículo 2 de la Ley N° 23546 deberá contener la indicación detallada de la representación que se invoque y la que se reconoce a la otra parte. Según el artículo 4 de la Ley N° 23546, se constituirá la comisión negociadora en un plazo de 15 días desde la recepción de la notificación de la convocatoria a negociar.

A partir de la sanción de la Ley N° 25674, la representación sindical se deberá conformar con el correspondiente “cupó femenino”. Cada unidad de negociación colectiva de las condiciones laborales, deberá contar con la participación proporcional de mujeres delegadas en función de la cantidad de

3. Grisolia J. A. (2004). *Derecho del trabajo y de la seguridad social: tomo II*. Buenos Aires: Lexis Nexis, capítulo XXVIII “Negociación Colectiva. Convenios Colectivos”.

trabajadoras de dicha rama o actividad.⁴ Previo a la constitución de las comisiones negociadoras la asociación sindical deberá, juntamente con la designación de sus representantes, denunciar con carácter de declaración jurada, la cantidad porcentual de mujeres, sobre el total de los trabajadores que se desempeñan en el ámbito de negociación correspondiente, a fin de que la autoridad de aplicación verifique que se ha cumplido con la participación proporcional de mujeres. En caso de que se incumpla la obligación o en caso de que la cantidad porcentual de mujeres denunciada fuera inferior a la cantidad porcentual de mujeres que se desempeñan realmente en el ámbito de negociación correspondiente, la autoridad de aplicación intimará a la organización sindical para que en el plazo de cinco (5) días subsane la deficiencia, bajo apercibimiento de no constituir la comisión negociadora.⁵

Por último, es necesario aclarar que la comisión negociadora que se conforma con miras a pactar y lograr el acuerdo de un convenio colectivo de trabajo es distinta a las *comisiones paritarias* mencionadas en los artículos 13 a 15 de la Ley N° 14250 (t.o. 2004). Las “comisiones paritarias de interpretación” son aquellas conformadas a los efectos, precisamente, de actuar como órgano de interpretación del convenio, de calificación de personal y categorización de los establecimientos. Además, se le reconocen funciones conciliadoras y complementarias.

4. Determinación del ámbito territorial y personal

Los convenios colectivos, como cualquier contrato firmado por representación, poseen un máximo de ámbito de aplicación posible, tanto personal como territorial, que está dado por el alcance de la representación de las partes o por el punto en el cual coinciden ambas representaciones. Los convenios colectivos se extienden hasta la representación de las partes o hasta el máximo que hayan acordado.

4. Ley N° 25674, artículo 1.

5. Decreto Reglamentario N° 514/2003, artículo 1.

Como ya vimos, el artículo 16 de la Ley N° 14250 (t.o.) señala, de manera enumerativa, que los convenios colectivos tendrán los siguientes ámbitos personales y territoriales conforme a lo que las partes acuerden dentro de su capacidad representativa:

- Convenio nacional, regional o de otro ámbito territorial.
- Convenio intersectorial o marco.
- Convenio de actividad.
- Convenio de profesión, oficio o categoría.
- Convenio de empresa o grupo de empresas.
- Convenio Colectivo de Empresa del Estado, Sociedad del Estado, Sociedad Anónima con participación estatal mayoritaria, entidad financiera estatal o mixta comprendida en la Ley de Entidades Financieras.⁶

5. Determinación de las materias a negociar

El artículo 2 del Decreto Reglamentario N° 200/88 establece que la comunicación del artículo 2 de la Ley N° 23546 deberá contener, además, las materias objeto de negociación con especial individualización de las cláusulas relativas a empleo, ajustes salariales, capacitación, organización del trabajo y nuevas tecnologías, régimen de información y consulta a la representación sindical, salud y medio ambiente laboral, productividad y mecanismos de prevención o solución de conflictos laborales.

La parte que recibe la comunicación se halla igualmente facultada para proponer otras materias a ser llevadas al seno de la comisión negociadora. En este caso también deberá notificar su propuesta a la representación que inicia el procedimiento, con copia a la autoridad de aplicación.

Es necesario destacar que esta enumeración no tiene carácter taxativo. Las partes no están obligadas a mantener estas materias a negociar ya que tienen plena libertad para decidir el objeto de la negociación a petición individual de cualquiera de ellas.

6. Decreto Reglamentario N° 200/88, artículo 1.

6. Deber de negociar de buena fe

Según Fernández Madrid,⁷ la obligación de actuar de buena fe implica negociar de acuerdo con principios impuestos por una recíproca lealtad de conducta (situación objetiva) y con la creencia de que se respetan dichos principios (situación subjetiva). Deben considerarse de mala fe aquellos actos que implican rehusarse a negociar colectivamente con la asociación sindical capacitada para hacerlo o provocar dilaciones que tiendan a obstruir el proceso de negociación, situación considerada como práctica desleal de los empleadores según el inciso f de la Ley N° 23551.

La OIT ha entendido que el deber de negociar de buena fe constituye una condición indispensable en la que “cada parte debe estar dispuesta a oír los argumentos de la otra y a tomarlos en consideración.”⁸

El inciso a del artículo 4, Ley N° 23546, determina la obligación de negociar de buena fe, lo que implica y se manifiesta según pautas objetivas que siguen,

6.1. Concurrir a las reuniones acordadas o fijadas por la autoridad de aplicación

Como manifestación objetiva del principio de buena fe, las incomparencias o inasistencias sin la debida justificación de alguna de las partes significarán una presunción de dilación u obstrucción de llevar a cabo la negociación colectiva.

6.2. Designar negociadores con mandato suficiente

No alcanza con la conformación formal de la comisión negociadora. Las personas que concurren en representación de las partes deben estar investidas

7. Fernández Madrid, J. C. (2007). *Tratado práctico de Derecho del Trabajo: tomo III*. Buenos Aires: La Ley.

8. OIT (1986). *Las negociaciones colectivas: manual de educación obrera*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, p. 4, citado por Simón, J. C. (1998), *op. cit.*, p. 451.

de la autoridad suficiente para la toma de decisiones en la negociación colectiva. La carencia de mandato suficiente afectará el normal desenvolvimiento de la negociación colectiva y suele utilizarse como forma de dilatación para no negociar.

6.3. Derecho a la información

Otra de las manifestaciones concretas de la buena fe radica en la importancia de la información veraz y precisa que deben tener las partes con el fin de arribar a los acuerdos necesarios en el marco del procedimiento de la negociación colectiva.

La Ley N° 23546 conmina a las partes a intercambiar la información necesaria a los fines del examen de las cuestiones en debate, para entablar una discusión fundada y obtener un acuerdo. Dicho intercambio deberá obligatoriamente incluir la información relativa a la distribución de los beneficios de la productividad, la situación actual del empleo y las previsiones sobre su futura evolución.

Como consecuencia de este deber de información, la ley obliga a las partes a guardar secreto sobre la información otorgada en el marco de la negociación colectiva. Esta información calificada acarrea también el *deber de confidencialidad* de las partes, siendo pasibles de las sanciones penales o de acción de daños y perjuicios.

En el caso en que la negociación colectiva se desarrolle a nivel de la empresa, además de la información obligatoria, se debe informar: *Situación económica de la empresa, del sector y del entorno en el que aquélla se desenvuelve, Costo laboral unitario, Causales e indicadores de ausentismo, Innovaciones tecnológicas y organizacionales previstas, Organización, duración y distribución del tiempo de trabajo, Siniestralidad laboral y medidas de prevención y Planes y acciones en materia de formación profesional*. La obligación de negociar de buena fe en los procedimientos preventivos de crisis conforme a la Ley Nacional de Empleo N° 24013 impone al empleador el deber de informar a los trabajadores a través de la representación sindical sobre las causas y circunstancias que motivaron la iniciación del procedimiento de crisis, la cual deberá

informar: *Mantenimiento del empleo, Movilidad funcional, horaria o salarial, Innovación tecnológica y cambio organizacional, Recalificación y formación profesional de los trabajadores, Reubicación interna o externa de trabajadores y programas de reinserción laboral, Aportes convenidos al Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones, Programas de apoyo a la generación de microemprendimientos para los trabajadores afectados.*

La enumeración del artículo 4 de la Ley N° 23546 es meramente enunciativa ya que se configuran distintas manifestaciones del deber de negociar colectivamente con buena fe. Según Jorge Elías,⁹ como prácticas que significan el ejercicio de la buena fe, se pueden citar la *obligación de efectuar un mínimo de propuestas, excluir todas las formas de violencia y dolo, la razonabilidad de las conductas de los negociadores, etc.*

Cuando alguna de las partes se rehusare injustificadamente a negociar colectivamente en los términos de las prácticas descriptas, se considerará su accionar como violatorio del principio de buena fe. La Ley N° 23546 determina que la parte afectada por el incumplimiento podrá promover una acción judicial ante el tribunal laboral competente, mediante el proceso sumarísimo establecido en el artículo 498 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. El tribunal dispondrá el cese inmediato del comportamiento violatorio del deber de negociar de buena fe y podrá, además, sancionar a la parte incumplidora con una multa de hasta un máximo equivalente al veinte por ciento (20%) del total de la masa salarial del mes en que se produzca el hecho, correspondiente a los trabajadores comprendidos en el ámbito personal de la negociación. Si la parte infractora mantuviera su actitud, el importe de la sanción se incrementará en un diez por ciento (10%) por cada cinco (5) días de mora en acatar la decisión judicial. En el supuesto de reincidencia, el máximo previsto en el presente inciso podrá elevarse hasta el equivalente al cien por ciento (100%) de esos montos. Sin perjuicio de ello, el juez, a petición de parte, también podrá aplicar lo dispuesto por el artículo 666 bis del Código Civil. Cuando cesaren los actos que dieron origen a la acción entablada, dentro del plazo que al efecto establezca la decisión judicial, el monto de la sanción podrá ser reducido por el juez hasta el cincuenta por ciento (50%).

9. Elías, J. (2014), *op. cit.*

7. Desarrollo de las negociaciones

Además de los elementos objetivos, ya descriptos, que determinan la conducta a la cual deben sujetarse las partes en la negociación colectiva, las partes deben extremar las medidas con el fin de arribar a un acuerdo.

El artículo 4 de la Ley N° 25476, establece en su último punto que las partes deben realizar los esfuerzos conducentes a lograr acuerdos. Las partes no deben iniciar el procedimiento únicamente con miras a cumplir con el procedimiento normado, sino que deben tener la certeza de que el procedimiento es el medio para arribar a un acuerdo.

El deber de negociación en ningún caso implica la obligación de llegar a un acuerdo, sino que la conducta de las partes debe estar orientada a lograr un resultado positivo con miras a la formalización del acuerdo. El deber de negociar impone una posición activa de las partes en el desarrollo de fórmulas eficaces en la búsqueda del acuerdo. La imperatividad de este postulado, más que representar meramente una tendencia o base de trabajo consistente en sentarse en la mesa de negociación y adoptar un temperamento proclive al diálogo, avanza en la necesidad de que el propio actor busque, una y otra vez, la manera de alcanzar el objetivo propuesto.¹⁰

De lo ocurrido en el transcurso de las negociaciones se labrará un acta resumida y las convenciones colectivas de trabajo deberán ser homologadas por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, en su carácter de autoridad de aplicación. Dicha homologación deberá producirse dentro de un plazo no mayor de treinta (30) días de recibida la solicitud, siempre que la convención reúna todos los requisitos establecidos a tal efecto. Transcurrido dicho plazo se la considerará tácitamente homologada.

10. Simón, J. C. (1998), *op. cit.*, p. 451.

8. Servicio de mediación, conciliación y arbitraje

El artículo 14 bis de la Constitución Nacional garantiza a los gremios recurrir a la conciliación y al arbitraje, por lo que resulta de ello, que en caso que se susciten diferendos en las negociaciones colectivas en curso se aplicará la Ley de Conciliación Obligatoria N° 14786.

La ley citada reconoce al Estado, a través de la autoridad administrativa del trabajo, la potestad de intervenir en el conflicto ejerciendo las facultades que la ley le confiere en materia de conciliación y arbitraje. En caso de conflicto colectivo, el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, a solicitud de parte o de oficio, inicia el procedimiento de conciliación obligatoria postergando, de este modo, toda medida de acción directa.

No obstante, el artículo 7 de la Ley N° 25346 aclara que las partes podrán, de común acuerdo, someterse a la intervención de un servicio de mediación, conciliación y arbitraje que funcionará en el ámbito del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social. Aún no fue dictada la reglamentación que determine las funciones, la organización y el procedimiento de este servicio.

La Ley de Ordenamiento Laboral N° 25877 eliminó el Servicio Federal de Mediación. Este fue creado por la derogada Ley N° 25250, como persona de derecho público no estatal, con autonomía funcional y autarquía financiera, y cuya función era intervenir en los conflictos colectivos.

Una de las disposiciones de la Ley N° 25250 que mayores críticas recibió fue, precisamente, la que esta norma viene a modificar y que establecía una suerte de arbitraje obligatorio destinado a imponer la renegociación de los convenios colectivos vigentes por ultraactividad, distinguiendo entre los que celebraron antes o después de la sanción de la Ley N° 23545 (de 1988).

Capítulo 9

Las comisiones paritarias

1. Concepto

La comisión paritaria de interpretación del convenio es un organismo de carácter social a través del cual se propone la resolución de conflictos colectivos de derecho mediante la discusión por parte de los propios actores sociales comprendidos en la aplicación de una convención colectiva de trabajo.

No obstante, estos conflictos de derecho o jurídicos se consideran casi como una prolongación del conflicto de intereses, no resuelto con nitidez en el texto de la convención colectiva de trabajo, de modo que la oposición de intereses origina interpretaciones distintas, no reducibles a meras cuestiones jurídicas.

Además, la comisión paritaria se caracteriza por ser un organismo integrado por igual número de representantes de las partes obrera y empresaria signatarias de un convenio colectivo, y que se constituye a propósito de este con las atribuciones que resultan de la competencia que le sea asignada por las normas de origen estatal o convencional que las regulan.

Conforme lo establece la legislación vigente, corresponde a la comisión paritaria la tarea de interpretación y adecuación normativa del acuerdo concertado, y en especial cuando las divergencias en torno a este provocan el desencuentro de las partes de la convención. Es frente a los conflictos de derecho cuando se asigna a estos organismos un rol particularmente relevante, ya sea como alternativa válida para neutralizar la exteriorización de la desavenencia

a través de medidas de acción directa, o cuando producidas estas últimas, se recurre a su actuación como una forma de poner fin o dar principio de solución al conflicto abierto.

2. Conformación

El nuevo ordenamiento sancionado a partir de 2004 (Ley N° 25877) dispone que “los convenios colectivos de trabajo podrán prever la constitución de Comisiones Paritarias”. En ese caso, estarán exclusivamente “integradas por un número igual de representantes de empleadores y trabajadores” (art.13, Ley N° 14250).

Por otro lado, se prevé que cualquiera de las partes de un convenio colectivo de trabajo, que no prevea el funcionamiento de las comisiones referidas en el artículo 14, “podrá solicitar al Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social la constitución de una Comisión Paritaria”, pero solo “a los efectos y con las atribuciones previstas en el inciso a) del artículo anterior” (“Interpretar con alcance general la convención colectiva, a pedido de cualquiera de las partes o de la autoridad de aplicación”).

Además, en este supuesto, “dicha Comisión será presidida por un funcionario designado por el MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL y también estará integrada por un número igual de representantes de trabajadores y empleadores”.

En general, la mayoría de las convenciones colectivas prevén entre sus contenidos la constitución y funcionamiento de estas comisiones. Si así no fuera, el Ministerio de Trabajo tiene la obligación de instar su creación obligatoria dentro del plazo de veinte días hábiles administrativos a partir de su solicitud.

Como puede observarse, no se hace ninguna alusión al tiempo durante el cual deberá funcionar luego de constituida, ni que su constitución deba necesariamente responder a una convocatoria para resolver una cuestión pre-determinada por una o ambas partes.

En lo que respecta a la regulación legal, basta que cualquiera de las partes solicite a la autoridad administrativa la creación de una comisión paritaria para que se torne obligatoria su constitución. El Ministerio de Trabajo es

quien se encuentra encargado de adoptar las medidas necesarias para la constitución de ese organismo, contando con un plazo de veinte días para llevarlo a cabo desde recibido el requerimiento de la parte obrera o empresaria. En el acto de constitución la autoridad ministerial debe fijar el número de integrantes de la comisión, que deberá contar con igual número de representantes de empleadores y trabajadores, y designar a su presidente, que deberá ser un funcionario de esa cartera (art. 15, LCCT y art. 7, Decreto N° 199/88).

3. Funcionamiento

El funcionamiento de las comisiones paritarias está demarcado por las normas estatales que las regulan, las que resulten de la propia convención colectiva y las que pueda fijar la misma comisión. Una vez constituida, las sesiones se llevan a cabo en el lugar y con la frecuencia que estipule el propio cuerpo paritario. La Comisión debe prever otros supuestos de reunión que aquellos que impliquen la periodicidad ordinaria de sesiones, y podrá ser convocada toda vez que sea necesaria su actuación conforme a las atribuciones que le son inherentes y la competencia que en definitiva tenga asignada.

Las amplias facultades que la Resolución N° 60/56 reconocía al presidente de la comisión, y que llegaba a convertirlo en un árbitro de los diferendos que pudieran suscitarse entre los miembros paritarios al asignarle voto “en el caso de empate”, carecen de vigencia en la regulación actual. Aunque no se ha dejado de apuntar que

si bien el art. 7° del dec. 199/88, reglamentario de la Ley N° 14250, expresa que la decisión de la comisión paritaria se adoptará por acuerdo de partes, paralelamente, el art. 11 de ese decreto abre la vía procesal pertinente para que la decisión final la tome el Director Nacional de Relaciones Laborales.

En la nueva reglamentación, aun cuando se abordan temas específicos relativos al funcionamiento de este organismo que habían sido omitidos por el antiguo Decreto N° 9582/54, nada se dice acerca de potestades similares en cabeza de la presidencia y que, como dispone la ley, en algunos supuestos de-

berá desempeñar un funcionario designado por el Ministerio de Trabajo. No obstante ello, ninguna duda puede caber en cuanto a que, cualquiera que sea la naturaleza que se atribuya a la presidencia del cuerpo, el funcionario que ocupe ese cargo no deberá integrar ninguna de las “partes” de la convención, cuya representación ejercen los miembros paritarios respectivos.

Contrariamente, creemos que nada obsta a la aplicación –directa o supletoria– de lo dispuesto en esa resolución en relación con la propuesta de miembros titulares y suplente, que deberían hacer las partes al tiempo de constituir la comisión (art. 4) y en los casos de impedimento o ausencia del titular (art. 5); como en lo referente a la imposibilidad de recusarlos, sin perjuicio del derecho que a aquellos asiste de excusarse del conocimiento de una determinada cuestión (art. 12). En igual sentido, parece compatible lo reglado en orden al reconocimiento de voz y voto a todos los miembros paritarios titulares –o a quienes los reemplacen–; que no habiendo total consenso, el acuerdo de las partes se logre por el voto y la resolución devenga de lo decidido por simple mayoría, siendo los votos nominales y debiendo fundarse (art. 16); que el quórum necesario para sesionar válidamente se alcance con la asistencia de la mitad más uno de sus integrantes (art. 18) y que, a fin de preservar la naturaleza paritaria del organismo, en caso de inasistencia de uno o más miembros de una de las partes, pierdan su voto igual número de miembros de la otra (art. 19); así como que los empleadores se hallen obligados “a conceder permisos que sus empleados y obreros, integrantes de las Comisiones Paritarias, les solicitaren con el objeto de concurrir a las reuniones de las mismas” (art. 32).

Sin perjuicio de todo lo expuesto, y teniendo en cuenta que la ley no deroga expresamente las normas reglamentarias de la Ley N° 14250 referidas al tema, consideramos que debería haberse mantenido la exigencia que contenía uno de los anteproyectos en relación con que “las decisiones de la Comisión deberán ser adoptadas por consenso y homologadas” y que ello resultara aplicable respecto de todas las decisiones que estén dentro de las facultades de la comisión paritaria.

4. Atribuciones

En principio, la comisión paritaria tiene solo la competencia que la ley le otorga y que se menciona más abajo, pero debe recordarse que la autonomía colectiva puede disponer las pautas, mecanismos y materias de competencia de las comisiones paritarias, otorgándoles mayor amplitud.

Si bien la ley establece una serie de atribuciones conferidas a dichas comisiones, de la reglamentación se desprende su carácter no taxativo. Esas funciones son las de:

- a) Interpretar con alcance general la convención colectiva, a pedido de cualquiera de las partes o de la autoridad de aplicación.
- b) Intervenir en las controversias o conflictos de carácter individual o pluriindividual, por la aplicación de normas convencionales cuando las partes del convenio colectivo de trabajo lo acuerden.
- c) Intervenir al suscitarse un conflicto colectivo de intereses cuando ambas partes del convenio colectivo de trabajo lo acuerden.
- d) Clasificar las nuevas tareas que se creen y reclasificar las que experimenten modificaciones por efecto de las innovaciones tecnológicas o nuevas formas de organización de la empresa. Las decisiones que adopte la comisión quedarán incorporadas al Convenio Colectivo de Trabajo, como parte integrante del mismo.

5. Instancia previa en conflictos individuales

La ley permite la intervención de la comisión paritaria en las controversias de carácter individual o pluriindividual cuando las partes del convenio colectivo de trabajo lo acuerden.

Esta norma puede permitir que a través de la negociación colectiva se pretenda imponer a los trabajadores la obligación de someterse a una nueva y adicional instancia previa de conciliación. Ello resultaría, en nuestra opinión, contrario a los principios constitucionales que garantizan el acceso a la justicia. Similares críticas ha merecido de nuestra parte el Sistema de Conciliación Laboral Obligatoria (SECO) previsto por la Ley N° 24635, y con mucho ma-

yor énfasis se renovarían si se pretendiera establecer un nuevo obstáculo al trabajador en el reclamo por la efectiva realización de sus derechos.

Entendemos que esta instancia solo podría establecerse a los fines conciliatorios (jamás como carácter resolutivo) y como instancia voluntaria. En este sentido, considerábamos saludable, y así fue planteado en las rondas de consultas, que se aclare que “esa intervención (además de ser meramente conciliatoria) no excluye ni suspende el derecho de los interesados a iniciar directamente la acción judicial correspondiente”, como disponía el artículo 16 de la Ley N° 14250.

6. Conflictos de intereses

La redacción definitiva de la ley mejoró su contenido en relación con la de los primeros anteproyectos al establecer que la comisión paritaria solo podrá intervenir al suscitarse un conflicto colectivo de intereses cuando “ambas partes” signatarias del convenio así lo soliciten. Sin embargo, no se especifica, como lo hacían otras disposiciones, que la intervención es únicamente como instancia de conciliación. Entendemos, sin embargo, que debería preverse que dicha instancia de conciliación voluntaria ante la comisión paritaria desplace a la instancia obligatoria de conciliación laboral prevista por la Ley N° 14786. De lo contrario, la sumatoria de ambas instancias conciliatorias podría significar la postergación de la posibilidad de adoptar medidas de fuerza, constituyendo una irrazonable e inconstitucional limitación al ejercicio del derecho de huelga.

Por otra parte, de no desplazar al procedimiento de conciliación previsto por la Ley N° 14786, no existiría incentivo alguno para intentar una instancia de conciliación autónoma en la comisión paritaria cuando de por sí existe una ante la autoridad de aplicación.

Entendemos que se debería haber establecido también con claridad que así como se dispone que durante la tramitación de la instancia conciliatoria “las partes se abstendrán de adoptar las medidas que afecten el normal funcionamiento de las relaciones laborales”, tendrían que estar obligadas además a retrotraer el estado de cosas a la situación existente con anterioridad al surgi-

miento del conflicto; única manera esta de mantener el equilibrio relativo que las partes tenían con anterioridad al nacimiento del conflicto para posibilitar una negociación relativamente ecuánime. De lo contrario, el sector sindical participa en la instancia conciliatoria “con las manos atadas”, puesto que durante su trámite no puede llevar adelante medidas de acción directa, mientras la situación que dio lugar al conflicto se mantiene. Lo que hoy es una facultad discrecional del Ministerio debe ser normado como una consecuencia del establecimiento de la conciliación.

7. Recursos

La Ley N° 25877 dejó sin efecto las disposiciones del artículo 17 en las que se preveía que las resoluciones que tomen las comisiones paritarias serían pasibles de recursos en la órbita administrativa. De acuerdo con ese régimen, el modo en que se hayan adoptado las decisiones –mediando o no unanimidad de los miembros paritarios– adquiriría relevancia en ciertos supuestos, en cuanto al alcance que se le reconocía a la vía recursiva.

Capítulo 10

Convenios de empresas en crisis

El artículo 20 de la Ley de Convenciones Colectivas de Trabajo establece que

la exclusión de una empresa en crisis del convenio colectivo que le fuera aplicable, sólo podrá realizarse mediante acuerdo entre el empleador y las partes signatarias del convenio colectivo, en el marco del procedimiento preventivo de crisis previsto en el Título III, Capítulo VI de la Ley N° 24013. El convenio de crisis deberá instrumentarse por un lapso temporal determinado.

A través de esta disposición, incorporada en el año 2004 por la Ley N° 25877, se derogó el instituto del descuelgue previsto en la anterior reforma, la de la Ley N° 25250.

Mediante esta norma se establece que la exclusión de una empresa del convenio colectivo que le fuera aplicable solo podrá realizarse en el marco del procedimiento preventivo de crisis, permitiendo interpretar que ello implica la derogación del artículo 20 de la Ley N° 24522 y el artículo 97 de la Ley N° 24467, pero además se impone la duración limitada del convenio de crisis.

La Ley N° 25250 había incorporado, en el artículo 27 de la Ley de Convenciones Colectivas de Trabajo (N° 14250), una disposición que regulaba la implementación de un novedoso instituto que en la doctrina científica es conocido como “régimen de descuelgue”. Este mecanismo consiste, a grandes rasgos, en la posibilidad de no aplicar el convenio colectivo general en aquellas empresas cuya estabilidad económica pudiere verse afectada si se aplicare ese régimen, o dicho de otra manera, permite que una empresa “se descuelgue” o se “desenganche” del convenio colectivo que le es aplicable.

El instituto del descuelgue es a primera vista –y más allá de cuál sea el interés jurídico tutelado– un mecanismo esencialmente destinado a lograr la inaplicación del régimen general del convenio en una determinada empresa, en función de la situación de inestabilidad económica por la que atraviesa.

Pero en el ordenamiento jurídico nacional ya existían otros instrumentos negociales con una enorme similitud en cuanto a la causa que atendían (crisis empresarial) o en cuanto a los efectos jurídicos que producían (suspensión del régimen general del convenio), o a ambos. Esta situación, de superposición de instrumentos jurídicos destinados a fines idénticos o parecidos, era criticable desde distintos puntos de vista. En primer lugar, porque formaban parte de los variados instrumentos de flexibilización laboral con los que el parlamento legalizaba la reducción de derechos, pero además por la complejidad y poca precisión en su implementación.

En efecto, junto con el régimen de descuelgue previsto en la ley derogada, coexistían una variedad de instrumentos jurídicos que se han ido incorporando paulatinamente y que, a grandes rasgos, están destinados a producir el mismo efecto.

De esta forma, la inaplicación del convenio colectivo en una empresa determinada podía efectivizarse a través del “régimen de descuelgue” (en sentido estricto) que aquí se deroga, pero también a través de otros acuerdos de carácter colectivo como el que deriva del Procedimiento Preventivo de Crisis (art. 98 y ss., Ley N° 24013, Ley Nacional de Empleo), el Acuerdo de Crisis previsto en la Ley N° 24522 (Ley de Concursos y Quiebras) para empresas concursadas, el convenio previsto para las pequeñas empresas en las circunstancias indicadas por el artículo 97 de la Ley N° 24467 (Ley de Pequeñas y Medianas Empresas), e incluso, sin ninguna exigencia causal o formal especial, a través de un convenio colectivo de empresa tradicional, a partir de las reglas de solución de los conflictos de concurrencia entre fuentes convencionales de distinto ámbito (art. 25, Ley N° 14250, LCCT) que establecía la Ley N° 25250 (y que ahora también se modifican).

La nueva ley suprime el instituto del descuelgue y establece que la exclusión de una empresa del convenio colectivo que le resultaba aplicable solo puede realizarse a través del procedimiento preventivo de crisis. Esta dispo-

sición permite interpretar que, de los diversos mecanismos de inaplicación del convenio colectivo de trabajo a una empresa determinada, en función de su situación crítica, solo queda vigente el que prevé la Ley N° 24013 en los artículos 98 y siguientes.

A su vez, la norma mantiene una condición, establecida en la norma anterior, y de absoluta razonabilidad, como es la duración limitada del convenio de crisis.

En efecto, para que pudiera aplicarse el descuelgue, en el segundo párrafo del artículo 27 derogado, se exigía la determinación del período dentro del cual tendría lugar el descuelgue.

Parece claro que el primer límite natural en lo que respecta a la duración de la inaplicación del régimen general y la aplicación del convenio de crisis en una empresa está constituido por el período de vigencia del convenio colectivo supraempresarial, límite que en ningún caso podría verse rebasado. Dentro de ese plazo, los sujetos negociadores podrían adoptar decisiones de muy diverso tipo, desde limitar su vigencia a un lapso inferior, de forma que resulte necesario recurrir a un nuevo acuerdo para seguir no aplicando el convenio por el tiempo restante, supeditar la duración a determinadas condiciones (mantenimiento de la crisis por ejemplo) o incluso dejar esta decisión en manos de otras instancias (comisión paritaria, por ejemplo).

1. El procedimiento preventivo de crisis

El procedimiento preventivo de crisis fue incluido en el año 1991 en la denominada Ley de Empleo que, junto con una cantidad de normas flexibilizadoras del contrato individual de trabajo, estableció en los artículos 98 a 105 un procedimiento destinado a modificar los convenios colectivos de trabajo en el ámbito de una empresa en crisis.

En efecto, bajo la excusa de “evitar despidos y suspensiones” y de “cuidar la fuente de trabajo”, se recurre al mismo pretexto para imponer la reducción de derechos y salarios, con la falsa premisa de que bajando el costo laboral se protege el empleo y llueven las inversiones.

Así, la norma señala que con “carácter previo” a la comunicación de “des-

pidos o suspensiones por razones de fuerza mayor, causas económicas o tecnológicas” que afecten a más del 15% de los trabajadores de empresas de menos de 400 trabajadores; a más del 10% en empresas de entre 400 y 1000 trabajadores y a más del 5% en empresas de más de 1000 trabajadores, deberá sustanciarse el denominado “procedimiento preventivo de crisis”.

Dicho de otra forma, basta con “anunciar” que se pretende despedir, o solo suspender, a un número de trabajadores superior a los mínimos señalados para que la empresa pueda iniciar una instancia para discutir con el sindicato la modificación, a la baja, del convenio colectivo aplicable a esa actividad con el objeto de “salir de esa supuesta crisis” reduciendo el costo laboral.

El procedimiento establece que la instancia puede iniciarse por pedido del empleador o de la asociación sindical que, en caso de que hubiera despidos reales y efectivizados sin recurrir al mecanismo previsto en la ley, se lo puede utilizar para suspender las desvinculaciones hasta tanto culmine la instancia de negociación que se prevé como paso “previo” a la decisión de despidos. Si los trabajadores afectados estuvieran representados por varias asociaciones sindicales, cualquiera de ellas puede impulsar el procedimiento. El artículo 1 del Decreto N° 265/02 añade la facultad del Ministerio de Trabajo de iniciarlo de oficio también. Esta norma dispone que la autoridad administrativa del trabajo podrá iniciarlo de oficio cuando la crisis implique la posible producción de despidos, en violación a lo determinado por el artículo 98 de la Ley N° 24013.

La presentación que efectúe el empleador instando el procedimiento, según señala el artículo 2 del Decreto N° 265/02, deberá contener: a) datos de la empresa, denominación, actividad, acreditación de la personería del solicitante, domicilio real y constituido ante la autoridad administrativa del trabajo; b) denuncia del domicilio de la empresa donde efectivamente cumplen tareas los trabajadores a los que afectan las medidas; c) relación de los hechos que fundamentan la solicitud; d) las medidas a adoptar, fecha de iniciación y duración de las mismas en caso de suspensiones; e) la cantidad de personal que se desempeña en la empresa y el número de trabajadores afectados, detallando respecto de estos últimos nombre y apellido, fecha de ingreso, cargas de familia, área donde revista, categoría, especialidad y remuneración men-

sual; f) el convenio colectivo aplicable y la entidad gremial que representa a los trabajadores;

g) los elementos económico financieros probatorios tendientes a acreditar la situación de crisis.

Será obligatoria la presentación de los estados contables correspondientes a los últimos tres años, los que deberán estar suscriptos, por contador público y certificados por el respectivo Consejo Profesional.

Las empresas que ocupen a más de QUINIENTOS (500) trabajadores deberán acompañar el balance social; h) en caso de contar con subsidios, exenciones, créditos o beneficios promocionales de cualquier especie otorgados por organismos del Estado Nacional, Provincial o Municipal, deberá adjuntarse copia certificada de los actos y/o instrumentos que disponen los mismos; i) Las empresas que cuenten con más de CINCUENTA (50) trabajadores deberán cumplir, además, con lo dispuesto por el Decreto N° 2072/94.

Esta negociación se tramita ante el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación, que es la autoridad de aplicación de la ley. La instancia tiene un plazo de duración de diez días hábiles administrativos si las partes no se pusieran de acuerdo en la primera audiencia. En efecto, según el decreto reglamentario, si no hubiera acuerdo en la audiencia prevista en el artículo 100 de la Ley N° 24013, dentro del término de cinco días de celebrada la misma, la autoridad administrativa del trabajo examinará la procedencia de la petición antes de abrir el período de negociación contemplado en el artículo 101 de la citada norma (art. 5).

Dentro de las 48 horas de efectuada la presentación, el Ministerio dará traslado a la otra parte, y citará al empleador y a la asociación sindical a una primera audiencia, dentro de los cinco días (art. 100).

En caso de no existir acuerdo en la audiencia prevista en el artículo anterior, se abrirá un período de negociación entre el empleador y la asociación sindical, el que tendrá una duración máxima de 10 días (art. 101).

El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, de oficio o a petición de parte, podrá:

a) Recabar informes aclaratorios o ampliatorios acerca de los fundamentos de la petición.

b) Realizar investigaciones, pedir dictámenes y asesoramiento, y cualquier otra medida para mejor proveer (art. 102).

Durante la negociación existe el deber de negociar de buena fe y particularmente el de información que la Ley N° 23546 en su última modificación expresamente menciona que, en el caso del procedimiento de crisis, la empresa deberá informar sobre las siguientes materias:

I. Mantenimiento del empleo.

II. Movilidad funcional, horaria o salarial.

III. Innovación tecnológica y cambio organizacional.

IV. Recalificación y formación profesional de los trabajadores.

V. Reubicación interna o externa de trabajadores y programas de reinserción laboral.

VI. Aportes convenidos al Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones.

Si las partes, dentro de los plazos previstos en este capítulo, arribaren a un acuerdo, lo elevarán al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, quien dentro del plazo de diez días podrá:

a) Homologar el acuerdo con la misma eficacia que un convenio colectivo de trabajo.

b) Rechazar el acuerdo mediante resolución fundada.

Vencido el plazo sin pronunciamiento administrativo, el acuerdo se tendrá por homologado (art. 103).

A partir de la notificación, y hasta la conclusión del procedimiento de crisis, el empleador no podrá ejecutar las medidas objeto del procedimiento, ni los trabajadores ejercer la huelga u otras medidas de acción sindical (art. 104).

La violación de esta norma por parte del empleador determinará que los trabajadores afectados mantengan su relación de trabajo y deba pagárseles los salarios caídos.

Si los trabajadores ejercieren la huelga u otras medidas de acción sindical, se aplicará lo previsto en la Ley N° 14786.

Capítulo 11

La negociación colectiva en el sector público

1. Nociones generales

El sector público es caracterizado como el sector de la sociedad en el que las personas, organizadas conforme cierta jerarquía y competencia, realizan actividades destinadas a que el Estado cumpla finalidades específicas de gestor del bien común. Para ello, el Estado organiza la administración pública y, eventualmente por decisión de sus gobernantes, otras tareas que se desarrollan en el marco de la industria, el comercio y los servicios. La relación que se traba entre el Estado –*como persona de existencia ideal*– y los empleados de los que aquel se vale para realizar sus tareas se denomina relación de empleo público.

Existen dos formas básicas de establecer un plexo regulatorio de las relaciones entre los sujetos del sector público: a) el sistema de regulación legal sobre la base de un estatuto sancionado por el poder legislativo; b) el sistema de convenciones colectivas de trabajo.

Si bien el mandato constitucional establecido en el artículo 14 bis, que garantiza a los gremios concertar convenios colectivos de trabajo, tiene vigencia a partir de 1957, el proceso de inclusión del empleo público en el régimen de las convenciones colectivas de trabajo es más bien reciente.

Recién a partir de 1970 comienzan a surgir algunos casos aislados de regulación convencional entre agentes estatales y organismos descentralizados del Estado nacional que se sometieron al régimen entonces vigente de la Ley N°

14250 (por ejemplo: Dirección General Impositiva, Administración Nacional de Aduanas, Junta Nacional de Granos y Mercado Nacional de Hacienda).

La introducción del sistema de negociación colectiva en el sector público recibió impulso con la sanción de las leyes N° 23328 y 23544 que ratificaron los convenios N° 151 y 154 de la OIT respectivamente, sobre negociación colectiva en el sector público.

Posteriormente, la Ley N° 23929 de 1991 reguló el sistema de negociación colectiva para los trabajadores docentes y la Ley N° 24185 de 1992 estableció las disposiciones por las que se regirán las negociaciones colectivas que se celebren entre la Administración Pública Nacional y sus empleados.

Como ya se señaló, fue a través de la Ley N° 23328 de 1986 que la Argentina ratificó el Convenio N° 151 de la OIT sobre relaciones de trabajo en la administración pública, en cuyo artículo 7 se establece que para la determinación de las condiciones de empleo

deberán adoptarse, de ser necesario, medidas adecuadas a las condiciones nacionales para estimular y fomentar el pleno desarrollo y utilización de procedimientos de negociación entre las autoridades públicas competentes y las organizaciones de empleados públicos acerca de las condiciones de empleo, o de cualesquiera otros métodos que permitan a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de dichas condiciones.

El mismo convenio, en el artículo 1, inciso 2, considera las exclusiones del ámbito de aplicación del convenio colectivo que pueden afectar a cierto nivel de empleados de la administración según el cargo que ocupen.

Por su parte, la Ley N° 25164, marco de regulación del empleo público nacional, determina en el artículo 1 que “la relación de empleo público queda sujeta a los principios generales establecidos en la presente ley, los que deberán ser respetados en las negociaciones colectivas que se celebren en el marco de la Ley 24.185”. Asimismo, el artículo continúa diciendo que

los derechos y garantías acordados en esta ley a los trabajadores que integran el servicio civil de la nación, constituirán mínimos que no podrán ser desplazados en perjuicio de estos, en las negociaciones colectivas que se celebren en el marco de la citada ley.

En el mismo artículo se enumeran expresamente los sujetos que quedarán exceptuados de su ámbito de aplicación siendo todos ellos funcionarios de la alta conducción política.

Asimismo, el artículo 3 determina que

al personal que preste servicios en organismos pertenecientes a la Administración Pública Nacional, y esté regido por los preceptos de la Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744, y modificatorias o la que se dicte en su reemplazo, se les aplicarán las previsiones contenidas en ese régimen normativo.

2. El procedimiento para la negociación colectiva en el sector público

La Ley N° 24185 sancionada el 11 de noviembre de 1992 establece las disposiciones por las que se regirán las negociaciones colectivas que se celebren entre la Administración Pública Nacional y sus empleados. La misma ley prevé la posibilidad de que tanto las provincias como el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires puedan adherir a su sistema de negociación (art. 2). Hasta la publicación de este libro, la única provincia de nuestro país que había adherido era Jujuy, mientras que el resto de las provincias y la Ciudad de Buenos Aires han decidido optar por un régimen propio.

El artículo 3 determina expresamente los sujetos excluidos del ámbito de aplicación de la presente norma los cuales son concordantes con aquellos sujetos excluidos por la ley marco:

- a) el jefe de Gabinete de Ministros, los Ministros, el Secretario General de la Presidencia de la Nación, los Secretarios, Subsecretarios, el Jefe de la Casa Militar, las máximas autoridades de los organismos descentralizados e instituciones de la Seguridad Social y los miembros integrantes de los cuerpos colegiados;
- b) las personas que por disposición legal o reglamentaria ejerzan funciones de jerarquía equivalente a la de los cargos mencionados en el inciso precedente;
- c) el personal militar en actividad y el retirado que preste servicios militares;
- d) el personal perteneciente a las Fuerzas de Seguridad y Policiales, en actividad y retirado que preste servicios por convocatoria;
- e) el personal diplomático en actividad comprendido en la Ley del Servicio Exterior de la Nación;
- f) el

personal comprendido en convenciones colectivas de trabajo aprobadas en el marco de la Ley 14.250 (t.o. decreto 198/88) o la que se dicte en su reemplazo; g) el clero; h) las autoridades y funcionarios directivos o superiores de entes estatales u organismos descentralizados nacionales; i) el personal que requiera un régimen particular por las especiales características de sus actividades cuando así lo resolviera el Poder Ejecutivo Nacional mediante resolución fundada; j) los sectores de la Administración Pública Nacional que a la fecha de la sanción de esta ley se encuentren incorporados al régimen de las convenciones colectivas de trabajo, a no ser que por acuerdo de las partes se optara por el sistema que aquí se establece.

La ley continúa en sus artículos 4 y 5 estableciendo el modo en que se determinará la representación de los trabajadores y empleadores, respectivamente. La representación de los empleados públicos será ejercida por las asociaciones sindicales, uniones o federaciones con personería gremial y ámbito de actuación nacional de conformidad al procedimiento de articulación de negociaciones según los distintos niveles que se determina en el artículo 6.

La representación en las negociaciones colectivas por parte del Estado deberá ser ejercida por el Ministerio de Economía y el Secretario de la Función Pública, o sus respectivos representantes con jerarquía no inferior a subsecretario, quienes son responsables de conducir negociaciones con carácter general. Asimismo, en caso de establecerse negociaciones con alcance sectorial, la representación se integrará además con los Ministros o titulares de la respectiva rama de la Administración Pública Nacional.

La negociación colectiva en la administración pública podrá realizarse dentro de un ámbito general o sectorial, siendo las partes las que articularán la negociación entre los distintos niveles.

Deberá integrarse una comisión negociadora, por cada negociación general o sectorial, en la que serán parte tanto los representantes del Estado como los de los empleados públicos y que serán coordinadas por la autoridad administrativa del trabajo (art. 6). En el caso de las negociaciones sectoriales, intervendrán conjuntamente las asociaciones con personería gremial que correspondan a dichos ámbitos y aquellas que en el orden nacional incluyan a este sector en su ámbito de actuación. La conformación de la comisión podrá ser propuesta por cualquiera de las partes indicando las razones que justifi-

quen el pedido y las materias objeto de la negociación. Se deberá notificar a la contraparte poniendo en copia a la autoridad administrativa de aplicación, la cual mediante el dictado de un acto administrativo constituirá la comisión negociadora (art. 7).

La materia objeto de negociación comprende todas las cuestiones laborales que integran la relación de empleo, tanto las de contenido salarial, como las demás condiciones de trabajo. Sin embargo, el artículo 8 de la Ley N° 24185 determina algunas materias que son excluidas del objeto de la negociación: 1) la estructura orgánica de la Administración Pública Nacional; 2) las facultades de dirección del Estado; 3) el principio de idoneidad como base del ingreso y de la promoción en la carrera administrativa.

El deber de negociar de buena fe se impone en el artículo 9 implicando un conjunto de derechos y obligaciones para las partes: 1) la concurrencia a las negociaciones y a las audiencias citadas en debida forma; 2) la realización de las reuniones que sean necesarias, en los lugares y con la frecuencia y periodicidad adecuadas; 3) la designación de negociadores con idoneidad y representatividad suficientes para la discusión del tema que se trata; 4) el intercambio de la información necesaria a los fines del examen de las cuestiones en debate; 5) la realización de los esfuerzos conducentes a lograr acuerdos que tengan en cuenta las diversas circunstancias del caso.

El artículo 10 determina el procedimiento para el desarrollo de las negociaciones y establece al Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad como la autoridad de aplicación, facultándolo para disponer la celebración de las audiencias que considere necesarias para lograr un acuerdo. Cuando no logre componer a las partes, el Ministerio podrá proponer una fórmula conciliatoria, a cuyos efectos estará autorizado a realizar los estudios, otorgar asesoramiento y requerir toda la información que considere necesaria a los efectos de posibilitar el más amplio conocimiento de la cuestión de que se trate.

En caso de desacuerdo en el desarrollo de las negociaciones o de conflicto ocasionado por cuestiones materia de la negociación, cualesquiera de las partes podrá informar al Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social para formalizar los trámites de la instancia obligatoria de conciliación. Asimismo, si lo considerara oportuno, el Ministerio podrá intervenir de oficio si lo consi-

dera oportuno, en atención a la naturaleza del conflicto, siendo de aplicación lo dispuesto por la Ley N° 14786 (art. 16).

Los representantes tendrán la posibilidad de proponer un listado de personas para que actúen como mediadores, quienes deberán ser reconocidos en materia de relaciones laborales en el sector público y con práctica en la negociación colectiva. Las partes, de común acuerdo, seleccionarán del listado propuesto quién o quiénes actuarán en la mediación, no pudiendo designar otra persona que las que hayan integrado dicho listado, salvo acuerdo expreso y unánime. En caso de falta de acuerdo sobre la designación del mediador, y siempre que las partes quieran continuar con este procedimiento, la autoridad administrativa del trabajo designará al mediador (art. 17).

El artículo 18 establece los mecanismos de composición de conflictos instando a las partes a acordar dichos mecanismos de autorregulación al comienzo de las negociaciones, tales como: a) suspensión temporaria de la aplicación de las medidas que originan el conflicto; b) abstención o limitación de las medidas de acción directa que pudieran afectar la prestación de servicios públicos esenciales durante los períodos críticos; c) establecimiento de servicios mínimos cuya prestación deba ser garantizada durante la realización de medidas de acción directa, notificando a la autoridad de aplicación con cinco (5) días de anticipación las guardias mínimas.

El acuerdo que se suscriba constará de un acta que deberá contener la siguiente información: 1) lugar y fecha de su celebración; 2) individualización de las partes y sus representantes; 3) el ámbito personal de aplicación, con mención clara del agrupamiento, sector o categoría del personal comprendido; 4) jurisdicción y ámbito territorial de aplicación; 5) período de vigencia; 6) toda mención conducente a determinar con claridad los alcances del acuerdo (art. 11).

De esta manera, el artículo 14 de la Ley N° 24185 establece que en el ámbito de la Administración Pública Nacional el acuerdo deberá ser remitido para su instrumentación por parte del Poder Ejecutivo mediante el acto administrativo correspondiente. El acto administrativo por el que se instrumente el acuerdo deberá ser dictado dentro del plazo de 30 (treinta) días hábiles de la suscripción del acuerdo.

El artículo 14 determina que, una vez instrumentado el acuerdo o vencido el plazo sin que medie acto expreso, este será remitido dentro de los 5 (cinco) días al Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social para su registro y publicación dentro de los 10 (diez) días de recibido. El acuerdo registrará formalmente a partir del día siguiente al de su publicación y se aplicará a todos los empleados, organismos y entes comprendidos.

El artículo 12 establece la ultraactividad en los convenios colectivos del sector público y dispone que al término de vigencia de una convención colectiva se mantendrán subsistentes las condiciones de trabajo resultantes de la misma, al igual que las normas relativas a contribuciones y demás obligaciones asumidas por el Estado empleador hasta que entre en vigencia un nuevo acuerdo, siempre que en el anterior no se haya convenido lo contrario. Las cláusulas de los acuerdos por las que se establezcan cuotas de solidaridad, podrán tendrán validez tanto para los afiliados como para los no afiliados, según se haya pactado, debiendo cumplirse con lo establecido por el artículo 33 de la Ley de Asociaciones Sindicales (art. 13).

Capítulo 12

La negociación colectiva para la pequeña empresa

1. Definición y marco legal

El marco general del régimen laboral para las pequeñas empresas se encuentra establecido en la Ley N° 24467 y modificatorias (del 15 de marzo de 1995), sancionada con el objeto de “promover el crecimiento y desarrollo de las pequeñas y medianas empresas impulsando para ello políticas de alcance general a través de la creación de nuevos instrumentos de apoyo y la consolidación de los ya existentes” (art. 1 de la citada ley).

Este régimen específico, creado durante la etapa más feroz de flexibilización laboral, no es más que otro intento por utilizar a la negociación colectiva como mecanismo de desregulación, desprotección o flexibilización de las condiciones de trabajo con el único fin de abaratar los costos laborales. A pesar de su rotundo fracaso y caída en un virtual desuetudo por la resistencia de los actores sindicales a aceptar estas condiciones que propone la ley, debe señalarse que la normativa se encuentra vigente y presta para ser utilizada en cuanto las condiciones políticas, sociales y económicas así lo permitan.

En cuanto a la definición, el legislador encomendó a la autoridad de aplicación la determinación de las características de aquellas empresas que serán consideradas pymes, teniendo en cuenta las peculiaridades de cada región del país, y los diversos sectores de la economía en que se desempeñan. Sin perjuicio de ello, en el artículo 83 se establece que

- a) los efectos de este Capítulo, pequeña empresa es aquella que reúna las dos condiciones siguientes: a) Su plantel no supere los cuarenta (40) trabajadores.
- b) Tengan una facturación anual inferior a la cantidad que para cada actividad o sector fije la Comisión Especial de Seguimiento del artículo 104 de esta ley.

Cabe señalar al respecto que mediante el dictado de la Resolución N° 1/95 la mencionada Comisión resolvió fijar los montos de facturación mencionados en el artículo 83, inciso b, de la Ley N° 24467: a) sector rural: \$ 2.500.000 (sin IVA); b) sector industrial: \$ 5.000.000 (sin IVA); c) sector comercio: \$ 3.000.000 (sin IVA) y d) sector servicios: \$ 4.000.000 (sin IVA). Asimismo, estableció que las partes legitimadas para negociar podrán –por acuerdo colectivo– elevar o reducir los montos de facturación determinados en el punto anterior, así como establecer montos diferenciales por rama o subsector de actividades económicas.

De lo expuesto se desprende que la calidad de pyme según la ley quedó determinada en función de dos criterios: cantidad de empleados y nivel de facturación.

Para el cómputo de los trabajadores de aquellas empresas que –a la fecha de vigencia de la ley– se encontraran funcionando, estableció que dicho cómputo se realizaría sobre el plantel existente al 1° de enero de 1995, destacándose, asimismo, que la negociación colectiva de ámbito superior al de empresa podría modificar la condición referida al número de trabajadores.

Finalmente, prevé que las pequeñas empresas que superen alguna o ambas condiciones anteriores podrán permanecer en el régimen especial de esta ley por un plazo de tres (3) años, siempre y cuando no dupliquen el plantel o la facturación.

2. Procedimiento

La ley indica que la entidad sindical signataria del convenio colectivo y la representación de la pequeña empresa podrán acordar convenios colectivos de trabajo para el ámbito de estas últimas, destacando que la organización

sindical podrá delegar en entidades de grado inferior la referida negociación (art. 99).

En cuanto al inicio del procedimiento de negociación colectiva, el artículo 100 de la norma mencionada establece que una vez vencido el término de un convenio colectivo de trabajo o sesenta (60) días antes de su vencimiento, cualquiera de las partes signatarias podrá solicitar el inicio del trámite ante el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, organismo que se encargará de convocar a las partes.

Durante la negociación las partes están obligadas a negociar de buena fe, entendiéndose por ello el cumplimiento de los siguientes derechos y obligaciones: a) concurrencia a la negociación y a las audiencias; b) intercambio de información y c) realización de esfuerzos conducentes para arribar a un acuerdo (art. 100).

En aquellas actividades en las que no exista un convenio colectivo de trabajo específico para las pequeñas empresas, se encomienda al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social la constitución de la representación de los empleadores en la comisión negociadora, previendo que se encuentre representado el sector de la pequeña empresa (art. 101).

Finalmente, cabe señalar –en lo relativo al contenido o ejes de la negociación– que la ley prevé la posibilidad de someter a discusión la redefinición de los puestos de trabajo correspondientes a las categorías determinadas en los convenios colectivos de trabajo (art. 94). Asimismo, obliga a incorporar a los convenios colectivos un capítulo especial dedicado al desarrollo del deber y del derecho a la capacitación profesional (art. 96), y para aquellos supuestos en los que las pequeñas empresas decidan reestructurar sus plantas de personal por razones tecnológicas, organizativas o de mercado, establece que podrán proponer a la asociación sindical signataria del convenio colectivo la modificación de determinadas regulaciones colectivas o estatutarias aplicables, con la consecuente obligación de poner a disposición de la asociación sindical la información que sustente la pretensión (art. 97).

3. Disponibilidad colectiva

La Sección IV del Título III de la Ley N° 24667 versa sobre la disponibilidad colectiva en los convenios a celebrarse, esto es, la posibilidad que tienen las partes que conforman la mesa de discusión de pactar condiciones de trabajo menos favorables a los trabajadores que las previstas en determinadas normas legales.

Así, los artículos 90 a 93 regulan los supuestos comprendidos dentro de la disponibilidad colectiva, estableciendo que los mencionados convenios podrán:

a) Modificar en cualquier sentido las formalidades, requisitos, aviso y oportunidad de goce de la licencia anual ordinaria (art. 90). Sin embargo, el mismo artículo establece que no podrá ser materia de disponibilidad convencional lo dispuesto en el último párrafo del artículo 154 de la LCT (por lo menos en una temporada de verano cada tres períodos).

b) Disponer el fraccionamiento de los períodos de pago del sueldo anual complementario siempre que no excedan de tres (3) períodos en el año (art. 91).

Es de destacar que mediante el dictado de la Ley N° 25877 –artículo 41– se derogó el artículo 92 que establecía que

Los convenios colectivos de trabajo referidos a las pequeñas empresas podrán modificar el régimen de extensión del contrato de trabajo. Para los casos en que dichos convenios introduzcan, en el régimen de extinción, cuentas de capitalización individual, el Poder Ejecutivo nacional habilitará la utilización de los instrumentos de gestión previstos en el sistema integrado de jubilaciones y pensiones, o en el régimen de seguros.

Finalmente, el artículo 93 hace extensivo el marco de disponibilidad colectiva con respecto a iguales institutos regulados en el Régimen Nacional de Trabajo Agrario, que prevé que las resoluciones de la Comisión Nacional de Trabajo Agrario (CNTA), referidas a la pequeña empresa y decididas por la votación unánime de las representaciones que la integran, podrán ejercer iguales disponibilidades a las previstas en los artículos 90 y 91 de esta ley

con relación a iguales institutos regulados en el Régimen Nacional de Trabajo Agrario por la Ley N° 22248.

No obstante lo dispuesto por la ley bajo análisis, se ha sancionado con posterioridad la Ley N° 26727, que en su artículo 8 (Orden público. Alcance. Nulidad) establece que

todas las disposiciones que se establecen en la presente ley, en los convenios y acuerdos colectivos que se celebren en el marco de las leyes N° 14250 (t.o. 2004) y 23546 (t.o. 2004), y en las resoluciones de la Comisión Nacional de Trabajo Agrario (CNTA) y de la Comisión Nacional de Trabajo Rural vigentes, integran el orden público laboral y constituyen mínimos indisponibles por las partes. En ningún caso podrán pactarse condiciones o modalidades de trabajo menos favorables para el trabajador que las contenidas en la presente ley, en los convenios y acuerdos colectivos que se celebren en el marco de las leyes N° 14250 (t.o. 2004) y 23546 (t.o. 2004), y en las resoluciones de la Comisión Nacional de Trabajo Agrario (CNTA) y de la Comisión Nacional de Trabajo Rural vigentes. Esas estipulaciones serán nulas y quedarán sustituidas de pleno derecho por las disposiciones de esta ley y las demás normas que correspondieren conforme lo establecido en el presente artículo.

4. Período de vigencia

El artículo 99 de la Ley N° 24467 establece que las partes podrán estipular libremente la fecha de vencimiento de los convenios colectivos que se suscriban bajo este régimen. Asimismo, agrega que se extinguirán de pleno derecho a los tres meses de su vencimiento, si no mediare estipulación convencional en contrario. La norma aludida impone un período acotado de ultraactividad de los convenios que se distingue del régimen general de convenios colectivos regidos por las disposiciones de la Ley N° 14250.

Al respecto, cabe efectuar una distinción entre la vigencia temporal de estos convenios colectivos específicos y aquellos convenios generales que contienen algún capítulo referido a la pequeña empresa, pues, en este último caso, la vigencia de dicho capítulo “no cae una vez operado el plazo que la norma establece, sino que corre la suerte del convenio de ámbito mayor en el que se encuentra inserto”.

5. Homologación

El artículo 102 prevé que

a partir de los seis (6) meses de la entrada en vigencia de la presente ley, será requisito para la homologación por parte del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social que el convenio colectivo de trabajo contenga un capítulo específico que regule las relaciones laborales en la pequeña empresa, salvo que en la actividad de que se tratare se acreditara la existencia de un convenio colectivo específico para las pequeñas empresas.

6. Preservación de la vigencia del convenio

Al respecto, la normativa analizada dispone que los convenios colectivos de trabajo para pequeñas empresas, durante el plazo de su vigencia, no podrán ser afectados por convenios de otro ámbito (art. 103), queriendo establecer una suerte de excepción al principio de la norma más favorable que rige en materia de concurrencia de convenios colectivos. Lo que la norma pretende es que se aplique el convenio para las pymes, aunque fuera menos favorable para los trabajadores.

Capítulo 13

La política de flexibilización laboral de la década de 1990 en la negociación colectiva

La primera ley sancionada por el Congreso Nacional con fines flexibilizadores ha sido la denominada Ley Nacional de Empleo (Ley N° 24013), de 1991, que estableció disposiciones tendientes a regularizar el trabajo no registrado, creó un sistema de seguro por desempleo, pero además instituyó diversas medidas de flexibilidad como la incorporación de las denominadas modalidades promovidas de contratación, formas de contratación precarias, a plazo, inestables, cuya celebración en principio solo podía efectuarse previa habilitación por parte de la negociación colectiva. A su vez, la ley permitía otras formas de flexibilidad interna a través de la negociación colectiva, por ejemplo, en materia de horarios y de jornada. Esta fue la primera norma que introdujo el instituto de la “disponibilidad colectiva” en nuestra legislación.

A partir de 1994¹ se dictaron varias leyes de contenido flexibilizador. La Ley N° 24465, que introdujo tres nuevas modalidades de contratación precaria e inestable (el contrato de aprendizaje no laboral; el contrato de tiempo parcial; el contrato para mayores de cuarenta años, para mujeres, para discapacitados y para ex combatientes de la guerra de Las Malvinas) y la incorporación del denominado período de prueba para los contratos por tiempo indeterminado. En forma inmediata se sancionó la Ley N° 24467 sobre el régimen de las pequeñas y medianas empresas que contiene un título especial sobre las relaciones laborales en las “pequeñas empresas”, en el que se prevé la

1. Precisamente a partir del 25 de julio de ese año, cuando se firma el “Acuerdo Marco para el empleo, la productividad y la equidad social”.

posibilidad de que estas recurran a las modalidades de contratación sin previa habilitación por convención colectiva, se establece la primacía del convenio inferior, se modifican los plazos de preaviso y se amplían las materias sujetas a disponibilidad colectiva. Junto con estas normas se dictaron otras que con igual filosofía, esto es, con la intención de tutelar la buena marcha de las empresas (a través de la reducción de derechos del trabajador), reformaron el sistema de protección contra los accidentes y enfermedades del trabajo, el sistema de seguridad social en materia de jubilaciones y asignaciones familiares, el régimen de los concursos y las quiebras (Ley N° 24522), e incluso también la Ley de Procedimiento Laboral para la ciudad de Buenos Aires, a la que se le incorporó una instancia administrativa previa obligatoria (Ley N° 24635), lo que permite valorar al conjunto como un contexto desregulador que se completa, a su vez, con las numerosas iniciativas que no llegaron a concretarse.

A estas reformas “directas” se le han añadido otras normas que establecieron mecanismos de flexibilidad indirecta, entre las que cabe incluir la que dispone la obligación de incluir una “cláusula de descuelgue”.

En efecto, en lo que aquí interesa, y tal como ya se adelantara, la flexibilización laboral no solo se ha traducido en la modificación peyorativa de los niveles de protección a los que la legislación había arribado respecto de la regulación del contrato individual de trabajo, sino que también ha sido dirigida a impulsar el desarrollo del rol “adaptativo” de la negociación colectiva, paradójicamente, a través de una nueva “regulación” caracterizada por la “rigidez” de sus disposiciones.²

Así, la flexibilización desde el punto de vista del derecho colectivo buscó horadar la defensa colectiva de los derechos de los trabajadores, y lo hizo a través de la intervención en los pilares básicos del derecho colectivo del trabajo, como lo son la libertad sindical, la autonomía colectiva, la negociación colectiva y el derecho de huelga.

En 1990 se suspendieron los convenios colectivos de las ex empresas públicas y se reglamentó abusivamente el derecho de huelga.³ En 1991 se dictó el

2. Entre esas disposiciones rígidas, reguladoras, se ubica –precisamente– la que impone la obligación de pactar una cláusula de descuelgue.

3. En relación con los cuestionamientos a la regulación del derecho de huelga, me remito a

llamado decreto de productividad, que limitaba el margen de negociación al sector sindical. Se derogaron cerca de sesenta convenios de la actividad marítima y portuaria y se permitió el pabellón de conveniencia, es decir, la aplicación de legislación extranjera a marinos argentinos.⁴ En 1993 se pretendió imponer la negociación por empresa y se volvió a condicionar la homologación de los convenios a la negociación de productividad, condición que a esa altura estaba prohibida por el artículo 24 (última parte) de la Ley N° 24013, que decía exactamente lo contrario. En 1995, con la modificación de la Ley de Concursos y Quiebras, se permitió al empleador en concurso o quiebra que no aplique el convenio colectivo hasta por tres años. Todas estas normas apuntaban a poner límites a los avances pretendidos por los trabajadores o a dejar sin efecto las conquistas obtenidas.

Pero el gran cambio cualitativo en la regulación de las relaciones colectivas, y fundamentalmente en el régimen de la negociación colectiva, se inicia y desarrolla cuando los sectores patronales advierten que la capacidad de negociación de las organizaciones sindicales comenzaba a diluirse.

Efectivamente, a partir de la visualización de una notoria debilidad negociadora del sector sindical,⁵ y al tomar conciencia los sectores empresarios de la posibilidad real de imponer modificaciones ventajosas a través de la negociación colectiva, la noción de que los convenios eran herramientas para mejorar las condiciones de trabajo dejó de ser una regla. Este fenómeno fue advertido y alentado por los promotores de la “flexibilización laboral” y la preeminencia del “orden público económico”, y comenzó entonces malintencionadamente a difundirse, para facilitar la negociación “a la baja”, una llamativa “promoción de la negociación colectiva” acompañada de la idea de que reducir las pretensiones muchas veces asegura conservar el empleo a miles de obreros, lo

lo señalado en la revista *Derecho del Trabajo* (La Ley), en un artículo publicado en septiembre de 2000 sobre “La regulación de la huelga en los servicios esenciales. Régimen actual”; y también en *Laboral y Seguridad Social* (Lexis Nexis), N° 10, artículo publicado en agosto de 2003, junto con Héctor P. Recalde, sobre “La regulación de la huelga”, p. 658.

4. Al extremo de que algunas de esas normas extranjeras, que se aplicaban a los trabajadores argentinos, preveían como método disciplinario el castigo corporal.

5. Sumado a ello, los –minoritarios– pero frecuentes casos de conducciones sindicales cooptadas y permeables a la entrega de derechos a cambio de prebendas.

que llevó a muchas organizaciones sindicales a ser permeables a este tipo de negociación peyorativa.⁶

A partir de esta premisa (la posibilidad cierta de negociar convenios a la baja), se volvió necesaria –para su implementación efectiva– la eliminación de una serie de trabas que el ordenamiento jurídico (el orden público laboral) imponía a la libre negociación de este tipo de convenios regresivos.

En ese contexto y con esta finalidad, la de reducir la protección laboral a través de la negociación colectiva, la Ley N° 25250 **promovió**, por un lado, **la profundización de la debilidad de la capacidad de negociación del sector sindical a través de la derogación de la ultraactividad de los convenios colectivos** –capacidad que como señalé anteriormente, ya se encontraba debilitada en los hechos como consecuencia de otros factores de índole social, cultural y económica– y, por el otro, **modificaciones al régimen de la negociación colectiva de manera tal de remover las disposiciones de la ley que obstaculizaban el retroceso en materia de condiciones de trabajo**. Concretamente, en las reglas relativas a la relación entre fuentes legales y convencionales⁷ y en las reglas relativas a los supuestos de concurrencia y de sucesión de convenios.

En efecto, desde el punto de vista de la relación entre fuentes legales y convencionales, la Ley N° 25250 **ratificó la disponibilidad colectiva**, esto es, la posibilidad de que la ley pudiera ser desplazada por el convenio colectivo, aun en perjuicio del trabajador.⁸ En materia de concurrencia conflictiva de convenios (de distinto ámbito) **dispuso que deje de prevalecer el más favorable pasando a tener aplicación el de ámbito menor**; y en lo relativo a los supuestos de sucesión de convenios (de mismo ámbito), **estableció que el**

6. Al respecto cabe preguntarse, como lo hace Diana Cañal, si esta decisión fue tomada libremente (conf. Cañal, D. (1999). Negociación colectiva in pejus. *Derecho del Trabajo*, 1999-B, p. 1504).

7. Incluyendo y ampliando los campos de la disponibilidad colectiva.

8. Ver, como ejemplo, la redacción dada por la Ley N° 25250 al artículo 92 bis de la LCT que mantiene la disponibilidad colectiva a los efectos de establecer el plazo del período de prueba.

nuevo convenio deje sin efecto todas las cláusulas del convenio anterior, aun cuando sea menos favorable para el trabajador.⁹

En efecto, las leyes¹⁰ no solo han permitido que los trabajadores pierdan las condiciones más beneficiosas que establecía el convenio anterior o el de mayor ámbito, sino que también han habilitado a los sindicatos a pactar condiciones de trabajo por debajo de los mínimos legales en algunas materias (disponibilidad colectiva).

Todas estas han sido herramientas diseñadas por el legislador para promover la “flexibilización laboral” a través de la negociación colectiva, y la mayoría de estas modificaciones al régimen de las convenciones colectivas han sido incluidas en la misma ley que introdujo la obligación de pactar una cláusula de descuelgue en los convenios de ámbito superior al de empresa.

A todo ello se le suma en la Ley N° 25250 la imposición de negociar la cláusula de descuelgue. Por ello, teniendo en cuenta la función que cumple y la forma con la que fue diseñada por el legislador nacional, sumado ello a la orientación de las normas que la acompañaron, no cabe duda respecto de su función como un instrumento más de flexibilización laboral, y haremos aquí un análisis particular de esta disposición de la Ley Banelco que, si bien fue derogada en el año 2004 por la Ley N° 25877, sirve como caso testigo para disparar discusiones en torno a la política de flexibilización laboral, sus problemas y sus cuestionamientos constitucionales.

1. El “descuelgue” regulado en la Ley N° 25250

Es evidente que el bien jurídico tutelado a través de la regulación de la cláusula de descuelgue es la “estabilidad económica” de la empresa. Ello surge de una simple lectura del texto de la ley.

Sin embargo, en el mensaje de elevación del Poder Ejecutivo no se menciona expresamente esta finalidad. Por el contrario, según ese documento, la

9. A través de esta norma (que dispone que en materia de sucesión de convenios se aplica íntegramente el nuevo convenio), se limitó –o dejó sin efecto– el principio de la subsistencia de la condición más beneficiosa.

10. Tanto la Ley N° 25250 y algunas normas anteriores como la N° 24013 y N° 24467.

norma estaría dirigida a tutelar el “empleo”. Esto es, los “puestos de trabajo”, e incluso no solo en su cantidad sino también en su “calidad”.

Así, en los fundamentos del proyecto de ley que luego se sancionara, se señala:

El empleo, poca duda cabe, es la demanda social más acuciante. Es imprescindible, por consiguiente, disponer de las herramientas para revertir esta situación.

Es claro que la primera condición es que la economía crezca de manera sostenida. Si esa condición no se cumple no podrá reducirse el desempleo ni tampoco aumentar la calidad de los empleos disponibles. Pero también es cierto que la situación ocupacional no es indiferente al marco regulatorio del mercado de trabajo. Un buen sistema normativo y políticas proactivas consistentes con el modelo económico mejoran la generación de buenos empleos –es decir la equidad social– y también la competitividad macroeconómica. Una y otra van de la mano; no pueden concebirse separadas. Por el contrario, un mal sistema normativo y la falta de políticas coherentes inhiben una y otra, perpetuando el atraso y la exclusión.

El gobierno está preparado para afrontar este desafío. Para ello presenta al Honorable Congreso Nacional un conjunto de instrumentos legales para aumentar la creación de empleos de buena calidad y mejorar la productividad del trabajo, preservando los equilibrios macroeconómicos. Hay que remarcar el término “de calidad”, porque no alcanza con aumentar la cantidad de puestos –aunque desde luego ésta es una condición necesaria– sino que deben cumplir con requisitos esenciales de productividad creciente, ingresos regulares y justos, condiciones de trabajo dignas, protección legal y seguridad social: éste es el empleo que interesa a una sociedad moderna, equitativa y sustentablemente competitiva.

Las metas de esta reforma, según se acaba de reproducir, serían las de aumentar la creación de empleos de buena calidad y mejorar la productividad del trabajo. Sin embargo, no solo no parecen sinceros los objetivos declamados, sino que incluso tampoco guardan relación con los medios instrumentados a través de la reforma.

En efecto, más allá de las diferencias que se presentan según el tipo de actividad que desarrolle la empresa, lo cierto es que los derechos laborales o

el nivel de protección del trabajador afectan muy poco al costo total de producción, y menos aún al precio de venta de un producto. Al respecto, Ermida Uriarte señala que “parecería que promedialmente, en nuestros países, el costo laboral tendería a ubicarse en el entorno del 10% del costo de producción”. En el mismo sentido, argumenta que los países en los cuales la participación del salario en la renta nacional es del 60, 70 u 80% son más competitivos que los nuestros, en los cuales la participación del salario en la renta nacional es inferior –siempre– al 30%.

En el mismo sentido, la Subsecretaria de Programación Técnica y Estudios Laborales del Ministerio de Trabajo, Marta Novick, ha publicado distintos trabajos en los que afirma que “de acuerdo con estudios realizados en base a datos censales o de las Cuentas Nacionales, se ponen en evidencia que el factor trabajo tiene una participación menor al 20 por ciento de los costos totales de producción”¹¹

La autora mencionada ha rebatido la hipótesis instalada de que los costos laborales en la Argentina son mayores a los vigentes en otros países y que, por consiguiente, es necesario reducirlos como una política eficiente para incentivar el crecimiento del empleo.

En este sentido demuestra, en primer lugar, que los costos laborales en la Argentina son inferiores a los de otros países que, no obstante, poseen índices de empleo significativamente mayores; y, por otro lado, que en épocas donde el costo laboral argentino ha sido el más bajo, las tasas de desempleo, a pesar de ello, han sido las más elevadas.

Así, señala que

cuando se realiza la comparación entre las contribuciones patronales de diferentes países se puede observar que el nivel vigente en la Argentina es uno de los más bajos después de Chile, que es el de menor contribución patronal del grupo. Más aún, la reducción de estos aportes llevada a cabo por la Ley N° 25250 nos posiciona en un nivel muy similar al del país vecino (12,49% vs.

11. Ver Novick, M. (28 de diciembre de 2003). El mito de los costos laborales. *Página/12, Suplemento Cash*. En el mismo sentido, y con mayor profundidad, Novick, M. (2004). *Costos laborales en la Argentina 2003: un análisis comparativo*. Recuperado de http://www.trabajo.gov.ar/left/estadisticas/bel/descargas/documentos/200401_costosLaborales.pdf

10,4%). Si se comparan las contribuciones patronales que pagan los empleadores en la Argentina con las vigentes en los países de la OCDE, se observa que son similares a algunos países de la Unión Europea: Grecia, Portugal, Austria, Alemania, Países Bajos y a otros como Finlandia, Turquía y Polonia. Sin embargo, se observa que en algunos pocos países las contribuciones que pagan los empleadores son más bajas que en la Argentina en especial se destacan: Estados Unidos, Inglaterra y Japón.

Sobre la base de la comparación internacional realizada puede afirmarse que las contribuciones patronales que pagan los empleadores en la Argentina se encuentran entre las más bajas, ya sea con relación a los países latinoamericanos como respecto de los principales países industrializados.

En lo que respecta a la comparación con otras etapas de nuestra historia, Novick señala que

el proceso de reducción de las alícuotas patronales llevado a cabo durante la década del '90 no ha tenido efectos positivos evidentes en el mercado de trabajo. Entre 1991 y 2000, la alícuota de contribución patronal cae 15,2 puntos porcentuales, mientras que, en el mismo período, la tasa de empleo no registrado se incrementa 8 puntos porcentuales.

En síntesis, durante el período bajo estudio: a) el costo laboral por ocupado era el más bajo desde 1990; b) la productividad por ocupado registraba uno de los valores más altos desde comienzos de 1990; c) el costo laboral por unidad de producto se encontraba en el nivel más bajo del período analizado; d) el incremento de la productividad por ocupado se había incrementado un 4,5% entre los años 1991 y 2001.

La reducción de las alícuotas patronales evidenciada en la década de 1990 (125,2% entre 1991 y 2000) lejos de tener el impacto positivo sobre el mercado de trabajo, al que muchas veces se las asocia, no han impedido el significativo incremento del desempleo ni promovieron la registración de asalariados. El trabajo informal creció de manera sustancial, aun en aquellas regiones donde las mismas fueron mínimas.¹²

12. Conf. Argentina. Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social. Subsecretaría de

Del mismo modo, los países que han implementado políticas de flexibilización de la contratación laboral no han logrado, a través de esos medios, revertir los problemas de empleo que los acuciaban. En la experiencia nacional, por ejemplo, el trabajo en la industria de la construcción se encuentra regulado de modo mucho más flexible que en el resto de las actividades y, sin embargo, el desempleo es mayor. En sentido inverso, durante la década de 1970, cuando en la actividad financiera y bancaria existía un régimen de estabilidad sumamente “rígido”, de todos modos la creación de puestos de trabajo en esa actividad “rígidamente” protegida aumentaba en forma constante.

En diversos trabajos publicados por la Organización Internacional del Trabajo también se señala que no existe una vinculación directa entre la desregulación y el empleo. En las publicaciones más recientes se expresa directamente que, en general, las reformas flexibilizadoras no han contribuido a generar empleo y que en cambio sí habrían contribuido a deteriorar la calidad del empleo restante. Con mayor claridad se advierte esta falta de vinculación en el informe de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) de junio de 1999, sobre perspectivas del empleo, en el cual se sostiene que el rigor de la reglamentación del trabajo tiene poca o ninguna incidencia sobre el nivel global del empleo, que la flexibilidad ha exacerbado las presiones a favor de un reforzamiento de las medidas de orden público y privado de protección del empleo y que la alta protección laboral disminuye la rotatividad en el empleo.¹³

Cabe preguntarse entonces cuál sería, en el marco económico mencionado, la utilidad de desproteger más aún al trabajador cuando está demostrado que la reducción del costo laboral no es el factor que procura una mayor competitividad y, por lo tanto, una reducción de la tasa de desempleo.¹⁴

Programación Técnica y Estudios Laborales (2005). *Trabajo, ocupación y empleo: trayectorias, negociación colectiva e ingresos, agosto de 2005*. Recuperado de http://www.trabajo.gob.ar/left/estadisticas/descargas/toe/toe_02_01_presentacionb.pdf

13. Conf. Ermida Uriarte, O. (2000). *La flexibilidad*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, p. 69.

14. En este mismo sentido, ver Galin, P. y Beccaria, L. (1996). *Competitividad y derecho del trabajo*. (Ponencia). IX Jornadas Rioplatenses de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Punta del Este.

A la luz de las consideraciones expuestas, y partiendo de la premisa de que el artículo 27 de la LCCT establece una regulación regresiva, opera una presunción de irrazonabilidad en tanto los medios establecidos por la norma no guardan relación con los fines utilizados como fundamento. Por ende, también opera una seria presunción de inconstitucionalidad, que para ser desvirtuada exige la demostración de circunstancias que tornen justificada la reformulación del marco normativo, tales como que la nueva regulación actúa en un sentido de igualación sustancial.

Es que el criterio de progresividad se vincula con el principio de razonabilidad, que debe regir en la regulación de los derechos humanos sociales y que tiene su base en la norma del artículo 28 de la Constitución Nacional. De allí que el desarrollo teórico del tema imponga recurrir a la doctrina elaborada a partir del criterio de razonabilidad, que se dirige en lo esencial al control sustancial o de contenido de la reglamentación de los derechos.

En tal sentido, la consagración constitucional de la prohibición de regresividad producida por la asignación de jerarquía constitucional al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), a partir de la reforma de 1994 ha agregado al control de razonabilidad de las leyes y reglamentos un nuevo criterio: dentro de las opciones de reglamentación posibles, los poderes políticos tiene en principio vedado elegir supuestos de reglamentación irrazonable y, además, no podrían elegir supuestos de reglamentación que importen un retroceso en la situación de goce de los derechos sociales vigentes. En este sentido, la prohibición de regresividad constituye una categoría de análisis del concepto de razonabilidad de la ley.¹⁵

15. Desde otro punto de vista, la demostración del carácter “regresivo” o desprotectorio de la norma que se pretenda atacar corresponde a quien pretenda su invalidación. Una vez demostrado (cuantitativa o cualitativamente), corresponde al Estado la carga de acreditar que, pese a ser regresiva, la norma es justificable a partir de su potencialidad protectoria de otros derechos. Esto significa que el Estado puede justificar la “regresividad” de la norma si demuestra que, pese a implicar retrocesos en algún derecho, importa un avance teniendo en cuenta la totalidad de los derechos previstos en el Pacto. Esta limitación es la que en realidad importa una novedad en el campo del análisis de la razonabilidad de las normas, ya que solo podría justificarse la reducción cualitativa o cuantitativa de los beneficios acordados en resguardo de los derechos sociales cuando la misma, de alguna manera, se encuentre compensada por la elevación de los niveles de protección de otros de similar naturaleza (es

En conclusión, este tipo de norma es cuestionable desde el punto de vista constitucional en tanto no guarda relación entre medio y fin, vulnerando el principio de razonabilidad al que deben ajustarse las leyes (conf. art. 28, CN).

Pero aun partiendo de la hipótesis de que, efectivamente, la reducción de la protección laboral tuviera incidencia en la creación de puestos de trabajo, no hay razón para que los trabajadores sean los primeros en contribuir ante la crisis. Entonces, **no solo no es razonable sino que contradice expresos mandatos constitucionales**. No es la tasa de ganancia de las empresas la que debe protegerse a través de mínimos inderogables, sino las condiciones de trabajo de las personas.

Esta misma postura es la que ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en su composición actual al declarar la inconstitucionalidad del tope impuesto a la indemnización por despido.¹⁶ En este sentido, y previendo las críticas de quienes sostienen la prevalencia del “orden público económico”, la Corte advierte y señala que

no desconoce, desde luego, que los efectos que produzca la doctrina del presente fallo podrían ser considerados, desde ciertas posiciones o escuelas, como inadecuados a los lineamientos que serían necesarios para el mejoramiento del llamado mercado de trabajo, cuando no del mercado económico en general.

Pero, a pesar de ello, afirma, con inusitada vehemencia, y en concordancia con la posición ya señalada respecto de la falta de vinculación entre la flexibilización y el empleo que mencionáramos más arriba, que

esta hipotética censura, sin embargo, al margen de la naturaleza sólo conjetural de las consecuencias que predica, resulta manifiestamente desechable. Puesto que, seguramente de manera involuntaria, omite hacerse cargo de que su eventual consistencia exige ignorar o subvertir tanto el ya mentado principio de supremacía de la Constitución Nacional, cuanto el fundamento en el

decir, cualquiera de los otros previstos en el PIDESC), con lo que sobre tal base, el criterio meramente economicista o fiscal con que se analiza la constitucionalidad de muchas de las normas laborales quedaría descartado.

16. Corte Suprema de Justicia de la Nación. 14/09/2004. “Vizzoti, Carlos Alberto c/ AMSA S.A. s/ despido”.

que toda ésta descansa según el texto de 18531860, robustecido aún más por los señeros aportes del art. 14 bis y la reforma de 1994 (esp. art. 75 inc. 22). Consentir que la reglamentación del derecho del trabajo reconocido por la Constitución Nacional, aduciendo el logro de supuestos frutos futuros, deba hoy resignar el sentido profundamente humanístico y protectorio del trabajador que aquélla le exige; admitir que sean las “leyes” de dicho mercado el modelo al que deban ajustarse las leyes y su hermenéutica; dar cabida en los estrados judiciales, en suma, a estos pensamientos y otros de análoga procedencia, importaría (aunque se admitiere la conveniencia de dichas “leyes”), pura y simplemente, invertir la legalidad que nos rige como Nación organizada y como pueblo esperanzado en las instituciones, derechos, libertades y garantías que adoptó a través de la Constitución Nacional.

De esta forma, y aun cuando pudiera ser conveniente desde la óptica de la competitividad de las empresas, el instituto del descuelgue, al constituir una excepción irrazonable a los principios de ajenidad del riesgo y de indemnidad, a los que –siguiendo a Fernández Madrid– debe darse plena vigencia como fundamentales, merece un severo reproche desde el punto de vista de los principios constitucionales mencionados.

Además, de acuerdo con los principios nombrados, el trabajador dependiente es ajeno a los riesgos que toma el empresario ligados a la rentabilidad del capital invertido y, por eso, las soluciones basadas en el riesgo del contrato (teoría de la onerosidad sobreviniente), más propios del derecho común, deben ser reemplazadas por otras apoyadas en principios propios de nuestro derecho protectorio.¹⁷

17. En cambio, también refiriéndose al despido por causa económica, Norberto Centeno señalaba que ese instituto “constituye una excepción a la estabilidad y se funda en la excesiva onerosidad, descartando la imposibilidad de cumplimiento, al insistir en aclarar que se da cuando se ha perdido el equilibrio entre dos situaciones de cambio. Ver Centeno, N. O. (1975). La extinción, suspensión o modificación del contrato de trabajo por causas económicas o técnicas en España. *Trabajo y Seguridad Social*, 1975, 521. Con relación a la naturaleza jurídica de esa institución, también Rodríguez Mancini opina que se trata de un supuesto de excesiva onerosidad basada en la resolución por tal motivo prevista en el artículo 1198 del Código Civil, texto de la Ley N° 17711; expresando que el empleador en su gestión corre con riesgos e incertidumbres como fuente de su beneficio y su responsabilidad integral solo cede ante el caso fortuito o la fuerza mayor (inevitabilidad e imprevisibilidad que no constituyen riesgo del negocio), debiendo diferenciarse si ello imposibilita o no el

En este sentido, resulta destacable, en mi opinión, la orientación restrictiva que se le dispensó a institutos de esta naturaleza, como los despidos y suspensiones por falta de trabajo no solo en la jurisprudencia sino también al sancionarse la Ley N° 20744 (que excluía expresamente el “riesgo empresario” como causal de esta limitación),¹⁸ en cuyo debate se señaló que con esta norma

se acaba con el hábito antisocial según el cual todo mal momento en la vida de una empresa lo pagan los trabajadores con la pérdida de su salario. Se acaba con la posibilidad de utilizar la suspensión como válvula de escape para cualquier clase de dificultades financieras, comerciales, etc. De aquí en más cuando tales circunstancias concurren habrá que responder con las ganancias acumuladas o con la cuota de capital que sea menester y no con el sacrificio de los trabajadores.¹⁹

A contrapelo de aquellas intenciones, la configuración del instituto bajo análisis demuestra que nos encontramos en presencia de una norma de características desprotectorias y que involucra al trabajador en las (presuntas) dificultades económicas de la empresa, contradiciendo premisas esenciales de nuestra disciplina, como son el mandato constitucional, que ordena al legislador la protección del trabajo en sus diversas formas, y los ya mencionados principios de ajenidad y de indemnidad, el principio de “justicia social” y el

cumplimiento. Y concluye este profesor que el riesgo propio empresario comprende riesgos e incertidumbres salvo, precisamente, excesiva onerosidad. Ver Rodríguez Mancini, J. (1974). Extinción del contrato por causas económicas en la ley 20.744. *Derecho del Trabajo*, 1974, 876-92. También Brito Peret, Goldin e Izquierdo sostienen que la “falta o disminución de trabajo” es fruto de la doctrina de la imprevisión, pero que se requiere además imprevisibilidad e inimputabilidad. Conf. Brito Peret, I., Goldin A. e Izquierdo, R. (1983). Reflexiones sobre las causales económicas de la suspensión y del despido. *Trabajo y Seguridad Social*, 1983, 527-8. Finalmente, Justo López también expuso esta asimilación en “Sobre el despido por falta de trabajo”. *Legislación del Trabajo*, XII, 194.

18. Disposición que también sufrió las modificaciones que el Decreto-Ley N° 21297 imprimió al Régimen de Contrato de Trabajo en 1976.

19. Diario de Sesiones de la Cámara Alta del 31-5-74, *Derecho del Trabajo*, 1974, 1054, citado por Maza, M. (1985). *Despido por falta o disminución de trabajo*. Buenos Aires: Radas.

principio de progresividad de los derechos sociales, recientemente puesto de relieve por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Aquino”.²⁰

Por supuesto que los principios citados no obstan a que el Derecho del Trabajo establezca preceptos tendientes a la protección de la empresa en tanto fuente de empleos. Por el contrario, ello significa una protección del trabajo mismo, aunque mediata e indirecta. Pero la admisión de este tipo de normas, en todo caso, y particularmente si implican el sacrificio de los derechos de los trabajadores, debe realizarse sobre la base de premisas absolutamente restrictivas y tendientes a permitir que, mediante su aplicación, se mejore la situación de los trabajadores y no solo la de los empleadores. Esta es la interpretación que debería primar en la implementación y juzgamiento de institutos como el que se acaba de analizar.

Desde la perspectiva del marco teórico sobre el que se basa el derecho del trabajo, la admisión de la empresa como bien jurídico tutelado solo es admisible como “fuente de trabajo”, pero nunca como patrimonio, negocio o tasa de ganancia empresarial.²¹

Una interpretación distinta, que conduzca a entender que una ley laboral ha consagrado una norma de protección del empleador-empresario en directo perjuicio del trabajador, sería –en palabras de Miguel A. Maza– “un despropósito inadmisibles”, dado que a la ley laboral no le interesa priorita-

20. Corte Suprema de Justicia de la Nación. 21/09/2004. “Aquino, Isacio *c/* Cargo Servicios Industriales SA *s/* accidentes ley 9688”.

21. Debe recordarse que la Constitución Nacional, en el texto introducido por la reforma del año 1949, establecía en su artículo 38: - La propiedad privada tiene una función social y, en consecuencia, estará sometida a las obligaciones que establezca la ley con fines de bien común. Incumbe al Estado fiscalizar la distribución y la utilización del campo o intervenir con el objeto de desarrollar e incrementar su rendimiento en interés de la comunidad, y procurar a cada labriego o familia labriega la posibilidad de convertirse en propietario de la tierra que cultiva. La expropiación por causa de utilidad pública o interés general debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el artículo 4º. Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invención o descubrimiento por el término que le acuerda la ley. La confiscación de bienes queda abolida para siempre de la legislación Argentina. Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones ni exigir auxilios de ninguna especie en tiempo de paz.

riamente el patrimonio empresarial sino la tutela del trabajador dependiente porque así se lo manda la Constitución Nacional.

Por ello, la doctrina empresarial, concedora de los límites constitucionales ya mencionados, ha querido justificar la admisión de este instituto dentro de un sistema de relaciones laborales regido por el principio protectorio, a través del argumento basado en que la ley admite soslayar los derechos del trabajador a la indemnidad y a mantenerse ajeno a los riesgos (permitiendo que comparta en algún caso la crisis empresarial), solo como un sacrificio del bien individual subordinado y ordenado al bien común de su clase. Se sostiene que la reducción de derechos es, en realidad, una inversión que, a la larga, beneficiará a la mayoría.

Como se puede observar, la justificación de este tipo de normas ha estado orientada por el pensamiento que considera la expansión de las empresas como un objetivo social y como parte del “interés común” que debe ser resguardado, prioritariamente, a través del denominado “orden público económico” que se impone por sobre el orden público laboral que, tal como acabo de afirmar, tiende al mejoramiento social.

En este mismo sentido, Rodríguez Mancini ha expresado en 1979 que en algún supuesto el sacrificio de un bien particular (reducción de salarios) será preciso para obtener el bien común (mantenimiento del empleo), ya que el bien particular de una persona o sector social se ordena al bien general que lo debe contener, puesto que el bien particular de un hombre no se logra plenamente si no está conformado al bien común o, lo que es lo mismo, no puede lograrse el bienestar particular excluyendo el de los demás. De tal pensamiento se sigue que en todo caso el bien se alcanza en base a la ayuda mutua.²²

No estoy de acuerdo con estas posiciones. La experiencia ha demostrado que el sacrificio exigido a los trabajadores no ha sido “particular”, sino general, y tampoco ha contribuido al “bien común” y, por eso, la inclusión de este instituto, en ese contexto, conduce a la misma conclusión.

Aquella filosofía desreguladora, graficada por otros como la “teoría del derrame”, parecía haber tenido recepción en algunas sentencias de nuestro

22. Conf. Rodríguez Mancini, J. (1979). *Estudios sobre derecho individual de trabajo: en homenaje al prof. Mario L. Deveali*. Buenos Aires: Heliasta, pp. 74-76.

más alto tribunal, pero con las definiciones efectuadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del fallo “Vizzoti”, por el contrario, parecen alejarse para dar paso, nuevamente, a la interpretación histórica del artículo 14 bis y de la prevalencia del principio protectorio y el orden público laboral por sobre el denominado orden público económico y las “leyes del mercado”.

En este sentido, el máximo tribunal ha señalado –en términos que comparo– que si bien en la relación y contrato de trabajo se ponen en juego tanto los intereses del trabajador como los del empleador, y que ninguno de ellos debe ser descuidado por las leyes, lo cierto es que “desde el ángulo constitucional, el primero [el trabajador] es sujeto de preferente tutela, tal como se sigue de los pasajes del art. 14 bis anteriormente transcritos, así como de los restantes derechos del trabajador contenidos en esta cláusula”, aclarando además, que

esta preferencia, por lo demás, es la respuesta constitucional dada en 1957 a diversas situaciones y comprobaciones fácticas, entre otras, la desigualdad de las partes que regularmente supone la relación de trabajo, pero que habían arraigado en la jurisprudencia de esta Corte anterior a la vigencia del art. 14 bis (v. gr. Fallos: 181:209, 213/214).

A este fundamento la Corte agrega

que el trabajador es sujeto de preferente atención constitucional no es conclusión sólo impuesta por el art. 14 bis, sino por el renovado ritmo universal que representa el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que cuenta con jerarquía constitucional a partir de la reforma constitucional de 1994 (Constitución Nacional, art. 75, inc. 22). Son pruebas elocuentes de ello la Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 23/25), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XIV), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 6 y 7), a lo que deben agregarse los instrumentos especializados, como la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 11) y la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 32).

Es más, en el fallo la Corte rescata, de una sentencia anterior, otra definición tajante en este sentido cuando afirma:

en este orden conceptual, es oportuno recordar lo expresado por la Corte, en el precedente “Mata c/ Ferretería Francesa”, al rechazar la impugnación constitucional de una ley que había elevado el tope máximo de la indemnización por antigüedad: “tratándose de cargas razonables [...] rige el principio según el cual el cumplimiento de las obligaciones patronales no se supedita al éxito de la empresa” (Fallos: 189:234; 234:161; 240:30 y otros), éxito cuyo mantenimiento de ningún modo podría hacerse depender, jurídicamente, de la subsistencia de un régimen inequitativo de despidos arbitrarios (Fallos: 252:158, 163/164, considerando 10).

En resumen, la Corte resalta con definiciones concretas y claras que “el hombre no debe ser objeto de mercado alguno, sino señor de todos éstos”; que los mercados “sólo encuentran sentido y validez si tributan a la realización de los derechos del hombre y del bien común” y que, por lo tanto, “no debe ser el mercado el que someta a sus reglas y pretensiones las medidas del hombre ni los contenidos y alcances de los derechos humanos” sino que, por el contrario, “es el mercado el que debe adaptarse a los moldes fundamentales que representan la Constitución Nacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos de jerarquía constitucional, bajo pena de caer en la ilegalidad”.

Entonces, si la estabilidad económica de la empresa se ve afectada, y aun cuando ello no sea imputable al empresario, se trata de un riesgo propio de la empresa por el que solo debe responder aquel que ha invertido (arriesgado) su capital. En todo caso, si verdaderamente se procura el mantenimiento de la fuente de trabajo, debe buscarse una solución global con todos los acreedores y no imponer sacrificios exclusivamente a los trabajadores. Sin embargo, la mayoría de las normas destinadas a paliar estas (supuestas por cierto) situaciones de crisis empresarial solo hacen foco en la reducción del “costo laboral”, circunstancia que quita razonabilidad a su contenido.

En China, la palabra “crisis” se representa con un ideograma que significa “peligro” y “oportunidad”.²³ La experiencia nacional ha llevado, precisamen-

23. Conf. Hermida Martínez, D. L. (1996). *Derecho del Trabajo*, 1996-A, 230.

te, a que en la mayoría de los casos, la presencia de una “crisis” signifique un peligro para los trabajadores y una oportunidad para los empresarios, en abierta contradicción con nuestro programa constitucional que promueve la consagración de la justicia social.²⁴ Es que nuestro carta magna dispone en *la llamada nueva cláusula del progreso, que corresponde al Congreso proveer a lo conducente al “desarrollo humano” y “al progreso económico con justicia social”*, y si efectivamente, consideramos, como señala la Corte Suprema que la “justicia social”, es *“la justicia en su más alta expresión”*, entonces debe pensarse un derecho del trabajo que responda a las situaciones de crisis sobre la base del principio protectorio y dejando de lado la preeminencia del denominado “orden público económico”.

24. “La justicia social, como lo esclareció esta Corte en el ejemplar caso ‘Berçaitz’ (citado en ‘Aquino’), ya estaba presente en nuestra Constitución Nacional desde sus mismos orígenes, al expresar ésta, como su objetivo preeminente, el logro del ‘bienestar general’” (*Fallos*: 289:430, 436).

Parte III

Los conflictos colectivos de trabajo

Capítulo 1

Conflicto, huelga y derecho

1. Introducción: la huelga y el derecho

Dentro de las variadas formas de autotutela colectiva, la huelga –sin duda alguna, la más incisiva de todas ellas– ha experimentado una significativa evolución en lo que refiere a su consideración jurídica en las sociedades industriales y democráticas de Occidente. Ello ha permitido señalar con certeza que, después de haber sido reprimida durante los primeros siglos de nuestra era como delito penal, en los últimos cien años –o tal vez menos– ha ido pasando a la fase de simple falta contractual, primero, y, luego, a la de un derecho reconocido y tutelado, con el rango de libertad pública fundamental.

En lo que se refiere a la regulación de la huelga, los sistemas laborales contemporáneos han atravesado cambios que son –en gran medida– similares a los operados ante el fenómeno sindical. Así, al igual que con la regulación normativa del sindicalismo, también respecto de la huelga se mencionan tres etapas: una etapa de represión (huelga-delito), otra de tolerancia (huelga-incumplimiento contractual o ilícito civil) y una posterior de reconocimiento legal (huelga-derecho).

Estas etapas, al igual que con el derecho sindical, tampoco han conformado una evolución histórica lineal, sino que “se presentaron en períodos de avance alternados con períodos de regresión derivados de las vicisitudes socio-económicas y principalmente políticas de cada Nación, que impulsan

etapas progresistas con otras de retroceso, como las que se han registrado en Argentina en las últimas décadas”¹

Sin embargo, la “juridización” de la huelga ha tenido un proceso de incorporación en el ordenamiento positivo mucho más complejo que con respecto a los sindicatos, no solo porque en sus inicios la huelga representaba una oposición al sistema, que llegaba a plantear su supresión y sustitución por uno nuevo² (objetivo que ha quedado relegado al plano de lo declamativo, en el mejor de los casos) sino fundamentalmente por otro dato particular de la huelga que consiste en que este instituto está dirigido a producir un daño como instrumento de presión para modificar una situación establecida. Esta posibilidad ha sido difícil de incorporar por el ordenamiento jurídico como un “derecho de los trabajadores”, pues resulta una excepción al principio general que reprueba la vía de hecho dañosa para obtener un comportamiento de un tercero.

Por ello, generalmente la reglamentación de este derecho ha estado destinada a encontrar fórmulas que permitieran prevenir o por lo menos reducir al mínimo posible las consecuencias que pudiera generar el despliegue de las medidas de acción directa, actuando de manera restrictiva sobre sus modalidades, su extensión, su frecuencia o su intensidad.

De esta forma, “el derecho de huelga soporta una constante amenaza, no sólo por las imposiciones de su adecuación a modelos políticos autoritarios, sino también a las proposiciones que se formulan aduciendo la necesidad de dar respuesta a situaciones de crisis económica o social”³

A lo largo de su accidentado recorrido a través de la historia, el fenómeno de la huelga, como mecanismo de autotutela, ha sido uno de los temas que más interés han suscitado en la ciencia jurídica. Del mismo modo, resultan

1. Corte, N. T. (1991). *Regulación de la huelga en los servicios esenciales*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, p. 23.

2. Decía Marx que “En vez del lema conservador de ‘¡Un salario justo por una jornada de trabajo justa!’, [los trabajadores] deberán inscribir en su bandera esta consigna revolucionaria: ‘¡Abolición del sistema de trabajo asalariado!’”. Marx, C. (2010). *Trabajo asalariado y capital. Salario, precio y ganancia*. Recuperado de <http://centromarx.org/images/stories/PDF/salario.pdf>

3. Corte, N. T. (1991), *op. cit.*, p. 24.

atrayentes los múltiples y variados intentos de conceptualización de este hecho social que pone en evidencia de forma crítica y natural el conflicto laboral ínsito a las sociedades regidas por el sistema capitalista. Es factible intuir que esta atracción tenga relación, como lo ha sugerido Jean C. Javillier, con la particular característica que apuntábamos más arriba: que el derecho ha debido repensar uno de sus tácitos axiomas esenciales, aquel que recriminaba la vía de hecho destinada a producir un daño para lograr una conducta. Pero además, la pasión que suele observarse en los análisis también se explica porque difícilmente pueda abordarse este tema desde un punto de vista totalmente aséptico o exento de opiniones personales cargadas de un compromiso evidente con alguna de las partes implicadas en el conflicto que da origen a este fenómeno. Valga esto último como confesión o advertencia al lector respecto de las líneas que siguen toda vez que, como dice el poeta uruguayo Benedetti, “soy un caso perdido” por lo que “nunca podré llegar a ser neutral”.⁴

4. Benedetti, M. (1994). Soy un caso perdido. En *Antología Poética* (p. 203). Buenos Aires: Espasa Calpe. El poema entero merece ser transcrito: “Por fin un crítico sagaz reveló / (ya sabía yo que iban a descubrirlo) / que en mis cuentos soy parcial / y tangencialmente me exhorta / a que asuma la neutralidad / como cualquier intelectual que se respete // creo que tiene razón / soy parcial / de esto no cabe duda / más aún yo diría que un parcial irrescatable / caso perdido en fin / ya que por más esfuerzos que haga / nunca podré llegar a ser neutral // en varios países de este continente / especialistas destacados / han hecho lo posible y lo imposible / por curarme de la parcialidad / por ejemplo en la biblioteca nacional de mi país / ordenaron el expurgo parcial / de mis libros parciales / en argentina me dieron cuarenta y ocho horas / (y si no me mataban) para que me fuera / con mi parcialidad a cuestras / por último en Perú incomunicaron mi parcialidad / y a mí me deportaron // de haber sido neutral / no habría necesitado esas terapias intensivas / pero qué voy a hacerle / soy parcial / incurablemente parcial / y aunque pueda sonar un poco extraño / totalmente / parcial // ya sé / eso significa que no podré aspirar / a tantísimos honores y reputaciones / y preces y dignidades / que el mundo reserva para los intelectuales / que se respeten / es decir para los neutrales / con un agravante / como cada vez hay menos neutrales / las distinciones se reparten / entre poquísimos // después de todo y a partir / de mis confesadas limitaciones / debo reconocer que a esos pocos neutrales / les tengo cierta admiración / o mejor les reservo cierto asombro / ya que en realidad se precisa un temple de acero / para mantenerse neutral ante episodios como / girón/ tlazolco / trelew / pando / la moneda // es claro que uno / y quizá sea esto lo que quería decirme el crítico / podría ser parcial en la vida privada / y neutral en las bellas letras / digamos indignarse contra Pinochet / durante el insomnio / y escribir cuentos diurnos / sobre la Atlántida // no es mala idea / y claro / tiene la ventaja / de que por un lado / uno tiene conflictos de conciencia / y eso siempre representa / un buen nutrimento para

2. ¿Por qué se admite el “derecho” de huelga?

Con respecto a esta primera particularidad de la huelga (la coactividad que lleva impresa), característica que –como ya apuntáramos– se da de bruces con elementales principios del derecho tradicional, debe señalarse que, obviamente, la decisión de “El Derecho” de apartarse de la regla general y admitir a la huelga dentro del ordenamiento jurídico, no obedeció a un capricho ni a una imposición arbitraria ni a una graciosa concesión sino que ha surgido como consecuencia de una determinada y específica realidad a la que correspondía dar una adecuada respuesta normativa que, obviamente, responde a variados intereses. Y para entenderlo es necesario tener presente los motivos históricos que dieron origen al Derecho del Trabajo porque, a mi ver, se encuentran íntimamente emparentados.

En efecto, al repasar los fundamentos teóricos que justificaron el nacimiento de una disciplina autónoma como es el Derecho del Trabajo, puede hallarse el fundamento verdadero de la “tolerancia” de la huelga y de su reconocimiento posterior como derecho fundamental de los trabajadores.

Es más, creemos que ese “replanteo profundo” que ha efectuado el Derecho al regular el fenómeno de la huelga no puede ser entendido si no se comprende acabadamente el espíritu con el que fue concebido el Derecho del Trabajo, y en particular el denominado Derecho Colectivo del Trabajo, y los presupuestos fácticos que forjaron su nacimiento. Es que, al estudiar la huelga debemos tener presente ese agudo juego de palabras de Oscar Ermida Uriarte

el arte / y por otro no deja flancos para que lo vapulee / la prensa burguesa y/o neutral // no es mala idea / pero / ya me veo descubriendo o imaginando / en el continente sumergido / la existencia de oprimidos y opresores / parciales y neutrales / torturados y verdugos / o sea la misma pelotera / cuba sí, yanquis no / de los continentes no sumergidos // de manera que / como parece que no tengo remedio / y estoy definitivamente perdido / para la fructuosa neutralidad / lo más probable es que siga escribiendo / cuentos no neutrales / y poemas y ensayos y canciones y novelas / no neutrales / pero advierto que será así / aunque no traten de torturas y de cárceles / u otros tópicos que al parecer / resultan insoportables a los neutros // será así aunque traten de mariposas y nubes / y duendes y pescaditos.

quien sostuvo que estábamos frente al “instituto más atípico, de la parte más atípica, de la rama más atípica del derecho”⁵

No obstante, ello no significa que el Derecho del Trabajo, por más “atípico” que nos pudiera parecer no sea, al igual que las demás ramas del derecho, “una técnica instrumental de organización social establecida para la integración, institucionalización o juridificación de los conflictos sociales”⁶ En efecto, también a través de la norma jurídica laboral se impone el cauce adecuado para la solución ordenada del conflicto (individual o colectivo), configurándose de este modo un sistema de seguridad y conservación de las relaciones sociales vigentes en un momento determinado.

Y en el análisis tampoco puede soslayarse que el derecho también es, tal como lo afirma Otto Kahn-Freund, “una técnica de regulación del poder social”, y que

esta afirmación es válida para el derecho del Trabajo como lo es para otros sectores de cualquier ordenamiento jurídico. El derecho del Trabajo está en gran medida conectado con este básico fenómeno del poder social y, lo que es importante, se conecta con dicho poder con independencia de la participación que el propio Derecho haya tenido en su establecimiento.⁷

La observación precedente resulta atinada, no solo porque la misma trata de evitar la propensión de los juristas a ignorar la realidad que encierra el reparto de poder en la sociedad, sino porque –como bien concluye Kahn-Freund– “cualquier acercamiento a las relaciones entre empresarios y trabajadores resultaría infructuoso si la divergencia entre sus respectivos intereses no es abiertamente reconocida y articulada”⁸ Y ello con mucha más razón si, tal

5. Ermida Uriarte, O. (1983). *Apuntes sobre la huelga*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, p. 12 y Ermida Uriarte, O. (1996). *Apuntes sobre la huelga*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, p. 14.

6. Palomeque López, C. M. (2002). *Derecho del trabajo e ideología: medio siglo de formación ideológica del derecho de trabajo en España (1873-1923)*. Madrid: Tecnos, p. 2.

7. Kahn-Freund, O. (1987). *Trabajo y Derecho*. Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, p. 48.

8. Kahn-Freund, O. (1987), *op. cit.*, pp. 49 y 63. De lo manifestado por el autor citado se desprende como conclusión que, lejos de agotarse en lo estrictamente jurídico, el tema que

como afirma el autor citado,⁹ admitimos que en el sistema de relaciones laborales de una sociedad pluralista, “el conflicto es el padre de todas las cosas”.

Avanzando sobre esta idea, coincidimos con Ermida cuando señala que el conflicto posee un protagonismo “genético y funcional”. “Genético” en cuanto a su relación con el propio nacimiento del grupo y “funcional”, característica que nos interesa destacar en este trabajo, en tanto el sistema de relaciones industriales no podría funcionar sin su presencia como compensador o equilibrador. En efecto, el conflicto supone un desequilibrio de una situación de orden dada y, en este sentido, si bien tiene un costo para las partes intervinientes en el mismo, tiene, fundamentalmente, una clara funcionalidad en el sentido de facilitar la cohesión social de los grupos, canalizar reivindicaciones y evitar mayores deterioros en las relaciones sociales.¹⁰

Pero este criterio de “funcionalidad”, obviamente, responde a un interés determinado, parcial. Desde este punto de vista, que compartimos, la función del conflicto no es otra que la de promover la cohesión social, o sea, la de remover los obstáculos que dificultan la consagración del principio de igualdad material, que no se logra de otra manera que no sea a través de mecanismos de redistribución de la riqueza social que implican, necesariamente, la afectación de los intereses de “la otra clase”.

Precisamente porque este criterio no expresa los intereses del poder económico, resulta indispensable profundizar en torno al criterio de la “funcionalidad” que, como se ve, por sí solo no alcanza para explicar o justificar acabadamente las causas por las cuales el Estado (incluso cuando es gobernado por representantes de los opresores¹¹) incluye a la huelga como derecho fundamental en cabeza de los trabajadores (los oprimidos).

se pretende analizar en este trabajo se relaciona de manera concreta con este fenómeno básico del poder social.

9. Al menos a él le atribuye esa frase en *Otto Kahn Freund: ¿un pluralista atípico?*, separata (s/f) de *El pluralismo e il Diritto del lavoro. Studi su Otto Khan Freund*, editado por Gian Guido Belandi y Silvana Sciarra, p. 107, citado por Ermida Uriarte, O. (1999). *La flexibilización de la huelga*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

10. Conf. López Pintor, R. (1992). *Sociología industrial*. Madrid: Alianza, p. 387.

11. “El gobierno del Estado moderno no es más que una junta (o el comité) que administra los negocios comunes de toda la clase burguesa”. Marx, C. y Engels, F. (2011). *Manifiesto del*

No es difícil advertir, entonces, que la necesidad de darle esa función igualadora al conflicto en sus diversas manifestaciones (entre ellas la huelga) tiende, como ya expresáramos, a evitar mayores deterioros en las relaciones sociales y prevenir, de esa forma, la posibilidad de que peligre la estabilidad del sistema que se pretende mantener.

Los ordenamientos jurídicos (que habitualmente suelen responder a los intereses de los sectores privilegiados con el reparto económico desigual) tienen una tendencia general a la defensa y conservación del sistema instaurado y a esa misma finalidad se encamina, sin dudas, la normativa consagrada en materia de huelga. Por ello, en la normativización del conflicto cobra especial relevancia el principio de “utilidad”. La integración jurídica del conflicto es más útil a los fines de mantener el *statu quo*. Se constata que legalizar a las organizaciones obreras y a los mecanismos de autotutela resulta más ventajoso que su represión, entre otras razones, porque la experiencia puso en evidencia la ineficacia de los intentos de anular el conflicto, aun con los métodos más contundentes con los que cuenta el derecho para reprimir aquellas conductas que considera disvaliosas.

Es que a pesar de (y potenciadas por) las medidas más represivas, las organizaciones obreras actuaban en la clandestinidad, los obreros acudían de todas formas a las huelgas, se había agravado el sentimiento de hostilidad entre patronos y obreros, se había potenciado la violencia en los conflictos laborales y, además, las organizaciones obreras comenzaban a actuar en el ámbito político rompiendo la barrera del mundo de la fábrica.¹²

En efecto, por un lado, no se conseguía sofocar al movimiento obrero en sus reivindicaciones y, por otro, se advierte que la huelga como movimiento masivo “no es apto para ser sometido a una disciplina represiva penal, salvo poniendo en crisis la entera organización judicial y penitenciaria.”¹³

Partido Comunista. Recuperado de <http://centromarx.org/images/stories/PDF/manifiesto%20comunista.pdf>

12. Sánchez Martínez, M. O. (1997). *La huelga ante el derecho: conflictos, valores y normas*. Madrid: Dykinson, p. 113.

13. Valdes Dal-Re, F. (1975). Notas para una reelaboración crítica del marco normativo de la huelga (1936-1975). *Revista de Trabajo*, (52), 226.

Está claro, entonces, que la evolución jurídica de la huelga no responde a una caritativa actitud de los poderes públicos que deseaban ver satisfechas las necesidades de la población y eliminadas las desigualdades sociales de la faz de la tierra, sino que se trata de una toma de conciencia de la ineficacia que había tenido hasta este momento el uso de la maquinaria represiva más expeditiva –la penal– para terminar con las manifestaciones obreras de protesta.

Era necesario, entonces, dar una nueva respuesta que permitiera encauzar estos conflictos de manera que no peligrase el sistema económico imperante y, por ese motivo, fue preciso ceder privilegios y beneficios a favor de la clase trabajadora a fin de mantener intactas las bases del capitalismo. De esta forma, se puso en marcha una legislación social protectora y se reconoció, luego de una etapa de mera tolerancia, el “derecho” de los trabajadores de asociarse y de contar con mecanismos e instrumentos de autotutela adecuados para lograr el objetivo de mejorar sus condiciones de vida y de trabajo.

Es que, como señala Segura, la relación entre huelga y derecho, en definitiva, “está íntimamente relacionada con el carácter ambivalente del Derecho del Trabajo, en tanto puede aparecer ora como derecho de los trabajadores ora como derecho del capital”. Siguiendo con el razonamiento de nuestro autor, podemos afirmar que nos seguiremos encontrando con un “Derecho del Trabajo de capital” en tanto subsistan normas que desactiven las formas de coalición y de autotutela de los colectivos de los trabajadores tornando factible la continuidad de la lógica de acumulación del capital.¹⁴

3. El papel del conflicto

Volviendo a la idea del protagonismo del conflicto, podemos afirmar, siguiendo a Palomeque,¹⁵ que el conflicto de intereses es una realidad social prenormativa que el derecho viene precisamente a integrar.

14. Segura, A. (1991). El decreto 2184 reglamentario del derecho de huelga en los servicios esenciales: desactivación de su faz represiva. *Revista Derecho del Trabajo (La Ley)*, (1991-A), 573.

15. Palomeque López, M. C. (2002), *op. cit.*, p. 2.

Tradicionalmente se ha enseñado que el Derecho del Trabajo nació como una respuesta del Estado frente a las injusticias sociales a que daba lugar la revolución industrial. Esta visión es claramente incompleta. Nunca hubo un acto de “voluntad estatal” sin un previo reclamo (conflicto) de los trabajadores exigiendo un determinado nivel de protección.

Así, la conflictividad social es canalizada jurídicamente de acuerdo con el cuadro de intereses y valores propios de la opción política que expresa la norma jurídica en cuestión, intereses y valores que no son, naturalmente, sino los del grupo o grupos sociales capaces de imponer, dentro de un sistema determinado (el juego de las mayorías parlamentarias en el sistema democrático), su voluntad organizativa.

Esta recepción de los reclamos por parte del sistema normativo obedece tanto a la fuerza del reclamo (por el poder de presión que ejerce la huelga) como al temor a la anunciada “revolución social”, pero en ambos casos la legislación obrera responde a la existencia del conflicto.

Entonces, conflicto social y norma jurídica reguladora del mismo, forman parte de la misma realidad jurídica. Esta función social (integración de conflictos sociales) es propia del Derecho y común por ello a toda norma jurídica. Por ello, y a fin de encausar el objeto de este trabajo, resulta indispensable identificar el singular conflicto social que ha dado nacimiento a la huelga como herramienta de lucha utilizada por los trabajadores para el logro de los fines que se proponen alcanzar.

4. Conflicto social y orígenes de la huelga

Cuando se alude al término huelga, inmediatamente se asocia a la idea de conflicto. Y si bien la conflictividad puede estar orientada hacia diferentes fines u objetivos, más o menos ambiciosos (desde la llamada huelga revolucionaria hasta la simple exigencia de una reivindicación salarial de escasa relevancia), lo cierto es que más allá de las distintas metas, estos conflictos a los que hacemos referencia tienen un mismo origen.

En efecto, el conflicto que encierra la huelga está ligado al proceso de industrialización y a la composición social a la que dio lugar. Tal como ocu-

rre con el Derecho del Trabajo,¹⁶ también la huelga ha nacido históricamente como una consecuencia del sistema capitalista industrial. No ha sido, por lo tanto, una respuesta al conflicto sociolaboral o de trabajo en general sino que –más allá de la utilización de este término para denominar otro tipo de abstenciones como forma de lucha (huelgas de hambre, huelgas de estudiantes, etc.) se ha circunscripto al conflicto existente en la relación entre trabajo asalariado y capital.

En efecto, todas las sociedades históricas han conocido el trabajo como fuente de conflictos sociales sin que hayan dado lugar a este tipo de manifestación colectiva que solo se produjo como una reacción frente al conflicto industrial, entre el capital y el trabajo asalariado en la sociedad capitalista industrial. Así pues, no es un conflicto más dentro de una estructura social pluralmente conflictiva, como es la sociedad capitalista, sino que se trata de un auténtico motor de todas sus contradicciones, de su conflicto central o paradigmático que, insisto, no es otro que el que enfrenta al capital y al trabajo.¹⁷

La huelga tiene su origen en el particular conflicto surgido como consecuencia de la aparición de dos sujetos históricos marcados por una gran desigualdad y con intereses contradictorios. Uno de ellos propietario de los medios de producción (el empresario o capitalista) y el otro que solo participa del proceso productivo aportando su fuerza de trabajo a cambio de un salario. Entre estos dos sujetos existe una marcada desigualdad económica pero además está presente una relación de subordinación y dependencia que marca una desigualdad que trasciende del ámbito laboral al ámbito social y político.¹⁸

Por cierto que este conflicto “social” se manifiesta en múltiples lugares, sin que sea posible acotar espacios independientes –lo económico, lo profesional, lo social, lo político– toda vez que (al menos desde el punto de vista de los planteos epistemológicos fundamentales del materialismo histórico) ningún aspecto o dimensión de la realidad social puede entenderse al margen –o con independencia– de la totalidad en la cual se constituye. Sin perjuicio de ello,

16. Palomeque López, C. M. (2002), *ibíd.*

17. Palomeque López, C. M. (2002), *op. cit.*, p. 3.

18. Sánchez Martínez, M. O. (1997), *op. cit.*, p. 27.

la huelga se ha manifestado, tradicionalmente y en forma primordial, como forma de expresión de ese conflicto social en los lugares de producción.

Como se verá más adelante con mayor profundidad, coincido con Baylos cuando afirma que la huelga es, ante todo, y más allá de sus posibles formas de manifestarse en el plano fáctico, “un fenómeno de insubordinación social”.¹⁹

Esta insumisión frente a la opresión y las desigualdades que ocasiona la división social en clases, pese a que, como ya señalara, ha sido concebida tradicionalmente como un modo de reacción limitado al ámbito de los lugares de producción (como mera “ruptura con la rutina laboral”²⁰), actualmente ha extendido su accionar hacia otros ámbitos y ha “flexibilizado” su manifestación externa hasta transformarse en formas nuevas de protesta. La insubordinación social ya no se manifiesta exclusivamente a través de la “abstención colectiva y concertada de la prestación de trabajo”, sino que ha evolucionado descubriendo nuevos mecanismos de autotutela colectiva, tal vez alejados de la descripción “típica” de la huelga y más cercanos a las “medidas de conflicto” que prevén algunas constituciones como la española (art. 37.2). O sencillamente se trata de nuevas formas de expresión del conflicto no reguladas actualmente por el derecho o, lo que es más grave, encasilladas en alguno de los tipos penales vigentes.²¹

El problema se presenta cuando este tipo de medidas, encasillables para los trabajadores como “medidas de conflicto” (art. 37.2, CE) o “medidas de acción sindical” (Ley N° 23551 de Argentina), no solo no son realizadas por sindicatos ni siquiera por trabajadores subordinados, sino que son ejecutadas

19. Baylos Grau, A. (13 de octubre de 1999). *La regulación del conflicto: el derecho de huelga*. (Ponencia en el Seminario El Estado y los conflictos sociales). Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho. Buenos Aires. Recuperado de <http://cedesi.blogspot.com.ar/2007/11/la-regulacin-del-conflicto-el-derecho.html>.

20. Álvarez, E. (1998). Conflicto colectivo y derecho de huelga. En E. Álvarez, J. Bermúdez y J. Fernández Madrid et al, *Derecho Colectivo del Trabajo*. Buenos Aires: La Ley, pp. 563 y ss.

21. Al respecto, resulta interesante la denuncia presentada ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por el Comité de Acción Jurídica de la Central de Trabajadores Argentinos (CTA) y el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) contra el Estado argentino por la forma en que este responde frente a las protestas sociales (según la denuncia, existen al menos 2.800 personas sujetas a proceso penal debido a su intervención en manifestaciones y protestas, fundamentalmente en cortes de ruta).

por otros sujetos no contemplados en la normativa vigente (desempleados, fundamentalmente). Sobre este punto volveré más adelante.

Pero más allá de este proceso de “ampliación del campo de batalla”, no puede desconocerse que, valga la reiteración, los lugares de producción han sido el escenario central, paradigmático, del conflicto en la sociedad capitalista; el auténtico motor de todas sus contradicciones. Ha sido el lugar de origen, sin dudas, del fenómeno de la huelga como instrumento de presión de los trabajadores para conseguir determinadas reivindicaciones.

En función de lo que se viene exponiendo, tal vez valga la pena hacer una somera descripción de la relación jurídica que liga a las partes sociales en el sistema de producción capitalista y, de esa forma, dejar bien definido el basamento del conflicto al que venimos haciendo referencia y que dio origen a las primeras huelgas.

No es ningún descubrimiento original, pero a los fines de este trabajo es importante recordar –siguiendo las palabras del profesor Palomeque– que

en el sistema de producción capitalista el proceso de producción de bienes y servicios se expresa a través de la combinación de los diversos factores que intervienen en el mismo, a partir de una relación básica, cual es el intercambio de trabajo asalariado por salario. Mediante la prestación de trabajo asalariado o por cuenta ajena, los trabajadores aportan al sistema productivo la fuerza de trabajo necesaria para la realización de los bienes con destino al mercado. En tanto que el empresario o titular de los medios de producción retribuye consiguientemente, a través de la prestación salarial, la incorporación de la mano de obra precisa para el funcionamiento de la empresa.

Como es fácil advertir, en esta relación de intercambio de trabajo por salario, los sujetos que la protagonizan esgrimen o aportan intereses, no solo distintos, sino contrapuestos.

Para graficar estas ideas, y continuando con las palabras de Palomeque,

el interés del empresario en la relación de trabajo coincide en términos absolutos con la prolongación de los tiempos de trabajo, que habrá de redundar en mayor cantidad de producto y en la moderación de los salarios, con la consiguiente repercusión en la limitación de los costes de producción. Actuando

así sobre cantidades y costes del producto, el empresario habrá de conseguir lógicamente mayores beneficios en el mercado. Por el contrario, el interés de los trabajadores se manifiesta en la reivindicación de salarios cada vez mayores que les permita preservar sus economías familiares de la agresión de la inflación y de otros agentes nocivos y de jornadas laborales progresivamente más reducidas, procurando incrementar así los espacios dedicados al descanso, al ocio o a la cultura.²²

El conflicto laboral se erige, así, en el conflicto matriz o arquetipo de la sociedad capitalista tradicional, y aun cuando existan otros problemas (raciales, medioambientales, de género, etc.) que le puedan restar protagonismo al conflicto laboral, lo cierto es que aquí se encuentra el eje de la conflictividad social.

Ello no implica desconocer la existencia de nuevos movimientos sociales con representaciones muy heterogéneas de la estructura social, de vital trascendencia, que se encuentran de alguna manera al margen del conflicto estrictamente laboral (tal es el caso del movimiento de los “sin tierra” del Brasil, de los indígenas en el Ecuador, o de los desocupados en varios países latinoamericanos).

En efecto, a este conflicto “típico” del sistema de producción industrial, propio de la fase histórica en que la industria devino en sector básico del sistema de producción capitalista, se le añaden (al menos en los países de Latinoamérica) nuevos factores de conflicto, si bien sustentados sobre una misma plataforma (las desigualdades que genera la división social en clases) pero derivados de otros intereses contrapuestos; de otros niveles (aún mayores) de desigualdad y de opresión y, fundamentalmente, originado como consecuencia de la aparición de grandes conjuntos de marginados o excluidos del sistema. Ciudadanos que no cuentan siquiera con la posibilidad de satisfacer sus necesidades básicas como consecuencia de su exclusión del “mercado de trabajo”, la carencia de un sistema de seguridad social y la inexistencia de otras redes de contención social.

22. Palomeque López, M. C. (2002), *op. cit.*, p. 4.

Estos colectivos sociales se encuentran en un estado que podríamos denominar de pre-explotación. Paradójicamente, mientras unos (cada vez menos) pelean por romper las cadenas de la explotación capitalista, los otros, los “excluidos”, han retrocedido a una etapa previa. En lugar de plantear la revolución, este “ejército de reserva” cada vez más numeroso lucha por conseguir un lugar en el sistema. Estos trabajadores luchan para poder ser explotados.

Hecha esta digresión, podemos afirmar que, más allá de las transformaciones que haya podido experimentar el conflicto social y su expresión concreta con el paso del tiempo y al ritmo de los incesantes cambios en la realidad social, es en la propia raíz de la relación de trabajo asalariado donde se halla instalado un conflicto social de carácter estructural y permanente, que es el que ha dado lugar a la huelga como herramienta principal de presión de una de las partes (los trabajadores).

He señalado recién que el conflicto es, además de estructural, permanente. Esta es otra característica que debe dejarse apuntada, toda vez que, más allá de las mutaciones o flexibilizaciones que pueda advertirse en las huelgas (como una de las expresiones de este conflicto), el conflicto laboral dimana de la estructura social propia de la sociedad industrial, por lo que no es coyuntural sino permanente y si bien puede pasar de manifiesto a latente, los períodos de tregua son siempre inestables.²³

El conflicto es permanente y ninguna medida (prohibitiva o encauzadora a través de su suplantación por el diálogo) ha podido ponerle fin. El papel que cumple la huelga, en definitiva, es transformar a ese conflicto latente en concretas exigencias de comportamiento o abstención hacia la otra parte.

23. Por otro lado, si bien el conflicto que interesa al Derecho y que es regulado por este es el manifestado (mediante hechos o actos), deben tenerse en cuenta los conflictos latentes por tres razones que enumera Ojeda Avilés: primero, porque generan una tensión entre las partes que de alguna manera influye en la relación; segundo, porque a veces el conflicto latente es de tal magnitud, que en realidad se encuentra en la base de las confrontaciones parciales cuya solución localizada sirve de bien poco; tercero, porque el olvido del conflicto no manifestado sirve a algunas ideologías para negar su existencia y considerar *patológica* su mera denuncia. Conf. Ojeda Avilés, A. (1995). *Derecho sindical*. Madrid: Tecnos, p. 393.

Capítulo 2

Evolución de la relación entre la huelga y el derecho. Perspectivas actuales

1. Introducción

Son por todos conocidas las vicisitudes por las que atravesó la huelga antes de ser reconocida como un derecho fundamental en la mayoría de las sociedades actuales y ya hemos hecho alguna referencia a ello. Sin embargo, nos parece oportuno hacer un breve repaso sobre ese recorrido, fundamentalmente, a fin de analizar las perspectivas actuales de los mecanismos de autotutela frente al proceso de inmiseración y polarización social cada vez más acentuado en los países de la periferia capitalista, y que también caracteriza, si bien con diferencias más que notorias, el paisaje social de los propios centros metropolitanos, lugares en donde tradicionalmente las tendencias más regresivas de la distribución del ingreso eran contrapesadas por las iniciativas gubernamentales.¹

1. A fin de siglo, Estados Unidos presentaba salarios reales equivalentes a los que percibían sus trabajadores en los años inmediatamente posteriores a la Segunda Guerra Mundial. La totalidad del aumento de la productividad de la economía norteamericana y la nueva riqueza acumulada en la actual fase de auge de los negocios quedó concentrada en manos del 20% más rico del país. Pero si se observan las cifras más desagregadas se comprueba la escandalosa polarización de esos beneficios: mientras que entre 1983 y 1989 el 1% más rico de Estados Unidos acrecentó su patrimonio en un 62%, al 80% inferior le correspondió apenas el 1%. Conf. Wolff, E. N. (1995). *How the Pie Is Sliced: America's Growing Concentration of Wealth*. *American Prospect*, 6(22), 58-64.

Fundamentalmente, considero útil volver a examinar el proceso de juridificación de la huelga, haciendo hincapié en los fundamentos que justificaban su penalización y los que, en definitiva, incidieron en su consagración como derecho. Ello puede resultar de utilidad como punto de partida para el análisis posterior de dos situaciones, a mi juicio, de suma importancia en las particulares circunstancias en las que actualmente se desenvuelve el conflicto social emergente por las desigualdades que genera el sistema económico imperante.

La primera situación a la que me refiero es a la distancia existente entre la declaración de una de las “medidas conflictivas” (la huelga) como derecho constitucionalmente protegido y su vigencia efectiva en la realidad sociolaboral,² restringida cada vez más a través de la reglamentación. Restricción que en el caso de algunos países resulta grosera, tal como ha ocurrido en el nuestro en reiteradas ocasiones.

En segundo término, el análisis de la relación que ha tenido a lo largo de la historia una de las “medidas conflictivas” (la huelga) con el derecho también puede ser provechoso a la hora de analizar la reacción del derecho –y su posible evolución– frente a la aparición de nuevas “medidas conflictivas”, originadas –en última instancia y tal vez indirectamente– en el mismo conflicto social que dio origen a la huelga.³ Medidas conflictivas que no se llevan a cabo en los lugares de producción o que no son protagonizadas por trabajadores dependientes (sino por trabajadores desocupados, pasivos e incluso autónomos a los que se les “dificulta” el reclamo a través de la tradicional “abstención colectiva de la prestación del trabajo”), y que no han recibido, por parte del derecho, una acogida similar a la que, luego de un largo recorrido, ha logrado obtener la huelga –al menos en su manifestación típica–.

Si bien este último conflicto parece escapar al ámbito de regulación del Derecho del Trabajo, considero que, al igual que con la regulación de otros conflictos (individuales), en donde se ha sugerido la conveniencia de “evi-

2. Baylos Grau, A. (13 de octubre de 1999), *op. cit.*

3. Esta nueva “cuestión social” no tiene relación directa con el conflicto laboral propiamente dicho al que hicieramos referencia más arriba (capital/trabajo) sino más bien con las consecuencias de desigualdad social emergentes del sistema capitalista y la economía neoliberal de mercado. No obstante, no pueden dejar de trazarse lazos de similitud importantes.

tar la existencia de una fractura entre los asalariados bien tutelados por un contrato de trabajo y las personas que trabajan con contratos de otro tipo”,⁴ también debería evitarse esa fractura en el reconocimiento de los mecanismos de autotutela a otros colectivos sociales afectados, en definitiva, por el mismo sistema capitalista.⁵

2. Evolución jurídica de la huelga

Pues bien, como ya señaláramos, inicialmente el conflicto de grupos fue considerado ilícito o pecaminoso por la clase dominante, que deseaba un consenso en torno a sus postulados unilaterales, por lo que intentó ahogar tanto la controversia como la propia discrepancia, dado que, a los fines de mantener el sistema, no debía existir.⁶

Desde esta perspectiva, cabe recordar que el primer contacto de la huelga –una de las manifestaciones del conflicto– con el derecho es a modo de una figura delictiva tipificada en los códigos penales (lo mismo ocurre con muchas de estas nuevas medidas conflictivas a las que hiciéramos referencia).

La huelga, entendida como una de las formas de la lucha para defender unos determinados intereses frente a intereses opuestos, mediante la cual los trabajadores se rebelaban contra el sistema capitalista, esto es, como medida de fuerza y coacción, **era considerada como una acción contraria a los intereses del Estado y, por lo tanto, era calificada como delictiva.** En efecto, como señala Baylos Grau

se trataba de fenómenos extraestatales que en su dinámica y desarrollo afirmaban una cierta negatividad respecto del sistema económico y político, y que se ligaban a una afirmación futura de emancipación social mediante la supresión del orden vigente. Por eso en su inicio la huelga es una realidad odiosa para el

4. Supiot, A. (coord.) (1999). *Au-delà de l'emploi*. París: Flammarion [traducción española: (1999). *Trabajo y empleo*. Valencia: Lo Blanch], p.62.

5. De hecho, en algunos países se han reconocido algunos mecanismos de autotutela a determinados colectivos, tales como los trabajadores autónomos.

6. Ojeda Avilés, A. (1995), *op. cit.*, p. 394.

derecho que sólo cobra carta de naturaleza en el sistema jurídico mediante su introducción en los códigos penales.⁷

Esta reacción del derecho frente a las acciones de los trabajadores fue similar en todos los países que iniciaban el proceso de industrialización y en los que se instalaba el sistema capitalista de producción; y de la misma manera, en todas las sociedades, los ostentadores del poder político, social y económico fueron encontrando otras medidas de control y limitación de la protesta a medida que avanzaba y se consolidaba el sistema de producción capitalista.

Ya explicamos más arriba cómo ha sido el proceso a través del cual los poderes públicos interesados en mantener inalteradas las bases del sistema fueron tomando conciencia de la ineficacia de la represión penal del conflicto y de la utilidad (más allá del costo de tener que ceder algunas prerrogativas en forma paulatina) de la “integración” del conflicto a través de otros mecanismos jurídicos más efectivos a la hora de amortiguar los efectos de la protesta social, llevándola a un terreno más fácil de vigilar.

Claro está que este reconocimiento –este “derecho concedido para discutir el orden del derecho”–⁸ también fue recibido con beneplácito por la mayoría de las organizaciones obreras. La admisión del derecho de huelga, junto con el desarrollo del Derecho del Trabajo y de la seguridad social, permitió a los trabajadores conseguir mejoras en las condiciones de vida y de trabajo⁹ y poner en funcionamiento nuevos mecanismos de distribución de la riqueza social, tendencialmente orientados hacia la consecución de la igualdad sustancial.¹⁰

De esta forma, y como consecuencia de un equilibrio relativo de la relación de fuerzas entre los actores sociales y una perceptible fortaleza de los partidos de izquierda y del campo socialista tras la derrota del fascismo, se logró mantener el sistema con una clara tendencia (reflejada en los programas consti-

7. Baylos Grau, A. (13 de octubre de 1999), *op. cit.*, p.2.

8. Cita atribuida a Derrida por Jesús I. Martínez García en el prólogo a Sánchez Martínez, M. O. (1997). *La huelga ante el derecho: conflictos, valores y normas*. Madrid: Dykinson.

9. Esta ha sido la función principal de la huelga, pero no la única.

10. Baylos Grau, A. (1991). *Derecho del Trabajo: modelo para armar*. Madrid: Trotta, p. 57.

tucionales de muchos países)¹¹ hacia la consecución de una también relativa igualdad sustancial.

Con este escenario de progresos sociales propios de la luminosa expansión keynesiana, el sistema (“Estado Social de Derecho”) no parecía correr riesgos de ser sustituido. En el marco de esta situación social, económica y política, propia del Estado de Bienestar, la realidad era aceptada por los trabajadores sin grandes pretensiones de producir cambios de fondo. Esta armonía, con mayor notoriedad en los países latinoamericanos, se encuentra ahora en una crisis severa que obliga a efectuar un replanteo profundo.

3. Evolución, pero no tanto

A pesar de la evolución que en esta materia se produjo, coronada con la consagración de la huelga como derecho fundamental, los poderes públicos se cuidaron de mantener siempre, como no podía ser de otra forma, una actitud de prevención y precaución respecto a los conflictos de los trabajadores.

La supuesta generosidad que se vislumbraba en la tolerancia primero, y posteriormente en el reconocimiento de la huelga como un derecho, en realidad solo eran intentos de controlar el descontento y, junto con el reconocimiento de otros mecanismos de autotutela, neutralizar las tendencias revolucionarias de la clase trabajadora.

Ha sido, entonces, y al mismo tiempo, una conquista de los trabajadores, conseguida a través de la lucha, y también una salida del *establishment* para preservar su posición privilegiada.

Además, no debe olvidarse que la huelga como derecho se reconoce en un contexto presidido por la idea de evolución y no de revolución, de cooperación y moderación y no de radicalismo.¹² En otro contexto sociopolítico la evolución hubiera sido, sin dudas, diferente, más sinuosa y, tal vez, no hubiese llegado jamás a ser reconocida como un derecho fundamental.

11. En Argentina, artículo 75, inciso 19 (cláusula de progresividad de los derechos). Este es un ejemplo claro de la excesiva distancia entre los postulados constitucionales y la realidad social, orientada en un sentido literalmente opuesto al que indica el texto de la Carta Magna.

12. Sánchez Martínez, M. O. (1997), *op. cit.*, p. 23.

Todo esto ayuda a explicar la paradoja de que hayan sido gobiernos de distinto signo, tanto conservadores como liberales o socialistas los que hayan sancionado normas otorgando a los trabajadores mecanismos de autotutela o que hayan incluido una amplia gama de normas laborales de neto contenido protectorio. El caso argentino es por demás notorio y paradigmático: el derecho de huelga no fue reconocido durante la vigencia de un gobierno de neto contenido pro operario, como fue el de Juan D. Perón y, paradójicamente, fue admitido en la constitución que sancionara la dictadura militar que le sucediera.¹³

Y por ello sostenemos que, si bien se reconoció el derecho de hacer huelga, los poderes mantuvieron una actitud preventiva (un as en la manga) y se cuidaron de establecer al mismo tiempo unos límites nada inocentes a los alcances de la huelga, utilizando ciertas previsiones normativas como medio de protección del sistema político, social y económico imperante. Es que, como señala Ojeda Avilés, “al saltar de una consideración a la siguiente no ha abandonado por completo la anterior”.¹⁴

Así, y más allá de la amplia gama de reglamentaciones que van acotando el campo de actuación de la huelga (al que nos referiremos más adelante) se puede advertir, como claro ejemplo de lo que venimos sosteniendo, la existencia de variadas conductas que se mantienen incluidas en los códigos penales en relación con los denominados “abusos” del ejercicio del derecho de huelga. El “anillo exterior” al que hace referencia Ojeda Avilés.

Esta situación se advierte con claridad en el derecho español. En este sistema se mantienen “precisos parámetros limitadores de la autotutela colectiva, que siguen siendo inspirados por los principios ideológicos de la ‘unidad social’ acuñados bajo el franquismo”, tales como los tipos previstos en los artículos 222 y 223 del Código Penal que castigan como autores de un delito de

13. Sobre las contradicciones de la declamada “legislación protectoria” de la dictadura militar que se instauró en 1956 en la Argentina ver mi artículo El derecho a la pluralidad sindical y el sistema de unicidad promovida. *Relaciones Laborales y Seguridad Social*, II(23-24), enero/febrero 1997, número extraordinario.

14. Por otro lado, no puede olvidarse que, al mismo tiempo que se reconocía el derecho de huelga, se limitaba o debilitaba la fuerza sindical por otros medios (intervención de sindicatos, fragmentación, persecución política, etc.).

sedición a “los funcionarios encargados de la prestación de todo género de servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad que, suspendiendo su actividad, ocasionen trastornos a los mismos, o, de cualquier forma, alteren su regularidad” y a “los patronos y obreros que, con el fin de atentar contra la seguridad del Estado, perjudicar su normal actividad, suspendieren o alteraren la regularidad de su trabajo”.¹⁵

4. Involución

Por diversos factores (políticos, económicos y sociales) que excedería a este trabajo analizar con detalle, la relación de fuerzas entre las dos clases protagonistas del conflicto social inherente al sistema capitalista ha variado ostensiblemente durante los años 1990 en la Argentina y ello, a su vez, ha incidido de forma notoria no solo en la regulación de las relaciones individuales sino también en la reacción del sistema frente al conflicto social. Esa tendencia, que fue revirtiéndose durante la década siguiente, aparece otra vez con notoriedad a partir de diciembre de 2015.

De este modo, el denominado proceso de “flexibilización laboral” provoca una reducción constante de los niveles de protección que garantizaban las leyes, lo que, a su vez, debilita a los trabajadores en la relación de fuerzas y esta situación vuelve a incidir en la reducción de los niveles de protección, formándose así un círculo vicioso. Esa debilidad del movimiento obrero también permitió que, paulatinamente, el poder político haya ido restringiendo los márgenes permitidos dentro de los cuales puede desenvolverse la lucha de los trabajadores para mejorar sus condiciones de vida y de trabajo y, sobre todo, la lucha de los excluidos del sistema para liberarse de las cadenas que los atan a la miseria y la indigencia.

En el caso del derecho de huelga, es cada vez más notorio el divorcio que existe entre su reconocimiento como derecho constitucional y su profunda li-

15. Baylos Grau, A. y Terradillos Basoco, J. (1991). *Derecho penal del trabajo*. Madrid: Trotta, pp. 152 y 153.

mitación (o prohibición lisa y llana) que se da en la práctica cotidiana de la mayoría de las sociedades a través de las diferentes y variadas reglamentaciones.

Hay un claro proceso de involución por el que está atravesando el Derecho del Trabajo. Esta tendencia es evidente en el plano individual (flexibilización de todo tipo, desregulación, etc.), y como no podía ser de otra forma, este retroceso en los niveles de protección también tiene su correlato en el derecho colectivo, pero manifestado de una forma opuesta: A la inversa de lo que fue ocurriendo con la regulación de las relaciones individuales, cada vez más flexibles o directamente desreguladas, el debilitamiento de los mecanismos de autotutela se ha llevado adelante, paradójicamente, a través de la rigidez de las reglamentaciones. Ya no se prohíbe la huelga ni las demás medidas de acción sindical, no hace falta, se la reglamenta y encauza de tal manera que no genere ningún perjuicio.

Álvarez señala que el proceso de asimilación de la huelga dentro del conjunto de derechos constitucionales parece no haber terminado aún, al advertir que

al tiempo que se incorporaban cláusulas genéricas y operativas en las normas fundamentales para garantizar su ejercicio, todo acercamiento al fenómeno, sea normativo, doctrinario o jurisprudencial, lleva implícita una tendencia a limitar sus alcances, un cercenamiento de aquellos que los propios actores sociales reputaban como huelga.¹⁶

Sin dudas ello fue siempre así y se advierte especialmente en etapas, como la de la década de 1990 en Argentina, en la que se evidencia un marcado desequilibrio en la relación de fuerzas de los actores sociales. Es mucho más indisimulada la restricción, lo que permite visualizar con mayor claridad esta discordancia entre la declamación constitucional y la vigencia efectiva del derecho de huelga en la realidad sociolaboral de los países que se rigen por un sistema capitalista.

Es cada vez más notorio cómo frente al conflicto social, y en particular el laboral, la reacción del derecho parece estar dirigida más a “la imposición y elaboración de conceptos que impliquen una restricción, por encuadre li-

16. Álvarez, E. (1998), *op. cit.* En E. Álvarez, J. Bermúdez y J. Fernández Madrid et al, *Derecho Colectivo del Trabajo*. Buenos Aires: La Ley, p. 574.

mitado, de lo que constituye huelga en sí y su modalidad de ejercicio, que al desarrollo de técnicas de prevención de la conflictividad y autocomposición pacífica.¹⁷ Como vimos, se admite, desde un plano teórico la normalidad e incluso la esencialidad del conflicto en las relaciones laborales, pero cuando se abordan casos concretos se tiende, invariablemente, a limitar las hipótesis de licitud del conflicto y a ampliar las formas consideradas anómalas o ilícitas,¹⁸ olvidándose de las ideas democráticas que admiten el conflicto como el resultado natural e inevitable del pluralismo.

La huelga se admite en su faz de poder excepcional que consiste en intentar hacer efectivas unas reivindicaciones, pero causa rechazo su otra cara, inescindible. Porque la huelga también es “conflicto, alteración, protesta, e incluso, violencia”,¹⁹ estas son palabras clave que configuran y terminan de dar sentido a este instrumento de fuerza tan importante en manos de los trabajadores y que no terminan de ser admitidas por el ordenamiento jurídico como parte de sus componentes esenciales.

Tal vez por esta característica que la acompaña, el derecho nunca terminó de asimilar la huelga. La soporta como una forma inteligente de mantener el sistema instituido. Pero a pesar de ello, el derecho no puede entender la huelga ni quererla. Siempre le teme, y “su consagración es el pretexto para conjurarla, para atraerla hacia sí y engañarla, para apoderarse de ella y desactivarla”,²⁰ y cuanto mayores posibilidades tenga de encausarla dentro de márgenes cada vez más estrechos, seguirá avanzando en el intento de neutralizarla por completo.

17. Álvarez, E. (1998), *op. cit.*, p. 567.

18. Álvarez señala con agudeza la contradicción existente en la alusión a la “huelga ilícita”, ya que no es imaginable esta calificación de antijuricidad si se parte de la premisa innegable de que la huelga es un derecho. Este autor señala: “Nadie se atrevería en los Derechos Reales, por ejemplo, a aludir al Dominio Ilícito o al Usufructo Ilícito y, en realidad, lo que se ha querido es reputar antijurídica una conducta que externamente podría tener la apariencia de huelga y que no sería tal”. Álvarez, E. (1998), *op. cit.* En E. Álvarez, J. Bermúdez y J. Fernández Madrid et al, *Derecho Colectivo del Trabajo*. Buenos Aires: La Ley, p. 574.

19. Sánchez Martínez, M. O. (1997), *op. cit.*, p. 17.

20. Martínez García, J. I. (1997), *op. cit.*, p. 14.

Seguramente nunca pueda llegar ese momento toda vez que la huelga –y este dato es fundamental para entender este fenómeno y su indomabilidad por parte del derecho– es un hecho que se desencadena con prescindencia de las limitaciones normativas que se le puedan imponer con aquellos fines. Tanto su declaración como su resultado han dependido siempre de la voluntad y la fuerza de las organizaciones que la lleven adelante, aun en los momentos en los que estuvo expresamente prohibida. Es más, tradicionalmente, lo que ha ocurrido es que las huelgas se han llevado a cabo al margen de los acontecimientos jurídicos y a pesar de las normas prohibitivas empeñadas en evitar la protesta social.

Capítulo 3

La rigidez de las reglamentaciones del derecho de huelga

Como ya hemos adelantado, todas las reformas legislativas flexibilizadas que se han dictado (en América Latina al menos), se han concentrado en la flexibilización y desregulación del derecho individual del trabajo, pero manteniendo (e incrementando) el carácter interventor, reglamentarista y restrictivo de la legislación sobre el derecho colectivo del trabajo (sobre las asociaciones sindicales, sobre el sistema de negociación colectiva y, en lo que aquí interesa, también sobre el derecho de huelga).

La crítica que haré a las reglamentaciones existentes no significa que se desconozca que los derechos de rango constitucional se ejercen de conformidad con las leyes que regulan su ejercicio (art. 28, CN, y 53, CE, por ejemplo). Pero esta adecuación legal, a la que aluden las constituciones, debe ser interpretada como una vía para hacer efectivo el derecho y no como un expediente para convertirlo en letra muerta. Lo que justifica una remisión a las reglamentaciones de inferior jerarquía en la pirámide jurídica es el lograr que todos los derechos constitucionales puedan ser ejercidos y armonizar unos con otros para que todos rijan, y es este el único límite imaginable que les confiere el carácter de relativo en la doctrina constitucional.

Varios autores advierten que “en los ordenamientos jurídicos, en general, se produjo, en relación con la consagración del derecho de huelga, una suerte de desconexión entre los textos constitucionales y las pautas para la efectivización de este derecho”, porque el legislador, tal vez basado en la fuerte operatividad de la cláusula, omitió crear normas que conllevaran una regla-

mentación en el sentido expuesto, o sea, de mera armonización con los otros derechos y no de desactivación de la garantía incorporada.¹

¿Cuáles han sido esas formas de desactivación o debilitamiento de la huelga? En forma similar, en casi todos los ordenamientos, la reglamentación del derecho de huelga ya sea jurisprudencial o legal (esta última llevada a la práctica a través de las vías constitucionales correspondientes o, cuando fue necesario, a través de instrumentos jurídicos inadecuados² o en violación de elementales principios de ordenación jerárquica de las fuentes³), estuvo centrada en cuatro temas principales destinados a limitar el ámbito de manifestación lícito de la huelga, a debilitar la fuerza sindical y a amortiguar los efectos o el impacto de las medidas de fuerza, ellos son:

1. La reducción de la huelga a un tipo legal, en relación con:
 - 1.1. El hecho huelguístico en sí.
 - 1.2. La titularidad del derecho.
 - 1.3. Los fines de la huelga.
2. La reducción de la dinámica de la huelga a un procedimiento formalizado.
3. La reducción cuantitativa de la huelga típica a través de la imposición de servicios mínimos.
4. El reconocimiento de primacía a la capacidad productiva y la dimensión organizativa de la empresa por sobre la función y eficacia del derecho de huelga.
5. La utilización de la figura del “abuso del derecho”.

1. Álvarez, E. (1998), *op. cit.* En E. Álvarez, J. Bermúdez y J. Fernández Madrid et al, *Derecho Colectivo del Trabajo*. Buenos Aires: La Ley, p. 567; Baylos Grau, A. (13 de octubre de 1999), *op. cit.*

2. En concreta referencia al caso argentino, la reglamentación de un derecho constitucional solo puede ser realizada a través de “las leyes” que emite el Congreso Nacional (Poder Legislativo). No obstante, la anteúltima regulación del derecho de huelga se efectuó a través de un decreto del Poder Ejecutivo.

3. Siguiendo con el caso argentino, la última reglamentación –dictada por ley– fue acompañada por un posterior decreto reglamentario que, lejos de cuidarse por “no alterar el espíritu de la ley” (art. 99.2, CN) introducía no solo cuestiones no previstas en la norma sino que, incluso, establecía modificaciones.

1. La reducción de la huelga a un tipo legal

Junto con la consagración de la huelga como derecho fundamental, se ha planteado la necesidad de que esta admisión dentro del mundo del derecho vaya acompañada de un proceso paralelo de definición jurídica y política del fenómeno, con la clara intención –como ya señaláramos– de reducir el hecho huelguístico a un tipo legal.

Y como es sabido desde hace tiempo, “la tipicidad de la huelga significa poner en práctica un mecanismo de selección y de valoración diferenciada de las diferentes modalidades de expresión por el ordenamiento jurídico”.⁴ De esta forma, así como se definen las características de la huelga típica, protegida por el ordenamiento jurídico, al mismo tiempo (a contrario sensu) se excluyen de la tutela jurídica a todas las demás formas de huelga que sean “no típicas” o “atípicas” (en la expresión que, según Baylos, es la que ha cobrado fortuna).

En primer lugar se excluye de la protección del ordenamiento jurídico a aquellas formas atípicas de la huelga, esto es, a aquellas que no respondan a la descripción de lo que el ordenamiento considera “huelga”. Y para concluir este cerrojo, se tipifican como delitos a aquellas otras formas de manifestación del conflicto que, a juicio del legislador de turno, resulten especialmente desvaloradas (probablemente por su mayor poder de presión o por afectar otros valores a los que, en un momento dado, se les otorga una relevancia especial). De esta última forma, se saca a la huelga del marco jurídico en el que corresponde encuadrarla y se la incluye en otro, el penal, “con las consecuencias incriminadoras y sancionadoras que éste lleva consigo y que constituyen el reverso del tipo legal del derecho de huelga, tutelado constitucional y legalmente”.⁵ O si no se tipifica la conducta como delictuosa, lo que ocurrirá en estos casos es que esa “huelga” quedará subsumida en el sistema de huelga-libertad en el que “el Estado permanece neutral y deja las consecuencias del fenómeno a la

4. Casas Baamonde, M. E. (1985). Las huelgas atípicas en el ordenamiento jurídico español. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 24, 514.

5. Conf. Baylos Grau, A. (13 de octubre de 1999), *op. cit.*

aplicación de las reglas sobre infracciones contractuales en general y sobre la infracción del contrato en particular”⁶

Como se advierte en la presentación del tema, las corrientes restrictivas en relación con la interpretación del derecho de huelga no solo pretenden definir con precisión (tipificar) **el hecho huelguístico** (excluyéndose toda otra expresión que no se adecue a la descripción legal) sino que también apuntan a que, a través de la definición, se acoten **los sujetos** que van a ser titulares de ese derecho e, incluso, **los fines** o motivaciones que debe tener la huelga para no ser excluida de la protección del derecho ni ser objeto de una valoración negativa por parte de este.

1.1. El hecho huelguístico en sí

En relación con el hecho huelguístico en sí, la técnica definatoria ha sido utilizada como un “instrumento destinado a reducir el ámbito de la huelga ‘normal’ y descalificar o excluir a las huelgas ‘anormales’ o ‘anómalas’”.⁷ Es que, como señala Ermida Uriarte, en esta materia definir no solo es “limitar” sino que también es “excluir”.

Así, cuando se efectúa una definición de la huelga (sea legal o jurisprudencialmente), por ejemplo, como una forma de “suspensión” de la relación laboral, se está excluyendo a todas las demás modalidades que no suponen suspensión del trabajo. A guisa de ejemplo se pueden citar las modalidades de huelga “sin cesación de la actividad laboral”⁸ que quedarían excluidas del derecho: la huelga relámpago, de advertencia, simbólica y demostración; la huelga de bajo rendimiento, de trabajo lento; la huelga de celo o a reglamento; la huelga de brazos caídos o huelga blanca; y la huelga activa o al revés, a la japonesa, de trabajo arbitrario, etc.

6. Conf. Supremo Tribunal Constitucional. 08/04/1981 (11/1981), citada por Baylos Grau, A. (13 de octubre de 1999), *op. cit.*

7. Natoli, U. Sciopero e statuto dei diritti dei lavoratori. *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, I, citado por Gaeta, L. (1990). Lo sciopero come diritto. En D'Antona, M. *Lecture di diritto sindacale: le basi teoriche del diritto sindacale*. Nápoles: Jovene, pp. 431-432 y por Ermida Uriarte, O. (1999), *op. cit.*

8. En la clasificación de Ojeda Avilés, A. (1995). *Derecho sindical*. Madrid: Tecnos, p. 436.

A esta enumeración, que es “siempre incompleta”, como bien señala Ermi-da Uriarte, cabe añadirles otras modalidades mencionadas por el autor uruguayo (y otras denominaciones de estas mismas modalidades), tales como la “no colaboración”, el “tortuguismo” brasilero, el “trabajo a desgano”, el “hiper-trabajo”, la huelga de “bolígrafos”, la “huelga de corrección de exámenes”, el “trabajo a código” de los empleados judiciales, etc.

Evidentemente, las técnicas basadas en la definición *a priori* de lo que es “huelga”, a la que necesariamente se arriba a través de conceptos, definiciones o modelos preconstituidos de la huelga, prescinden de un dato elemental: el dinamismo y la evolución constante que experimentan los mecanismos de autotutela (entre ellos la huelga) en procura de una mayor eficacia para el logro de los fines que históricamente se proponen (y que siguen siendo los mismos), para lo cual precisan –además– adaptarse a los cambios flexibles del aparato productivo.

No solo se idean métodos más eficaces y menos costosos, sino que además se vuelve necesario flexibilizar los medios de acción colectiva a las nuevas realidades del proceso productivo, y la existencia de estos procesos de cambio no puede soslayarse a la hora de definirse el concepto de huelga.

Ante esta realidad, habría que optar por una definición amplia de la huelga aunque, a pesar de su amplitud, siempre será tentativa y provisional, ya que, aun así, seguirá siendo susceptible de quedar desactualizada.

Por ello –destaca Baylos–⁹ se sostiene que la noción de este fenómeno ha de ser abierta y que debe formularse a partir de la realidad que subyace al fenómeno mismo.

Así, los autores que siguen esta corriente han definido a la huelga como “toda conducta colectiva que, en un contexto social dado y en un momento histórico determinado, se entiende, acepta y practica como tal”¹⁰ o como “toda omisión, reducción o alteración colectiva del trabajo, con una finalidad de reclamo o protesta” o como “alteración colectiva del trabajo con finali-

9. Baylos Grau, A. (13 de octubre de 1999), *op. cit.*

10. de la Villa Gil, L. E.; García Becedas, G. y García-Perrote Escartín, I. (1991). *Instituciones de Derecho del trabajo*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, p. 451; citado por Baylos Grau, A. (13 de octubre de 1999), *op. cit.*

dad de autotutela”.¹¹ También, en el mismo sentido, se ha definido a la huelga como “una alteración de la habitualidad productiva”,¹² como una “excepción transitoria de la normalidad productiva”¹³ y como “todo tipo de perturbación concertada colectivamente del proceso de producción”.¹⁴

El Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo ha señalado reiteradamente que, respecto de la limitación o denegación o falta de amparo de la legislación para con las modalidades del derecho de huelga (o modalidades “irregulares” como también las denomina), como “la huelga de brazos caídos, huelgas de celo, trabajo a ritmo lento, ocupación de la empresa o del centro de trabajo” (casos 997, 999 y 1029) o “la paralización intempestiva, trabajo a desgano, a reglamento, etc.” (casos 1648 y 1650), “tales limitaciones sólo se justificarían en los casos en que la huelga dejase de ser pacífica”.¹⁵

No obstante ello, y pese a las objeciones apuntadas y la necesidad de no sujetar a una definición estricta este fenómeno, lo cierto es que la incorporación de la huelga como derecho fundamental en la mayoría de los ordenamientos jurídicos ha ido permanentemente acompañada de una definición que pretende reducir este fenómeno a un tipo determinado, excluyendo a las demás manifestaciones de la huelga que no se ajusten a los parámetros de la definición.

Pero el problema no se reduce solo a la discusión existente entre quienes postulan una interpretación amplia del derecho de huelga y quienes pretenden reducirla a un tipo legal acotado y casi inofensivo (un caníbal desdentado). Por supuesto que este debate es de vital importancia, pues, por un lado, determina los límites de la autotutela de los trabajadores y, por otro, es el que ha presidido las controversias doctrinarias del último siglo, pero –como ya

11. Ermida Uriarte, O. (1999), *op. cit.*

12. Ojeda Avilés, A. (1995), *op. cit.*, p. 410.

13. Baylos Grau, A. (1998). Formas nuevas y reglas viejas en el conflicto social. *Revista del Derecho Social*, 2, 82.

14. Sala Franco, T. y Albiol Montesinos, I. (1989). *Derecho sindical*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 481.

15. OIT. Comité de Libertad Sindical (1996). *La libertad sindical*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, p. 115, párrs. 496-497.

adelantara– en nuestros días no agota o no da respuestas a las nuevas realidades que presenta el conflicto social en las sociedades de fin de siglo. Es que esta discusión, aun cuando triunfe la postura más amplia y progresista, excluye a las nuevas formas de expresión de la lucha de los oprimidos –al menos en los países latinoamericanos– llevadas adelante por otros colectivos ajenos al “contrato de trabajo”, y que luchan ya no solo por remover los obstáculos que impiden el arribo de una sociedad en la que la igualdad sustancial sea una realidad, sino que –por momentos– tienen objetivos mucho menos ambiciosos: pelean por conquistar la posibilidad de vivir una vida en condiciones mínimas de dignidad.

1.2. La titularidad del derecho

Íntimamente relacionado con lo anterior es el tema referido a la titularidad del derecho de huelga.

La definición de cuáles son los sujetos legitimados para ejercer el derecho de huelga también ha dado lugar a que, a través de las reglamentaciones, se excluya de la protección jurídica a determinadas conductas colectivas que evidentemente constituyen una “alteración de la habitualidad productiva” y que, además, socialmente son aceptadas como huelgas.

Esta marginación de determinadas manifestaciones de la autotutela colectiva sostenida sobre la base de los sujetos que la ejercen tiene dos fuentes bien diferenciadas.

La postura limitativa puede sustentarse, conjunta o indistintamente en el ordenamiento jurídico de cada país, en un criterio “orgánico” (solo el sindicato está legitimado para convocar a una huelga, excluyéndose de esa forma las denominadas “huelgas salvajes”) o en un criterio “contractualista”, que reconoce este derecho solo a los trabajadores en sentido estricto, esto es, a los que se desempeñan en relación de dependencia a través de un contrato de trabajo (pudiendo excluir, de esta forma, a los trabajadores –sindicalizados o no– que no se encuentren relacionados con un empresario a través de un contrato de trabajo. Por ejemplo: los trabajadores desocupados, los trabajadores pasivos,

los trabajadores autónomos, los trabajadores –funcionarios– de los poderes del Estado, los trabajadores penados, etc.).

Esta última posibilidad (la limitación de la huelga solo a los trabajadores en relación de dependencia), que nada tiene de novedosa, presenta en la actualidad una relevancia mucho mayor en función del denominado “proceso de huida” del derecho del trabajo y del –no desvinculado del anterior– incremento de las nuevas y particulares formas de manifestación del conflicto a las que hicimos referencia más arriba y sobre las que insistiremos más adelante.

En la mayoría de las constituciones se reconoce a “los trabajadores”, a “los gremios” o a “los sindicatos” el derecho de huelga (en España, el art. 28.2, CE, reconoce el derecho de huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses, en cambio en Argentina, el art. 14 bis, CN, garantiza “a los gremios” el derecho de huelga). En todos estos supuestos se ha presentado la necesidad de definir qué sujetos serán los que estén comprendidos dentro de esos conceptos, y los poderes públicos han encontrado allí la ocasión de, valga el juego de palabras, incluir una nueva exclusión.

Así, por ejemplo, y tal como ocurre en otros ordenamientos, el Tribunal Constitucional (TC) español señala que el derecho constitucionalmente protegido es el que se atribuye a las personas que prestan a favor de otras un trabajo retribuido para ejercerlo frente al empresario, con el cual se intenta renegociar los contratos de trabajo o introducir determinadas modificaciones. Por lo tanto, para el TC, las “huelgas” realizadas por trabajadores independientes, autopatrones o profesionales no resultan amparables en la disposición del artículo 28.2 de la CE¹⁶ toda vez que, aunque en un sentido amplio son trabajadores, no son trabajadores por cuenta ajena ligados por un contrato de trabajo retribuido (Sentencia del TC 11/1981).¹⁷

Este tipo de sentencias corrobora la existencia del proceso de involución sobre el que advertía más arriba y provocan que, en el actual contexto, cobre relevancia la descripción de Ojeda Avilés referida al período 1945-1955, en la

16. Conf. Alonso Olea, M. (1983). Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y seguridad social. *Civitas*, I, 25 y ss.

17. Palomeque López, M. C. y Álvarez de la Rosa, M. (1999). *Derecho del trabajo*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, p. 545.

que señalaba con absoluta claridad que en esa etapa (hacia la cual se involuciona paulatinamente) “desde el punto de vista subjetivo, la tutela constitucional se niega a quienes no son trabajadores subordinados en sentido estricto”.

En definitiva, por decirlo con Ghezzi –continúa Ojeda Avilés–, son muchas las hipótesis de abstención colectiva del trabajo que, cualificadas como huelga en el lenguaje de todos los días y en el sindical, no son consideradas como tales en la opinión de la mayoría de los juristas: custodios, quizá más que intérpretes, de los llamados límites intrínsecos o coesenciales, o naturales, del derecho de huelga, que ellos mismos han puesto o van poniendo.¹⁸

La otra forma de limitar el derecho de huelga sobre la base del sujeto titular, y por tanto legitimado para declarar y asumir las medidas de acción directa en los conflictos laborales colectivos, se lleva adelante a través del reconocimiento de esa potestad únicamente al sindicato o, en una versión aún más estricta, limitando solo a determinados sindicatos (los que ostenten la denominada “personería gremial”) la titularidad de este derecho, excluyendo ya no solo a colectivos de trabajadores desorganizados sino incluso a otros sindicatos legalmente constituidos.

Como una frase hecha se ha proclamado siempre que el derecho de huelga es de “titularidad individual y de ejercicio colectivo”.

No existen discrepancias respecto a que el derecho de huelga es un derecho colectivo y que por lo tanto no puede ser ejercido en forma individual. Dicho más claramente, que no constituye huelga la cesación unilateral de la prestación de trabajo debida, cuando ella es resuelta y ejecutada por un solo trabajador aislado. Y, desde otro punto de vista, tampoco se presentan divergencias en relación a que, en última instancia, quien decide si adhiere o no a una huelga previamente convocada es, individualmente, cada uno de los trabajadores afectados, haciendo ejercicio de su libertad sindical individual (en el aspecto negativo de ella).

18. Ghezzi, G. (1968). Diritto di sciopero e attività creatrice dei suoi interpreti, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1968, 27-43; citado por Ojeda Avilés, A. (1995), *op. cit.*, p. 455.

Esta confusa definición (la de la titularidad individual y el ejercicio colectivo), sin embargo, como recuerda Palomeque, ha llegado a invertirse, pues se sostenía que en verdad “el derecho de huelga es, más bien de titularidad colectiva y de ejercicio individual porque un trabajador singular no puede convocar una huelga ni tampoco un sindicato puede abstenerse de acudir al trabajo”.

Pero más allá de la imprecisa terminología utilizada, lo cierto es que no es uniforme la doctrina en relación al sujeto legitimado a convocar la huelga, elegir su modalidad y “desconvocarla”.

Según las tesis más restrictivas del derecho de huelga, que se imponen en muchos países, estas facultades corresponden exclusivamente a los sindicatos organizados legalmente y reconocidos como tales, quienes monopolizan el ejercicio del derecho de huelga. De esta forma, todas las medidas de acción directa que se declaren y lleven a cabo al margen de la intervención de estas organizaciones serán ilícitas y, por lo tanto, carecerán de la protección jurídica consagrada a las huelgas “típicas”.¹⁹

En el caso argentino, la Constitución Nacional garantiza el derecho de huelga a “los gremios”, y con la utilización de este término ambiguo también se dio pie para que se enfrentaran dos corrientes: una que interpreta aquel vocablo solo como sinónimo de sindicato (entidad jurídicamente admitida) y otra que lo entiende en sentido amplio, y que se refiere a cualquier colectivo o agrupación de trabajadores, sindicalmente organizados o no.

Existen pronunciamientos jurisprudenciales en ambos sentidos. Los que efectúan una interpretación restrictiva afirman que “es ilegal la huelga no de-

19. Este criterio predomina en el derecho anglosajón. En Gran Bretaña, por ejemplo, toda medida que no cuente con el respaldo de las *Trade Unions* es calificada como “huelga salvaje” (*wildcat strike*). También en Alemania Federal se ha considerado que aquellas huelgas “no oficiales”, o sea las que no han sido declaradas y conducidas por las organizaciones sindicales respectivas, merecen la calificación de “socialmente inadecuadas” y, por lo tanto, de ilegítimas, según el punto de vista sustentado por un conocido fallo del Tribunal Federal del Trabajo (BADE) del 28/1/1955. El derecho francés se ha incorporado parcialmente a esta corriente, a través de la ley del 31 de julio de 1963, por la cual se otorga el monopolio de la declaración y conducción de las huelgas en el sector público a los “sindicatos más representativos” a nivel nacional que correspondan, según la empresa, el organismo o el servicio público afectado por el conflicto. Diferente es el criterio respecto del sector privado.

clarada por un sindicato”²⁰ o que “no inviste el carácter de derecho gremial en los términos del artículo 14 bis CN, la huelga dispuesta sin intervención del sindicato que agrupa al personal respectivo”²¹ y, también que

el titular del derecho de huelga es el sindicato y debe ser declarada por la vía que establece el estatuto de la asociación profesional, lo cual no ocurre con las llamadas huelgas salvajes que se llevan a cabo por propia decisión de los trabajadores o dirigentes de bases, como los miembros de la comisión interna.²²

En sentido contrario, otras salas de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo han sostenido que

el derecho de huelga puede ser ejercido por un grupo de trabajadores no institucionalizado pues el artículo 14 bis de la Constitución Nacional al referirse a “gremios” lo ha hecho en tal sentido, sin establecer requisito alguno en cuanto a que los mismos pertenezcan a una organización profesional con personería gremial o simplemente inscripta²³

y la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires (SCBA), en igual sentido, afirmó que

de los debates en la Convención Constituyente de 1957 y de lo expuesto por el miembro informante de la comisión pertinente surge que el derecho de huelga puede ser ejercido por una pluralidad de trabajadores unidos por el hecho de pertenecer al mismo gremio, sin que su titularidad corresponda sólo al sindi-

20. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala II. 11/2/58. *Derecho del Trabajo*, 1958, 700; Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala III. 28/04/78. *Derecho del Trabajo*, 1978, 478.

21. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala II. 12/04/62. *Jurisprudencia Argentina*, 1962-IV, 168.

22. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VI. 12/09/79. *Derecho del Trabajo*, 1979-XXXIX, 1161.

23. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala IV. 31/05/77. *Derecho del Trabajo*, 1977-XXXVII, 791; *Trabajo y Seguridad Social*, 1978, 24.

cato o asociación profesional (conf. “Leiva, Horacio y otros c/ Swift Armour SA”, 6/7/84, DT 1984-B-1436).

Si bien el Comité de Libertad Sindical de la OIT ha establecido que no es incompatible con el Convenio N° 87 el hecho de reservar exclusivamente a las organizaciones sindicales el derecho de declarar la huelga,²⁴ y más allá de la conveniencia de que los conflictos colectivos se encaucen siempre a través del sindicato respectivo, considero que, en el caso argentino, no existen fundamentos jurídicos suficientes para excluir a “los gremios” (entendidos en sentido amplio) del derecho de declarar una huelga, máxime cuando no existe una reglamentación expresa que establezca un alcance diferente, y teniendo en cuenta que en lo que hace a las normas del derecho del trabajo, la interpretación, en caso de duda, debe efectuarse en el sentido más favorable al trabajador (conf. art. 9, LCT).

En este sentido, no habría óbice –por ejemplo– para que una “Comisión Interna”²⁵ pudiera adoptar una medida de fuerza, ello sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 43, inciso c, de la Ley N° 23551, que le exige a aquella autorización previa de la asociación sindical respectiva para el planteo de reclamos ante el empleador, requisito que, de soslayarse, solo podría generar responsabilidades disciplinarias de los miembros de la comisión interna frente al sindicato, pero no la ilegalidad de la huelga. Lo mismo con las seccionales locales pertenecientes a asociaciones o uniones de ámbito nacional.

Sin embargo, en el fallo dictado el 7 de junio de 2016 en la causa “Orellano, Francisco Daniel c/ Correo Oficial de la República Argentina S. A. s/ juicio sumarísimo”, con la firma de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco y Maqueda, la Corte Suprema resolvió que no son legítimas las medidas de fuerza promovidas por grupos informales, ya que el artículo 14 bis de la Constitución Nacional y las normas internacionales sobre derechos humanos solamente le reconocen el derecho de declarar una huelga a los sindicatos, es decir, a las organizaciones formales de trabajadores.

24. OIT. Comité de Libertad Sindical (1996), *op. cit.*, p. 112, párrs. 199-200 (Caso 851).

25. En el sistema sindical argentino.

El máximo tribunal destacó que el derecho de huelga fue incorporado al texto de la Constitución Nacional cuando la reforma de 1957 agregó el artículo 14 bis, en cuyo primer párrafo centró su atención en el “trabajador”, disponiendo que la ley debe asegurarle una serie de derechos, entre ellos, “la organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial”. Y a continuación su segundo párrafo estableció que “queda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga”. De modo que corresponde entender que los “gremios” mencionados en el segundo párrafo del artículo 14 bis como titulares del derecho de declarar una huelga no son otra cosa que aquellas entidades profesionales que surgen como fruto del despliegue del derecho a la “organización sindical libre y democrática”, reconocido a los trabajadores en el párrafo anterior, es decir, a las asociaciones sindicales a las que la Constitución habilita para el ejercicio de derechos colectivos cuando satisfacen el requisito de su “simple inscripción en un registro especial”.

La Corte Suprema señaló que el examen integral del texto de esta norma constitucional no permite otorgarle a la palabra “gremios” un alcance mayor al indicado que la haga comprensiva de cualquier grupo informal de trabajadores. El artículo 14 bis ha puesto especial énfasis en garantizar que las asociaciones profesionales destinadas a representar a los trabajadores en el ámbito de las relaciones colectivas se organicen con arreglo a los principios de libertad sindical y de democracia interna y, a tal efecto, les ha impuesto el requisito de la inscripción en un registro especial como medida de control del cumplimiento de tales directivas. Continúa diciendo que no resulta lógico admitir, por lo tanto que, a renglón seguido, la misma norma otorgue de modo indistinto la titularidad de los derechos más relevantes del ámbito de las relaciones colectivas (negociar convenios colectivos, acudir a la conciliación y al arbitraje cuando las negociaciones directas fracasan, y, en su caso, adoptar medidas de acción directa) tanto a las organizaciones que cumplen con todos esos recaudos como a simples grupos informales a los que no les exige satisfacer ninguno de ellos.

Finalmente se indicó que la interpretación de los textos constitucionales e internacionales en juego que se efectúa en este caso guarda coherencia con

fallos anteriores en materia de libertad sindical (casos “Asociación Trabajadores del Estado” y “Rossi”); de modo que la doctrina constitucional enunciada implica que, en lo que atañe al derecho de adoptar medidas de acción directa, los sindicatos no pueden ser discriminados en razón de su grado de representatividad. Es decir, que tienen derecho a declarar una huelga tanto los sindicatos que gozan de la personería gremial como las asociaciones sindicales simplemente inscriptas, dejando fuera del reconocimiento constitucional a comisiones internas, seccionales o grupos no institucionalizados de trabajadores que decidieran colectivamente realizar una huelga.

1.3. Los fines de la huelga

Entendiendo a la huelga como toda omisión, reducción o alteración colectiva del trabajo, con una finalidad de reclamo o protesta (o con cualquier otra definición “amplia”), podemos advertir que no constituye una finalidad en sí misma, sino un medio para concretar determinados fines.

Como ya señalara, diversos autores han sostenido que las reclamaciones de índole laboral son las únicas que deben actuar como determinantes de la huelga para que esa medida de acción directa pueda considerarse como un ejercicio lícito del derecho constitucional de que se trata, dado que otra finalidad extraña a las relaciones del trabajo desplazaría el análisis y enfoque de la huelga hacia otro planteo ajeno. De esta forma, se pretende excluir del derecho de huelga las manifestaciones del conflicto que tengan por fin exclusivamente demostrar solidaridad o apoyo a un tercero o cuando se sostenga en motivos políticos o con cualquier otra finalidad ajena al interés profesional de los trabajadores afectados (no profesionales). Además, en algunos ordenamientos también se excluye de la protección a las llamadas “huelgas novatorias” (aquellas que tengan por finalidad alterar, dentro de su período de vigencia, lo pactado en un convenio colectivo).²⁶

26. En el caso argentino, este tipo de restricción no ha sido consagrada normativamente ni ha tenido cabida en la jurisprudencia que reiteradamente ha sostenido que “las asociaciones profesionales pueden por medio de la lucha sindical obtener una revisión anticipada de los convenios colectivos, pero esa sola circunstancia no implica que las medidas de fuerza

Con relación a las huelgas políticas, la Organización Internacional del Trabajo ha señalado con claridad que

los intereses profesionales y económicos que los trabajadores defienden mediante el derecho de huelga abarcan no sólo la obtención de mejores condiciones de trabajo o las reivindicaciones colectivas de orden profesional, sino que engloban también la búsqueda de soluciones a las cuestiones de política económica y social y a los problemas que se plantean en la empresa y que interesan directamente a los trabajadores²⁷

y que “si bien las huelgas de naturaleza puramente política no están cubiertas por los principios de la libertad sindical, los sindicatos deberían poder organizar huelgas de protesta, en particular para ejercer una crítica contra la política económica y social del gobierno”²⁸

También respecto de las huelgas de solidaridad se ha pronunciado el Comité de Libertad Sindical de la OIT indicando que “una prohibición general de las huelgas de solidaridad podría ser abusiva y los trabajadores deberían poder recurrir a tales acciones a condición de que sea legal la huelga inicial que apoyen”²⁹.

No se puede soslayar que en la realidad económica actual, en los procesos monopólicos y en lo que en su momento fue una gran participación del Estado en el mercado la huelga fue adquiriendo una mayor amplitud. Por ende, puede sostenerse que la huelga puede o no tener fines exclusivamente surgidos del contrato de trabajo o más extensamente de las convenciones colectivas.

En definitiva, la huelga no es otra cosa que un medio de lucha de los trabajadores para concretar un régimen de mayor justicia social. Por consiguiente, los fines de la huelga se amplían considerablemente, no quedando reducidos solo a aspectos netamente gremiales, abarcando otros que si bien pueden o no

puedan ser calificadas de ilegítimas” (conf. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala II. 27/10/72. *Legislación del Trabajo*, XXI, 249.

27. OIT. Comité de Libertad Sindical (1996), *op. cit.*, p. 112, párr. 479.

28. OIT. Comité de Libertad Sindical (1996), *op. cit.*, párr. 882.

29. OIT. Comité de Libertad Sindical (1996), *op. cit.*, párr. 486.

atañer a la actividad de que se trate de manera inmediata, repercuten o pueden repercutir indirectamente en las relaciones laborales o en el seno de una sociedad. Ello tiene directa relación con los artículos 2 y 3 de la ley argentina de asociaciones sindicales, que establecen que los intereses de los trabajadores son todo aquello que se relacione con sus condiciones de vida y de trabajo. Entonces, la huelga puede estar dirigida a la consecución de aquellos fines que se fijen los trabajadores, no solamente como tales, sino también como personas.

Esta postura nos lleva a coincidir con el ex ministro de la Corte Suprema de Justicia de Argentina, Guillermo López,³⁰ en cuanto afirma que

resulta indiscutible la intención de los constituyentes de 1957 en el sentido que el derecho de huelga, reconocido por el artículo 14 bis, comprende también las llamadas huelgas de solidaridad, en los supuestos de que existe un interés profesional mediato indirecto.

Así lo expresó también el convencional Bravo, miembro informante de la comisión que produjo el despacho pertinente, quien sostuvo que

no puede negarse que en estas últimas (las huelgas de solidaridad) existe un interés, si bien no profesional, sí mediato e indirecto y por lo tanto los trabajadores argentinos deben tener [...] el derecho de reclamar la huelga en solidaridad con sus hermanos que también luchan.³¹

En conclusión, considero que, tal como lo afirma el Comité de Libertad Sindical de la OIT, “la prohibición de toda huelga no vinculada a un conflicto colectivo en el que sean parte los trabajadores o el sindicato, está en contradicción con los principios de la libertad sindical”.³²

30. López, G. (2000). *Derecho de las asociaciones sindicales: ley 23.551 y su reglamentación*. Buenos Aires: La Ley, p. 11.

31. Diario de Sesiones de la Honorable Convención Constituyente, p. 1228; Ramírez Gronda, J. (1966). Los conflictos de trabajo y el derecho de huelga. *Legislación del Trabajo*, XIV, 320.

32. OIT. Comité de Libertad Sindical (1996), *op. cit.*, párr. 489.

2. La reducción de la dinámica de la huelga a un procedimiento formalizado

La exigencia del cumplimiento de un obligatorio y farragoso procedimiento previo a la efectivización de las medidas de fuerza como requisito de la “licitud” de esas acciones –en mayor o menor medida, según los países y las épocas–, es otro de los mecanismos habituales a través de los cuales se limita el ejercicio del derecho de huelga.

De esta forma, no solo se colocan fuera de la protección jurídica a las manifestaciones de protesta que no se ajusten a ese procedimiento sino que, fundamentalmente, se busca (y se suele lograr) quitarle fuerza a la medida (de fuerza), pues, por un lado, se evita el “factor sorpresa” y de esa forma se permite adoptar medidas para atenuar el impacto de la huelga, y por otro, se despoja al sindicato del manejo de los tiempos o ritmos de la protesta y se ubica a la medida bajo el atento control del aparato jurídico estatal.

En caso de que el sindicato (o los huelguistas, según el caso) no se ajusten al procedimiento establecido, cumpliendo estrictamente todos y cada uno de los pasos previos exigidos, el ordenamiento jurídico les tiene reservada, nuevamente, la calificación de “ilicitud” con todas las consecuencias y sanciones que de ella se derivan, tanto en el plano colectivo (quite de personería, etc.) como individual (pérdida del salario, despidos, etc.).

Sobre este aspecto, el Comité de Libertad Sindical tuvo ocasión de expedirse en numerosos casos, proponiendo límites expresos a esta forma de limitación del ejercicio del derecho de huelga.

Así, ha sostenido que “las condiciones requeridas por la legislación para que la huelga se considere un acto lícito deben ser razonables y, en todo caso, no de tal naturaleza que constituyan una limitación importante a las posibilidades de acción de las organizaciones sindicales”;³³ y que “los procedimientos

33. OIT. Comité de Libertad Sindical (1985). *La libertad Sindical*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, párr. 377.

legales para declarar una huelga no deberían ser complicados al punto de que en la práctica resulte imposible una huelga legal”³⁴

Las formas de instrumentar esta limitación a la que hacemos referencia son muy variadas. Van desde la imposición de estrictos procedimientos internos para la adopción “lícita” de la decisión de acudir a la huelga, pasando por el anoticiamiento de esa decisión, hasta la obligatoriedad de someterse a instancias previas de conciliación antes de ejecutar aquella decisión de manifestar el conflicto a través de una concreta medida de fuerza.

En lo que hace a los mecanismos de toma de decisión, es común la exigencia de que se cumpla con una votación previa de los afiliados, o de los órganos directivos o de los “comités de huelga”, incluso con quórum o mayorías especiales que, so pretexto de una defensa de las “esencias democráticas” del sindicato, solo dificultan y entorpecen la adopción de una concreta medida de acción directa.

Este tipo de restricciones ha sido condenada por el Comité de Libertad Sindical de la OIT,³⁵ que se ha expedido afirmando que

en lo que se refiere a la mayoría exigida por una legislación para la declaración de una huelga legal (dos tercios de votos de la totalidad de los miembros de la organización o sección), condición que, en caso de no ser cumplida, puede acarrear una sanción por parte de las autoridades administrativas e inclusive la disolución del sindicato, el Comité recordó las conclusiones de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, en el sentido de que la disposición legal aludida constituye una intervención que tiende a limitar los derechos de estas organizaciones contra lo dispuesto en el artículo 3 del Convenio 87.³⁶

Con posterioridad, el Comité profundizó este principio indicando que “la existencia de la decisión de más de la mitad de todos los trabajadores concer-

34. OIT. Comité de Libertad Sindical (1996), *op. cit.*, p. 115, párr. 89 (Caso N° 1566).

35. También el Tribunal Constitucional español, en su sentencia 11/1981 de 08/04/1981, declaró inconstitucionales una serie de exigencias cuantitativas que, a juicio del tribunal, significaban una limitación del ejercicio del derecho de huelga.

36. OIT. Comité de Libertad Sindical (1996), *op. cit.*, p. 116, párr. 506.

nidos para declarar una huelga es demasiado elevada y podría dificultar excesivamente la posibilidad de efectuar la huelga, sobre todo en grandes empresas³⁷.

Otra forma, más común y con mayor aceptación normativa, es la de imponer la obligación de otorgar un preaviso a la otra parte y/o al Estado antes de adoptar una medida de acción directa.

Sobre este tópico el comité se expidió sin formular mayores objeciones. Por el contrario, sostuvo que “la obligación de dar un preaviso al empleador o a su organización antes de declarar una huelga puede ser considerada como admisible”, e incluso que “el requisito de un preaviso de 20 días no atenta contra los principios de la libertad sindical en los servicios de interés social o público”, es más, que

la exigencia legal de un período de reflexión de 40 días antes de la declaración de una huelga en un servicio esencial, no es contraria a los principios de la libertad sindical. Esta cláusula de contemporización puede permitir a ambas partes entablar nuevas negociaciones y, eventualmente, llegar a un acuerdo sin tener que recurrir a la huelga.³⁸

Finalmente, también son comunes en los ordenamientos jurídicos las normas que obligan a los sindicatos a someterse, antes de efectivizar la medida de fuerza, a un procedimiento de conciliación, pudiéndoseles imponer, incluso, que retrotraigan la situación al estado de cosas existente con anterioridad al acto o hecho que hubiere determinado el conflicto. Estas normas no han merecido observación alguna por parte de la Organización Internacional del Trabajo ni de ninguno de sus órganos.

37. OIT. Comité de Libertad Sindical (1996), *op. cit.*, párr. 507.

38. OIT. Comité de Libertad Sindical (1996), *op. cit.*, párrs. 502, 504 y 505.

3. La reducción cuantitativa de la huelga típica a través de la imposición de servicios mínimos

De las diversas técnicas de regulación, la imposición de un mínimo de actividad durante la huelga es el mecanismo más frecuente y uno de los que de forma más directa restringe el ejercicio del derecho de huelga.

Para el Comité de Libertad Sindical de la OIT, el empleo de estos mecanismos requiere que se cumplan una serie de condiciones: en primer lugar, se subraya que el ámbito al que ha de limitarse esta actuación gubernamental debe restringirse a aquellos servicios cuya interrupción pondría en peligro, para toda o una parte de la población, la vida, la salud o la seguridad de las personas, y en aquellos servicios no esenciales en el sentido estricto del término en los que huelgas de una cierta extensión y duración podrían provocar una situación de crisis nacional aguda tal que las condiciones normales de existencia de la población podrían estar en peligro.³⁹

Estos servicios de mantenimiento y seguridad durante la huelga, en cuanto constituyen un límite al derecho fundamental, solo están justificados si se prestan a un nivel mínimo (si son marginales, en el sentido a que alude la Sentencia del Tribunal Central del Trabajo (STCT) español del 3 de junio de 1985, ar. 4352), de suerte que han de resultar objetivamente necesarios e implicar al menor número de trabajadores posible,⁴⁰ situación que no se compadece con la concreta regulación que en definitiva consagran los poderes públicos que terminan, en muchos casos, imponiendo servicios que nada tienen de “mínimos”, como ocurrió con la reglamentación del Decreto N° 2184/91 que implementó por primera vez en nuestro país la imposición de servicios mínimos en actividades consideradas esenciales para la comunidad.

39. OIT. Comité de Libertad Sindical (1996), *op. cit.*, párr. 556.

40. Conf. González Biedma, E. (1990). Los servicios de seguridad y mantenimiento en la empresa durante la huelga (I). *RL*, 9 y 10, 27 y Baylos Grau, A. (1988). *Derecho de huelga y servicios esenciales*. Madrid: Tecnos, p. 207.

4. El reconocimiento de primacía a la capacidad productiva y la dimensión organizativa de la empresa por sobre la función y eficacia del derecho de huelga

Como lo advierte Baylos, existe otra limitación importante que se lleva adelante en el terreno de lo ideológico. Se trata de una fuerte corriente de opinión que sustenta una subversión del orden de prelación de los valores en juego, otorgándole importancia prioritaria al mantenimiento de la empresa por sobre la protección de la situación del trabajador.

El sujeto a tutelar deja de ser el trabajador y pasa a ser “la fuente de trabajo”, eufemismo que significa defender a la empresa o, dicho con más crudeza, defender al capital.

Esta lucha ideológica que se presenta en el campo de la consagración normativa de la regulación de la huelga ha sido precedida por una planificada campaña a través de los medios masivos de comunicación (y de sus comunicadores sociales), para incorporar esta nueva concepción en la opinión pública.

Luego de ello, casi toda la regulación actual en materia de derecho del trabajo se encuentra impregnada de este avance ideológico y, como no podía ser de otra forma, también se encuentra presente en las normas que reglamentan el derecho de huelga y en la jurisprudencia que ha tenido oportunidad de fijarse sobre este tópico.

Así, se ha establecido, por ejemplo, que la huelga no puede nunca producir una desorganización superior a la “razonable”; que “la perturbación del proceso productivo no puede desencadenar un efecto multiplicador en la desorganización de los elementos de la empresa y de su capacidad productiva que solo puede ser superada mucho tiempo después de que la huelga haya cesado”, como lo ha señalado el Tribunal Constitucional español en la ya tantas veces citada sentencia del 8 de abril de 1981.

5. La utilización de la figura del “abuso del derecho” y de la “conmutatividad de los sacrificios”

Ya señalamos que la base de este mecanismo de autotutela es el reconocimiento del derecho a producir un daño a otro con el objetivo de modificar una situación determinada. Entonces, otra forma de limitar los alcances de estos instrumentos de autotutela ha estado dirigida hacia la limitación o restricción del daño que se considera lícito, excluyendo de la licitud a las medidas de acción directa que produzcan un daño mayor que el que fijen los límites “tolerables” por el ordenamiento jurídico.

Según las tesis restrictivas del derecho de huelga (expresadas con claridad, por ejemplo, en la jurisprudencia italiana),⁴¹ para que la huelga pueda ser considerada legítima, el daño sufrido por el empresario a causa de la abstención del trabajo debe corresponder, en relación de sinalagmaticidad, con la pérdida de retribución del trabajador, es decir, que no debe ser superior de lo que normalmente se deriva de la simple y pura abstención del trabajo.

También la jurisprudencia española, a partir de la sentencia del TC 11/1981, de 8 de abril, determinó que “el derecho de huelga puede conducir a abusos al elegir determinadas modalidades; ello es así porque la huelga ‘exige una proporcionalidad y unos sacrificios mutuos’”. Así, para el TC, las modalidades de huelga enunciadas en el artículo 7.2 del Real Decreto-Ley de Relaciones del Trabajo (RDRLT) (huelgas rotatorias, las efectuadas por los trabajadores que presten servicios en sectores estratégicos con la finalidad de interrumpir el proceso productivo, las de celo o reglamento y, en general, cualquier forma de alteración colectiva en el régimen de trabajo distinta a la huelga) gozan de la presunción *iuris tantum* de ilícitas o abusivas, desplazándose sobre los huelguistas la carga de probar que el ejercicio del derecho de huelga no ha supuesto un abuso.

Esta tesis restrictiva ha sido criticada con sólidos argumentos. Por un lado porque, si la huelga presupone una voluntad de infringir un daño y si tal vo-

41. Sentencia N° 584 del Tribunal de Casación, dictada el 04/03/52.

luntad ha sido legitimada por el ordenamiento jurídico y por la Constitución, no se puede reprochar a quien haga uso de ese medio el no haber procurado que su acción –que es una acción de lucha– sea lo más eficaz posible.⁴² También se ha afirmado que la teoría de la “conmutatividad de sacrificios” es inaceptable porque representa una operación interpretativa dirigida a despotenciar el arma de lucha que la huelga supone, constriñéndola en forma antinatural dentro de la lógica de las relaciones privadas, basándose en un elemento (el daño) que en su dimensión cuantitativa no tiene ningún punto de referencia formal para que se lo pueda considerar trascendente en el proceso de definición de la institución.⁴³ Incluso en contra del criterio expuesto más arriba, se ha pronunciado también un sector de la jurisprudencia italiana, que ha iniciado un proceso de revisión de la doctrina de la “conmutatividad del daño”. Así, la sentencia de Casación N° 7111 del 30 de enero de 1980 ha sostenido que la entidad del perjuicio provocado por la huelga es un elemento extraño a su individualización como tal, en la medida en que este perjuicio se vincule con el derecho de abstención de la prestación del trabajo.

Por otro lado, la teoría del abuso del derecho no es aplicable a estos casos, teniendo en cuenta estrictamente los términos en los que está concebida en los códigos civiles de los distintos países. Para que una conducta pueda considerarse abusiva, para que el ejercicio de un derecho pueda ser encuadrado dentro de la figura del “abuso del derecho”, se requiere que exista en el titular una finalidad distinta de aquella para la cual fue concebido el derecho en cuestión. Así, la doctrina civilista utiliza como ejemplo paradigmático de un caso de abuso del derecho el levantar una falsa chimenea con la única finalidad de quitar luz al vecino. De la misma forma, solo podría considerarse abusiva aquella huelga que únicamente se lleve a cabo para dañar y no como medio de presión para una determinada reivindicación. Entonces, si la huelga está dirigida hacia los fines para los cuales fue consagrada dentro del ordenamiento jurídico, no puede considerarse abusiva por mayor que fuera el daño ocasionado al sector empleador y, en el mismo sentido, una huelga que

42. Álvarez, E. (1998), *op. cit.*, p. 570.

43. Giugni, G., citado por Álvarez, E. (1998), *op. cit.*, p. 570.

se declara con el solo fin de dañar, la responsabilidad del sindicato cobraría operatividad con independencia de la gravedad del daño ocasionado.

En definitiva, y para cerrar esta segunda parte del trabajo, solo resta resaltar una vez más que toda esta descripción de las técnicas de regulación del derecho de huelga como forma de limitar su ejercicio, pone en evidencia la contradicción existente entre la huelga y el derecho, y la lucha de este por apoderarse de ella y desactivarla. Y el contenido de las reglamentaciones enseña que no ha sido del todo ineficaz en ese camino. La huelga, esencialmente de origen autónomo, como hecho preestatal y extranormativo va siendo re-apropiada por el ordenamiento jurídico estatal que consigue, de esta forma, debilitar el poder de la huelga y desvirtuar la función que tuvo históricamente.

Sin embargo, como señala Martínez García,

afortunadamente algo de la huelga vivirá siempre fuera del derecho, recordándole al jurista su fragilidad y su impotencia. La huelga sabe elegir los bordes, las zonas de peligro. Se resistirá a caer en el centro de las normas y buscará los márgenes. La historia de la huelga es experiencia de límites, de lo que no entra en los cálculos,

puesto que “para desesperación de juristas, y fortuna de tantos otros, hacer huelga no puede ser como hacer un negocio jurídico”.⁴⁴

Cabe poner de resalto al final de este capítulo que, a contrapelo de toda esta reglamentación, creo en la autorregulación del ejercicio del derecho de huelga, tal como se ha practicado pacíficamente en nuestro país por un movimiento obrero caracterizado por no incurrir en huelgas salvajes, por no dejar hospitales sin guardias ni calderas sin operarios, ni a la población sin energía eléctrica. Es decir, un movimiento obrero que demostró su responsabilidad en el ejercicio del derecho constitucional.

44. Martínez García, J. I. (1997). Prólogo. En M. O. Sánchez Martínez. *La huelga ante el derecho: conflictos, valores y normas*. Madrid: Dykinson.

Capítulo 4

Clasificación de los conflictos

1. Conflictos individuales y colectivos

Entre las distintas clasificaciones en las que podemos agrupar a los conflictos se encuentra la relacionada con el sujeto, que se manifiesta en conflictos individuales o colectivos según quiénes sean sus protagonistas. Dicha distinción tiene relevancia jurídica, debido a que distinto será el derecho material que lo rija y diversos los órganos y procedimientos previstos normativamente para su solución según el tipo de conflicto del que se trate.¹

Se considera controversia *individual* a la que tiene al trabajador individualmente considerado o un grupo de dependientes individualmente considerados (pluriindividual), en contraposición a los intereses de un empleador. Lo que caracteriza a estas controversias es el carácter individual de la pretensión. Si bien puede darse el caso de un conflicto pluriindividual, allí lo que existe es un reclamo por intereses concretos que abarcan las pretensiones de un grupo de trabajadores cuyo objetivo es cambiar un estatus personal. Supone la existencia de un contrato o de una relación de trabajo, como lo definen los artículos 21 y 22 de la Ley de Contrato de Trabajo (LCT), que vincula a una persona física con un empleador. En este caso, cuando la controversia no es solucionada por acuerdo entre las partes, deberá ser dirimida en la Justicia del Trabajo. Al respecto el artículo 20 de la Ley N° 18345 (t.o. N° 24635), de organización

1. Etala, C. A. (2007). *Derecho colectivo del trabajo*. Buenos Aires: Astrea, p. 374.

y procedimiento de la Justicia Nacional del Trabajo de la Capital Federal determina que: “Serán de competencia de la Justicia Nacional del Trabajo, en general, las causas contenciosas en conflictos individuales de derecho”.

Por el contrario, se identifica al conflicto *colectivo* como aquel que se proyecta sobre intereses de una categoría profesional abstracta. Como señala Krotoschin, se juegan en el conflicto “intereses de una profesión, categoría o multitud de trabajadores como conjunto” expresada “por el número de participantes a los cuales, sin embargo, no se considera como una simple aglomeración de individuos sino como un grupo, con intereses que afectan al grupo como tal”.²

Es decir que no basta con una suma de conflictos individuales de trabajo pues es necesario el elemento cualitativo representado por la existencia de un interés colectivo que expresa un interés sustancialmente distinto al individual, referido a los trabajadores como gremio. Se proyecta sobre los intereses de una categoría profesional en abstracto y en él suelen participar organizaciones de trabajadores o empleadores o coaliciones “ad hoc”.

El elemento colectivo en la parte trabajadora es esencial al momento de identificar este tipo de conflictos, pero respecto a la parte empresaria puede darse en forma individual o colectivamente. Ello por cuanto el Convenio N° 87 de la OIT protege el derecho a sindicación de ambos grupos, con lo cual nada impediría que actúen en forma de agrupación o coalición. Sin embargo, dicha característica en la parte empleadora no resulta ser necesaria al momento de identificar este tipo de conflictos, ya que como señalaba Kahn-Freund “cualquier unidad empresarial es por definición una unidad colectiva”.

Para identificar este tipo de conflictos es menester señalar lo dicho por el profesor español Carlos Palomeque López, quien afirmó la posibilidad de que la definición de conflictos colectivos pueda reducirse a una “tensión” concreta entre trabajadores y empleadores en el seno de las relaciones de trabajo con la presencia de un doble elemento: la pluralidad de sujetos, como matiz cuantitativo, y el interés colectivo abstracto, como matiz cualitativo. Asimismo, admite la utilidad de una diferenciación que se base en el motivo de la disputa

2. Krotoschin, E. (1979). *Tratado práctico de derecho del trabajo: volumen II*. Buenos Aires: Depalma, p. 118.

y califica de “jurídicos” a los que se refieran a la interpretación y aplicación normativa, y “económicos” a los que tengan por finalidad la creación o modificación de una norma para obtener un beneficio mayor.³

Dicha diferenciación expuesta por el Dr. Palomeque nos adentra en la próxima clasificación también denominada conflictos de derecho y de interés que a continuación desarrollaremos.

2. Conflictos de derecho (jurídicos) y de interés (económicos)

Como señalamos, los conflictos también pueden ser clasificados como de derecho (jurídicos) o de interés (económicos).⁴ Se configura el *conflicto de derecho* cuando las partes discuten el cumplimiento, alcance o interpretación de una norma, principio o criterio jurídico preexistente. Es lo que la doctrina alemana denomina “conflicto de acatamiento”.⁵ La solución de este tipo de controversias se encuentra, en líneas generales, en los organismos jurisdiccionales del derecho en el esquema procesal, más allá de las variables posibles de autocomposición.

Distinto es el caso de los denominados *conflictos de interés*, los cuales se identifican con la pretensión de las partes de modificar un ordenamiento preexistente, de reivindicar o crear una nueva fuente de derecho. En nuestra materia se relaciona generalmente con el intento de modificar, desde el poder sectorial, las condiciones de trabajo. Su objetivo es alcanzar una mejora laboral, por ello en estas controversias lo colectivo adquiere relevancia y tiene a la huelga como arma natural de presión reivindicatoria. En estos casos, la discusión no transita por carriles normativos; es por ello que se ha sostenido que el poder administrativo es el ámbito para encauzarlas.⁶

3. Palomeque López, M. C. (1989). *Derecho sindical español*. Madrid: Tecnos, pp. 210-211.

4. Tissebaum, M. R. (1941). Las contiendas de trabajo y el régimen jurídico para su solución. En M. R. Tissebaum et al. *Tribunales del Trabajo*. Santa Fe: Universidad Nacional de Santa Fe.

5. Krotoschin, E. (1948). *Instituciones de derecho del trabajo*. Buenos Aires: Depalma; Krotoschin, E. (1981). *Tratado práctico de derecho del trabajo*. Buenos Aires: Depalma.

6. Simón, J. C. (2012). *Tratado de derecho colectivo del trabajo*. Buenos Aires: La Ley, p. 436.

Ahora bien, pueden existir conflictos individuales de derecho o de interés y conflictos colectivos de derecho o de interés. Los conflictos individuales de derecho, son aquellos que se resuelven por medio de la Justicia Laboral y los conflictos individuales de interés son irrelevantes en el campo jurídico ya que se traducen en aspiraciones personales de alguna de las partes, se concretarán en un derecho solo si hay aceptación de la otra parte, por lo cual no existe un ordenamiento para solucionar este tipo de conflictos.⁷ Ejemplo de ello puede ser el reclamo de un trabajador que solicita un aumento a su empleador, cuando la remuneración que percibe es acorde a lo normado por el salario básico y la convención colectiva de la actividad.

3. Conflictos intersindicales e intrasindicales

Esta clasificación surge luego del reconocimiento legal de las asociaciones sindicales, y se identifica con los conflictos suscitados en el seno del movimiento obrero.

Los llamados *conflictos intersindicales* son aquellos que enfrentan a dos o más asociaciones. Los más habituales son los conflictos por disputa de personería gremial o las cuestiones de encuadramiento sindical. Como ya se vio en capítulos precedentes, para cada uno de dichos conflictos la normativa dispone los procedimientos de solución y la autoridad competente para dirimirlos.

Un ejemplo típico de este tipo de altercados es el ya estudiado encuadramiento sindical, al cual el Fiscal General Eduardo O. Álvarez definió como

un conflicto de derecho entre dos o más asociaciones, que gira en torno de la capacidad que emana de sus respectivas personerías, concerniente a la representación de determinado grupo de trabajadores que debe ser resuelto cotejando las decisiones administrativas que las conceden, en relación con la actividad, tarea o la categoría que se lleva a cabo en determinado establecimiento.⁸

7. AA. VV. (1967). *Anales del Tercer Congreso Nacional del Trabajo y de la Seguridad Social*. La Plata: Universidad Nacional de La Plata, pp. 47-48.

8. Álvarez, E. (2012). *Tratado de derecho colectivo: tomo I*. Buenos Aires: La Ley, p. 733 y, entre otros, Dictamen N° 11.421 del 28/09/1990: “Zubdesa SACI s/ Encuadramiento Sindical”;

Como se puede observar, su nota característica es la disputa que se origina entre dos o más asociaciones, más allá de sus restantes particularidades como ser de derecho y colectivo (clasificaciones vistas precedentemente), lo que lo identifica como conflicto intersindical son sus actores.

A ellos se suman los *conflictos intrasindicales*, que son aquellos que se generan en el seno de una misma organización y pueden darse, por ejemplo, entre grupos que se encuentran en pugna dentro de la misma organización, o por un afiliado o grupos de afiliados que han sido suspendidos o separados de la asociación sindical o de su órgano directivo, etc. La solución a este tipo de controversias se puede encontrar en los estatutos sociales, en la ley de asociaciones sindicales, así como en los principios jurisprudenciales que rigen en materia de disputas asociativas.⁹

Dictamen N° 48.777 del 20/08/2009: “Unión de Trabajadores Hoteleros Gastronómicos de la República Argentina U.T.H.G.R.A c/ Supermercados California s/ Ley Asociaciones Sindicales”, etc.

9. Vázquez Vialard, A. (1966). Conflictos inter e intrasindicales. *Derecho del Trabajo*, 1966, 163.

Capítulo 5

Modalidades de huelga

Existen diversas formas de ejercer este derecho constitucional y la elección sobre cuál de ellas elegir varía según el objetivo de los trabajadores, las condiciones en las cuales trabajan, el tipo de trabajo que se realice, así como de la diversidad de situaciones conflictivas o de tensiones sociales que existan. Al solo efecto ejemplificativo se enunciarán una serie de modalidades que usualmente se advierten en la práctica sindical.

A continuación expondremos algunas variantes, distinguiendo aquellas en las cuales la huelga se realiza con cesación de trabajo, de aquellas otras formas de expresión del conflicto sin cesar la prestación laboral.

1. Modalidades con cesación del trabajo

1. Huelga general: implica la abstención de tareas del total de trabajadores, ya sea porque involucra a todos los trabajadores de un sector, de una localidad o de una provincia o de todo el país. El reclamo excede a los trabajadores de una sola empresa y se suelen entremezclar fines políticos y económicos.

2. Huelga indefinida o huelga por tiempo indeterminado: es aquella que no establece una fecha final de la huelga y que se supedita al cumplimiento de los objetivos por los cuales se realizó.

3. Huelga por tiempo determinado: como su nombre lo indica, este tipo de huelga tiene una fecha de finalización establecida antes de su comienzo.

4. Huelga parcial: es aquella en la cual solo se suspende la prestación de tareas durante una parte de la jornada. Algunas horas, al inicio, durante la jornada o al final.

5. Huelga turnante, rotativa o articulada: son huelgas que afectan todas las actividades del establecimiento pero de manera encadenada, porque, a diferencia de otras modalidades, se realiza por etapas sucesivas, es decir, la acción se realiza en diferentes momentos en cada sección o sector pero de forma continua. De esta forma, con medidas parciales se logra afectar la totalidad del proceso productivo durante más tiempo.

6. Huelga neurálgica o de sectores estratégicos: es aquella en la cual la ejecución de la medida es realizada por un trabajador o varios, que ocupan una posición fundamental en toda la producción de la labor, provocando la paralización forzosa de gran parte o de la totalidad de la actividad.

7. Huelga intermitente: esta modalidad se realiza durante la jornada laboral y se ejecuta en diferentes momentos de forma no continuada, es decir, se alterna el cese de tareas con el cumplimiento de estas.

8. Huelga de brazos caídos o huelga blanca: es aquella que se realiza *dentro* del establecimiento laboral, *sin* trabajar. Este tipo de huelga puede llevarse a cabo durante toda la jornada laboral o parte de ella.

2. Modalidades sin cesación del trabajo

1. Huelga relámpago, de advertencia, simbólica, de demostración: tiene como objetivo visibilizar el conflicto, realizando paros cortos (de media hora, por ejemplo) durante toda la jornada laboral.

2. Huelga de bajo rendimiento, de trabajo lento: es lo que conocemos como “trabajo a desgano” y si bien no implica dejar de trabajar, la lentitud con la cual se realiza, implica una abrupta disminución del trabajo.

3. Huelga de celo, a reglamento o a código: el más frecuente y conocido es el “trabajo a reglamento”, mediante la cual los trabajadores cumplen de manera extremadamente estricta el reglamento al cual están sometidas sus labores. Trabajar de esta forma implica lentitud en el desarrollo del trabajo. Es muy común esta modalidad en el transporte de pasajeros.

4. Huelga de “no colaboración”: Esta medida de fuerza, similar a la “huelga a reglamento”, consiste en suprimir las prestaciones que se encuentran excluidas de las debidas contractualmente. Un ejemplo típico de esta medida es la negativa de los trabajadores a realizar horas extras. En el derecho italiano, se entiende a la omisión de estas prestaciones como un incumplimiento contractual en el caso en el que fueran usualmente realizadas. A entender del reconocido autor italiano Gino Giugni, el contenido de la prestación comprometida tiene frecuentemente contornos indefinidos y elásticos, por lo que, en la práctica, resulta difícil distinguir entre la no colaboración legítima y la ilegítima y acaba por ser imperceptible también la diferencia entre esta última medida de acción directa y la disminución deliberada de la producción.

5. Huelga activa o al revés, a la japonesa, de trabajo arbitrario: este tipo de modalidad implica trabajar más de lo debido, provocando un aumento de la producción que luego no puede ser colocado en el mercado generando un daño al empresario, ya sea por los costos de almacenamiento o por la caída del precio de la mercadería en abundancia.

3. Otras medidas legítimas de acción sindical

3.1. Piquete

Aunque es conocido como una medida autónoma, el piquete nació como medida complementaria del ejercicio de la huelga. En él, los trabajadores se asientan en las cercanías del establecimiento donde llevan adelante la medida con el fin de informar al resto de los trabajadores sobre ella y persuadirlos para que adhieran a la medida y no ingresen al establecimiento.

Sobre esta cuestión, el Comité de Libertad Sindical de la OIT ha considerado como acción legítima el hecho de participar de un piquete e incitar abierta, pero pacíficamente, a los demás trabajadores a no ocupar sus puestos de trabajo. Ahora bien, distinto es el caso en el que esta medida se vea acompañada de violencia o intimidación a quienes deciden no participar de ella.

En la actualidad se ha ampliado el significado de este término, haciéndose extensible a ciertas manifestaciones de protesta social que exceden el recla-

mo por reivindicaciones laborales de un conjunto de trabajadores y que se encuentran dirigidos usualmente a las autoridades del Estado. Estas expresiones, que generalmente se exteriorizan en cortes de calles, caminos o rutas, si bien no podrían encuadrarse en la protección que conlleva el derecho a huelga ya que no serían llevadas adelante por los sujetos que legitima nuestra Constitución Nacional, se encontrarían resguardadas en el derecho constitucional de expresarse libremente.

3.2. Boicot

Puede considerarse boicot a la medida de acción directa tendiente a lograr que los trabajadores y la población en general no adquieran o utilicen los productos o servicios del empleador a quien buscan afectar los organizadores de la medida. El boicot también puede extenderse a quienes mantengan relaciones comerciales con el empleador en conflicto.

Con respecto a esta medida, el Comité de Libertad Sindical de la OIT ha entendido que la prohibición del boicot no representaría necesariamente una violación de los derechos sindicales en los casos en que afecte a miembros de sindicatos que no estén en conflicto con el empleador a quien se le dirige la medida.

Si bien este término encuentra su origen en Irlanda a mediados del siglo XIX,¹ su práctica data, por lo menos, de principios de dicho siglo.

3.3. Sabotaje

Los actos por los cuales los trabajadores buscan obstruir o a veces dañar, en forma deliberada, la producción, la maquinaria o los productos del empleador como medida de protesta es considerada sabotaje.

1. Charles Boycott fue el administrador de las fincas de un terrateniente irlandés que, ante la negativa a rebajar los arrendamientos, se vio perjudicado por el hecho de que tanto trabajadores como proveedores le negaban toda prestación, a tal punto que no tuvo otra alternativa que huir hacia Inglaterra tiempo después de iniciada la medida.

Este término encuentra su origen en la palabra francesa “sabotage” (fabricar zapatos), que, a su vez, deriva de “sabot”, que significa zueco.

En los tiempos de la revolución industrial, los trabajadores utilizaban sus zuecos para obstruir el engranaje de las máquinas que veían como la razón de la pérdida de empleo.

3.4. Ocupación del establecimiento

La ocupación del establecimiento donde se prestan servicios suele adoptarse como medida extrema y muchas veces vinculada como respuesta a políticas de vaciamiento empresarial. Esta actitud de los trabajadores no puede considerarse como usurpación en tanto no esté pensada para desposeer al propietario de su inmueble. En efecto, a pesar de que muchas veces se busca perseguir este tipo de protesta a través de la legislación penal, no podría ser encuadrada dentro del tipo establecido en el artículo 181 del Código Penal de la Nación, que reprime con prisión de seis meses a tres años

al que por violencia, amenazas, engaño, abuso de confianza o clandestinidad despojare a otro total o parcialmente de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real constituido sobre él, sea que el despojo se produzca invadiendo el inmueble, manteniéndose en él o expulsando a sus ocupantes.²

2. Fernández Madrid, J. C. (2006). Modalidades de las medidas de acción directa. *Doctrina Laboral Errepar*, XX, 1125.

Capítulo 6

La huelga en el derecho argentino

Como ya se señalara, la Constitución Nacional incluyó, desde la reforma efectuada en 1957 y ratificada luego en 1994, el artículo 14 bis cuyo segundo párrafo dice que “queda garantizado a los gremios [...] el derecho de huelga”.

En primer lugar, resulta oportuno dejar sentado que en nuestro país la cláusula constitucional que garantiza el derecho de huelga ha sido declarada “operativa” por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (a diferencia de otras denominadas por la doctrina como “programáticas” o de “operatividad débil” que exigen para su aplicación de una ley que las implemente). Como consecuencia de lo anterior, este derecho puede ser invocado y ejercido aunque carezca de reglamentación legal, pero –obviamente– ello no implica que no pueda ser reglamentado, como se verá más adelante.

En efecto, los derechos que reconoce la Constitución no son absolutos sino relativos. Ello quiere decir –como enseña Bidart Campos– que “son susceptibles de reglamentación y de limitación, sea para coordinar el derecho de uno con el derecho de otro, sea para que cumplan su funcionalidad social en orden al bien común, sea para tutelar el orden y la moral públicos, sea por razón del llamado poder de policía, etc.”

En este mismo sentido, la jurisprudencia de la Corte Suprema tiene establecido de modo tradicional y uniforme que no hay derechos absolutos y, en lo que hace al tema en estudio, el máximo tribunal ha sostenido en forma reiterada que el derecho de huelga no es absoluto, sino que es pasible de reglamentación normativa y de apreciación judicial, ya que se lo debe armonizar con las demás garantías y derechos de la Constitución Nacional (*Fallos*: 251:18; 251:472; 254:48).

1. La reglamentación de la huelga

El derecho constitucional de huelga ha sido objeto de diferentes reglamentaciones. Existen leyes, decretos y hasta decisiones jurisprudenciales que, como ya se ha adelantado, han ido acotando y fijando ciertos límites al ejercicio de este particular derecho puesto por la Constitución en cabeza de los gremios.

La Ley N° 14786 denominada de Conciliación Obligatoria y Arbitraje Voluntario y la Ley N° 25877 con su Decreto Reglamentario N° 272/06 que establece la reglamentación de la huelga en los denominados servicios esenciales para la comunidad, son las disposiciones normativas que establecen condiciones y cauce al ejercicio del derecho de huelga como al resto de las medidas legítimas de acción sindical (denominación que surge del artículo 5, inciso d, de la Ley N° 23551) y medidas de acción directa (nombre que surge del artículo 2 de la Ley N° 14786).

Capítulo 7

La conciliación y el arbitraje

La Constitución Nacional garantiza a los gremios no solo el derecho de huelga sino también el derecho a “recurrir a la conciliación y al arbitraje”. Si bien se trata de un derecho consagrado en cabeza de los gremios como únicos titulares, lo cierto es que las reglamentaciones al respecto han ido plasmándose no siempre como derechos de la parte sindical, sino como límites al derecho de huelga, al extremo de haberse legislado como obligaciones, incluso el arbitraje el que cuando se vuelve obligatorio directamente significa la supresión de la huelga y las medidas de fuerza como conflicto.

Los conflictos colectivos pueden resolverse de distintas formas. En general, se resuelven a través de la negociación colectiva sin intervención estatal. La negociación directa entre las partes es la forma frecuente a través de la cual se resuelven los diferendos que dieran lugar al conflicto. Cuando la negociación o autocomposición del conflicto no es posible es cuando surgen los métodos de solución del conflicto heterónomos que, insisto, la Constitución Nacional menciona como herramienta de los trabajadores para alcanzar acuerdos más que como instrumento del Estado para aplacar, debilitar o atenuar el impacto de las medidas de fuerza.

Estos mecanismos son la conciliación y el arbitraje. La conciliación es una instancia de solución de los conflictos colectivos de trabajo regulada a través de un procedimiento legalmente establecido, mediante el cual el Estado, a través de la autoridad de aplicación, busca y contribuye a que las partes, por su propia decisión, puedan finalmente arribar a un acuerdo. El arbitraje, en cambio, es un procedimiento mediante el cual las partes, de común acuerdo

(salvo en las experiencias de implementación del cuestionado arbitraje obligatorio), designan a una persona ajena a ellas (el árbitro) para que resuelva las diferencias sometidas voluntariamente a su decisión. Para ello se suele fijar un plazo determinado y los puntos precisos de conflicto.

La Ley N° 14786 mal llamada de “conciliación obligatoria”, puesto que lo obligatorio en todo caso es recurrir a la instancia de conciliación mas no conciliar, es la ley que establece el procedimiento para resolver los conflictos de interés que puedan haber surgido, mediante una instancia obligatoria de conciliación o a través de un arbitraje voluntario.

1. La conciliación obligatoria

La denominada conciliación obligatoria es una instancia obligatoria prevista para la solución de los conflictos colectivos de intereses de competencia del Ministerio de Trabajo.

Esta instancia se puede iniciar a través de dos caminos. Por iniciativa de cualquiera de las partes que comuniquen el conflicto al Ministerio de Trabajo, o por intervención de oficio de la autoridad administrativa.

La ley establece la obligación de dar preaviso antes del inicio de la adopción de medidas de acción directa, en una clara disposición que busca atenuar el impacto de la medida.

La instancia de conciliación trae aparejada, además, una suspensión de las medidas del conflicto. Al respecto, la ley establece que “antes de que se someta un diferendo a la instancia de conciliación y mientras no se cumplen los términos que fija el artículo 11 (plazo de 15 días más otros 5), las partes no podrán adoptar medidas de acción directa”. A su vez, aclara que “se considerarán medidas de acción directa todas aquellas que importen innovar respecto de la situación anterior al conflicto. La autoridad de aplicación podrá intimar previa audiencia de partes se disponga el cese inmediato de la medida adoptada” (art. 8).

La norma que impone el cese de las medidas de fuerza también es utilizada en favor de los reclamos sindicales cuando el conflicto se inicia a partir de una decisión empresarial cuestionada por los trabajadores, dado que la ley establece que

la autoridad de aplicación estará facultada para disponer, al tomar conocimiento del diferendo, que el estado de cosas se retrotraiga al existente con anterioridad al acto o hecho que hubiere determinado el conflicto. Esta disposición tendrá vigencia durante el término a que se refiere el artículo 11 de la presente ley.

Es muy frecuente que, a través de esta disposición, los sindicatos logren dar marcha atrás, por ejemplo, a despidos o sanciones que pudieran haberse dispuesto y que hayan disparado el conflicto, al menos durante el lapso de duración de la instancia de conciliación que puede llegar hasta 20 días hábiles (15 + 5).

Al respecto, el artículo 9 señala que

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.

El mismo artículo establece, en una disposición que dio lugar a interpretaciones sobre el derecho de los trabajadores a percibir salarios durante los días de huelga, que

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.

Como si durante el resto del lapso de huelga (fuera del período de conciliación obligatoria) el trabajador tuviera derecho a percibir salario, circunstancia que, mayoritariamente, la doctrina ha descartado.

El ya mencionado artículo 11 expresa que

desde que la autoridad competente tome conocimiento del diferendo hasta que ponga fin a la gestión conciliatoria no podrá mediar un plazo mayor de quince días. Este término podrá prorrogarse por cinco días más cuando, en atención a la actitud de las partes, el conciliador prevea la posibilidad de lograr un acuerdo.

Una vez vencidos los plazos referidos sin que hubiera sido aceptada una fórmula de conciliación ni suscrito un compromiso arbitral las partes pueden recurrir a las medidas de acción directa que estimaren convenientes y pueden reactivarse las decisiones que hubieran sido suspendidas.

La norma también prevé la posibilidad de que la autoridad de aplicación disponga

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 autorizada 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.

Si la fórmula conciliatoria propuesta o las que pudieren sugerirse en su reemplazo no fuere admitida, 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 (arts. 3 y 4).

2. El arbitraje voluntario

Como se acaba de señalar, si fracasa la instancia de conciliación “el mediador invitará a las partes a someter la cuestión al arbitraje”. Esta es una invitación y de ningún modo es obligatoria para las partes.

Si ambas partes aceptan el ofrecimiento se suscribe un compromiso en el que se debe indicar:

- a) el nombre del árbitro;
- b) los puntos en discusión;
- c) si las partes ofrecerán o no pruebas y en su caso término de producción de las mismas;
- d) plazo en el cual deberá expedirse el árbitro.

El árbitro tendrá amplias facultades para efectuar las investigaciones que fueren necesarias para la mejor dilucidación de la cuestión planteada.

Conforme establece el artículo 6, la sentencia arbitral será dictada en el término de 10 días hábiles prorrogables si se dispusieran medidas para mejor proveer y tendrá un plazo mínimo de vigencia de 6 meses. Contra ella no se admitirá otro recurso que el de nulidad, que deberá interponerse conforme a lo prescripto en el artículo 126, “in fine” del Decreto N° 32347/44 (Ley N° 12948), fundado en haberse laudado en cuestiones no comprendidas o fuera del término convenido.

El laudo tendrá los mismos efectos que las convenciones colectivas a que se refiere la Ley N° 14250.

Capítulo 8

Efectos de la huelga sobre el contrato individual

El ejercicio del derecho de huelga se configura como una suspensión temporal de los aspectos esenciales del contrato de trabajo. Justo López¹ afirma que el efecto propio y característico de la huelga consiste en la suspensión de los contratos individuales de trabajo. La huelga, en tanto acto jurídico colectivo, es causal de justificación del no cumplimiento de la prestación comprometida por el trabajador.

El derecho de huelga, como suspensión temporal es también una manifestación del principio de “continuidad del contrato de trabajo” en tanto busca corregir situaciones sin ponerle fin al vínculo. El ejercicio de este derecho, habitualmente expresado como la abstención concertada y simultánea de la prestación de la fuerza de trabajo por parte de los trabajadores partícipes, no significa la intención ni la ruptura del contrato de trabajo individual. En principio, el trabajador que lleva a cabo una medida de fuerza tiene como principal finalidad la obtención de una mejora o la resolución del conflicto y la reanudación del trabajo, a partir del cumplimiento de las condiciones requeridas al empleador.

Los aspectos esenciales del contrato de trabajo que se suspenden son, precisamente, los que determinan el carácter sinalagmático del vínculo. Lo que la mayoría de los autores denomina *núcleo contractual básico* está conformado por las obligaciones fundamentales que deben cumplir las partes. En su obligación de hacer, el trabajador está obligado a prestar su fuerza de trabajo;

1. López, J. (1972). La huelga como acto jurídico colectivo. *Legislación del Trabajo*, XX-A, 23-7.

mientras que el empleador, como contraprestación, está obligado a otorgar ocupación efectiva y al pago de la remuneración correspondiente. Durante el ejercicio del derecho de huelga, la abstención de la prestación de tareas por parte de los trabajadores se configura como un acto lícito; mientras que el empleador, en principio, no estaría obligado al pago de las remuneraciones, y tampoco de dar ocupación efectiva a aquellos que se adhieren a la medida.

No existe en nuestro ordenamiento jurídico una norma que exprese los efectos de la huelga y de otras medidas de acción directa, a diferencia del derogado artículo 243 de la Ley N° 20744, de Contrato de Trabajo (LCT), en su texto original,² que determinaba expresamente que “La huelga y las otras medidas de acción directa que interrumpen la prestación de los servicios solo suspenderán los efectos de la relación laboral por todo el tiempo que duren”.

Cabe aclarar que a partir de la abstención de tareas por parte de los trabajadores, se suspende no solo el deber de ocupación (art. 78) sino también, la facultad de dirección (art. 65) y las potestades disciplinarias del empleador (art. 67).^{3,4} No obstante, subsisten los deberes de conducta que no hacen a la prestación de tareas propiamente dichas, como las pautas de comportamiento de colaboración, de solidaridad (art. 62), de buena fe (art. 63), de igualdad de trato (art. 81), de secreto (art. 83), de fidelidad (art. 85) y de no concurrencia (art. 88).

2. Anterior a la reforma impuesta por la Ley de facto N° 21297.

3. Las potestades disciplinarias se aplican a las faltas o incumplimientos demostrados por el trabajador en ejercicio del contrato de trabajo. La adhesión, la participación y el ejercicio del derecho constitucional de huelga, en principio, no se configura como causal de sanción disciplinaria por parte del empleador, salvo que el trabajador incurra en faltas que exceden el ejercicio legítimo del derecho de huelga.

4. El artículo 244 de la Ley de Contrato de Trabajo, en su texto original, establece que: “El empleador no podrá concertar durante el tiempo de duración de la huelga u otras medidas de acción directa aprobadas por la organización sindical pertinente [...] adoptar medidas disciplinarias en su contra, ni alterar la situación o condición en que se encontrara revisando en la empresa”.

1. Salarios

Conforme pacíficamente tiene dicho la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria, los salarios correspondientes a días de huelga no se pagan, a menos que la huelga se haya producido por culpa del empleador.⁵

Amanda Caubet señala que “es consecuencia lógica de la falta de prestación del trabajo la privación del salario”.⁶

Según el artículo 103 de la LCT; se entiende

la remuneración como la contraprestación que debe percibir el trabajador como consecuencia del contrato de trabajo [...]. El empleador debe al trabajador la remuneración, aunque este no preste servicios, por la mera circunstancia de haber puesto su fuerza de trabajo a disposición de aquel.

Como ya hemos descripto, en el ejercicio del derecho de huelga el trabajador no solo no cumple con la ejecución de sus tareas, sino que, además, no pone a disposición del empleador su fuerza de trabajo. Por lo tanto, la doctrina mayoritaria entiende que el empleador se libera de su obligación y está eximido de abonar los salarios por los trabajos no realizados durante el lapso que se extienda la medida de fuerza. Esta posición doctrinaria basa la postura en las disposiciones que rigen la teoría general de las obligaciones y el carácter sinalagmático del contrato de trabajo.

Al respecto, se ha señalado que

no cabe considerar “práctica antisindical” por parte de la empleadora el descuento de los días en que tuvo lugar una huelga. En este sentido, los trabajadores no tienen derecho a percibir los salarios que se devengan durante el conflicto en el que participaron mediante una abstención concertada de prestar servicios, rigiendo el principio que sostiene que no corresponde salario sin trabajo, ya que si bien resulta indiscutible que el empleador debe “soportar” la

5. Conf. Corte Suprema de Justicia de la Nación. 05/08/1963 *in re.* “Aguirre”. *Derecho del Trabajo*, 1963, 403; Suprema Corte de Buenos Aires. 18/11/1958. *Derecho del Trabajo*, 1959, 575 y Suprema Corte de Buenos Aires. 06/04/1965. *Derecho del Trabajo*, 1965, 411.

6. Caubet, A. B. (2002). *Trabajo y Seguridad Social*. Buenos Aires: Errepar, p. 749.

huelga cuando ésta se produce dentro de los límites de su legítimo ejercicio, no puede válidamente pretenderse que este último deba además “financiarla”, lo cual tendría lugar en caso de obligarlo a continuar en el pago de los salarios de aquellos dependientes que no han puesto su fuerza de trabajo a disposición de la patronal.⁷

Por otra parte, y en sentido contrario, una posición minoritaria supedita el pago de las remuneraciones a la intimación de la autoridad de aplicación a la conciliación obligatoria, conforme los artículos 8 y 9 *in fine* de la Ley N° 14786. Según esta opinión, la pérdida de salarios por huelga únicamente se va a producir si no se cumple con la obligación de reanudar las tareas después de la intimación de la autoridad de aplicación del artículo 8, lo que significaría el pago de las remuneraciones en el ejercicio de la huelga. Es dable destacar que no existe una norma que confiera ese derecho, a diferencia del primitivo artículo 245 de la Ley N° 20744, que en su texto original determinaba que “Cuando la huelga u otras medidas de acción directa aprobadas por la organización sindical pertinente obedecieren a culpa del empleador, el trabajador que participe en las mismas tendrá derecho a percibir la remuneración correspondiente al tiempo de su duración”.

Aun sin una norma, se han usado muchas fórmulas para resolver en favor de la no pérdida del salario. En algunos casos, el pago de los salarios incluye solo algunos rubros (el caso de los trabajadores petroleros, a los que se les reconoce salario normal y habitual y una vianda, prescindiendo de otros adicionales y rubros permanentes); en otros supuestos se acordó la recuperación de las horas perdidas (una fórmula habitualmente utilizada en la docencia) y en otros casos, si bien no se percibe el salario, se ha acordado que el empleador efectúe los descuentos en cuotas mensuales, para no afectar el poder adquisitivo de sus dependientes.⁸

7. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala IX. 13/06/2008. “Endrigo Laura Gabriela c/ Poder Judicial de la Nación s/ juicio sumarísimo”.

8. Rial, N. (1996). La Huelga en la mirada de la Ley del Contrato de Trabajo. En *A 20 años de la Ley de Contrato de Trabajo*. Buenos Aires: Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social.

Por último, cabe señalar que en la provincia de Buenos Aires en el ámbito de la Administración Pública rige la Resolución Interministerial Conjunta N° 949/09 que determina:

las inasistencias de los agentes de la Administración Pública Provincial motivadas en el ejercicio del derecho de huelga y que no fueren justificadas por algunas de las causales previstas por la normativa vigente, serán descontadas del haber del mes correspondiente, por los motivos expuestos en los considerandos de los presentes.

2. Antigüedad

Las obligaciones que surgen de los convenios colectivos de trabajo subsisten plenamente durante el lapso de duración de la huelga, por lo tanto, a los efectos de aquellos derechos que se vinculan con la antigüedad, por ejemplo el pago del adicional por antigüedad, la relación subsiste y no se afecta; y el empleador deberá dar debido cumplimiento.

Según “el núcleo contractual básico” la relación subsiste, solo se afectan los elementos esenciales del contrato, por lo cual el lapso que dura la huelga debe computarse como tiempo de servicio, a los efectos de todos aquellos derechos que se vinculan con la antigüedad.⁹

3. Enfermedad

El régimen de enfermedades y accidentes inculpables se encuentra regulado en los artículos 208 a 213 de la Ley N° 20744. Las enfermedades son toda alteración de la salud del trabajador que impide el cumplimiento de las tareas. Por lo tanto, como manifestación de la protección del trabajador, la LCT establece la obligación del empleador de pagar al trabajador la remuneración habitual, durante el tiempo en que el trabajador no pueda prestar su fuerza de

9. Fernández Madrid, J. C. (2007). *Tratado práctico de Derecho del Trabajo: tomo III*. Buenos Aires: La Ley.

trabajo.¹⁰ Es necesario destacar que, más allá de ser un deber del empleador, se trata de un beneficio de la seguridad social,¹¹ en consecuencia, el ejercicio del derecho de huelga por parte de los trabajadores significa continuar con las prestaciones de enfermedades y accidentes inculpables durante la medida de fuerza.

Según el artículo 208 *in fine*, de la LCT

La suspensión por causas económicas o disciplinarias dispuesta por el empleador no afectará el derecho del trabajador a percibir la remuneración por los plazos previstos, sea que aquella se dispusiera estando el trabajador enfermo o accidentado o que estas circunstancias fuesen sobrevinientes.

Como ya hemos mencionado, el ejercicio del derecho de huelga se configura como una suspensión temporal al igual que las suspensiones por causas económicas o disciplinarias. Entonces, la enfermedad anterior a la huelga da derecho a percibir los salarios del artículo 208 durante todo el tiempo de duración de la misma. A su vez, también le corresponderá el salario en caso de que la enfermedad o accidente sea posterior a la huelga siempre que haya cumplido con las cargas de aviso al empleador (art. 209) y se haya sometido a los controles respectivos (art. 210).

4. Asignaciones Familiares

Al igual que las prestaciones por accidente y enfermedad inculpable, las asignaciones familiares son prestaciones de la seguridad social cuyo régimen está regulado por la Ley N° 24714.

El Decreto N° 1245/96, que reglamenta dicha ley, en su artículo 6 establece que tendrán derecho a la percepción de las asignaciones familiares, aun aquellos trabajadores que durante períodos en que no presten tareas o devenguen

10. El plazo de pago por parte del empleador depende de la antigüedad y cargas de familia del trabajador.

11. Conf. Etala, J. J. Remuneraciones laborales y prestaciones de la seguridad social. *Legislación del Trabajo*, XVII-A, 465.

remuneraciones, registraren al menos tres meses de servicios con aportes o el equivalente a noventa jornadas efectivas de trabajo, dentro de los doce meses inmediatamente anteriores. Entre ellos se encuentran comprendidos los trabajadores de temporada, las trabajadoras en goce de licencia legal por maternidad o en estado de excedencia, los trabajadores que se encuentren en período de conservación del empleo por causa de accidente o enfermedad inculpable, y los trabajadores que se encuentren suspendidos por causa de fuerza mayor o falta o disminución del trabajo.

El mismo artículo establece que los supuestos de licencia sin goce de sueldo por razones personales, licencia gremial sin goce de sueldo, suspensiones por causas disciplinarias o aquellas no previstas expresamente en el párrafo anterior, no corresponderá la percepción de asignaciones familiares en los períodos en que no se devenguen remuneraciones, ni se efectúen contribuciones al sistema de asignaciones familiares.

La suspensión temporal por el ejercicio del derecho de huelga no está prevista en el artículo 6 por lo que significaría que no corresponde, en principio, la percepción de las asignaciones familiares que correspondan durante el lapso que perdure la medida de fuerza. No obstante, como ya hemos mencionado, las asignaciones familiares son prestaciones de la seguridad social, en tanto que estos beneficios no están en conexión directa con el trabajo efectivamente prestado. Por lo tanto, el trabajador en huelga tendrá derecho a percibir las asignaciones familiares.

Por otra parte, Cabanelas¹² asegura que la asignación familiar se basa en un aporte obligatorio y el beneficio se otorga a un tercero; se estima que la huelga no debe interrumpir el derecho a percibir las asignaciones familiares, ya que de lo contrario se cercenaría un derecho constitucional al privar de un beneficio a las personas dependientes del trabajador.¹³

12. Cabanellas, G. (1968). *Derecho de los conflictos laborales*. Buenos Aires: Bibliográfica Omeba, p. 304.

13. Núñez, M. (2007). Medios de presión. En M. Ackerman (dir.), *Tratado de derecho del trabajo: tomo VIII* (pp. 729 y ss). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

5. Preaviso

Con respecto al preaviso, es necesario distinguir si este se llevó a cabo antes del ejercicio de la medida de fuerza, o se notificó durante la huelga.

En caso de que el preaviso sea otorgado al trabajador durante la huelga, Cabanellas¹⁴ afirma que “el patrono no puede preavisar el despido al trabajador, cuyo contrato se encuentra en sus efectos principales, suspendido con motivo de una huelga”.

Si la huelga se realiza con posterioridad al preaviso, el empleador no puede imputar al trabajador notificado el hecho de no presentarse a trabajar por el ejercicio de la huelga, mientras que el trabajador no puede reclamar el pago de los salarios devengados durante el plazo que se extienda la medida de fuerza.

6. Despido por huelga

El ejercicio del derecho de huelga, *per se*, no basta para considerar que el trabajador pueda ser considerado despedido con justa causa en los términos del artículo 242 de la LCT.¹⁵ Para convalidar esta causal de despido es necesario demostrar que por las circunstancias, modalidades, actitudes de la acción individual, se configura una injuria (incumplimiento) que por su gravedad no consiente la prosecución del vínculo laboral. Como medida excepcional, el despido por huelga solo se puede admitir por ejercicio abusivo del derecho por parte del trabajador, como por ejemplo: actos de violencia contra bienes materiales e inmateriales, actos de coacción, intimidación o amenaza, actos de sabotaje, etc.

14. Cabanellas, G. (1968), *op. cit.*

15. Artículo 242, de la LCT: “Una de las partes podrá hacer denuncia del contrato de trabajo en caso de inobservancia por parte de la otra de las obligaciones resultantes del mismo que configuren injuria y que, por su gravedad, no consienta la prosecución de la relación. La valoración deberá ser hecha prudencialmente por los jueces, teniendo en consideración el carácter de las relaciones que resulta de un contrato de trabajo, según lo dispuesto en la presente ley, y las modalidades y circunstancias personales en cada caso”.

La huelga es un derecho subjetivo colectivo, pero que se manifiesta a través del ejercicio individual de los trabajadores. La titularidad del derecho, perteneciente a los gremios, no es de los trabajadores como individuos, que son los que tienen el poder de ejercer este derecho. Por ello, es necesario determinar que las prácticas y el ejercicio individual se deben analizar en el contexto de conflicto y de la acción colectiva.

Para Etala,¹⁶ aun cuando una huelga sea calificada de ilegal, se debe analizar si la conducta del trabajador fue injuriosa en los términos del artículo 242 de la LCT, como para justificar el despido que exima al empleador del pago de las indemnizaciones legales. En las huelgas ilegales, el despido solo puede alcanzar legitimidad si existe la intimación previa del empleador a reintegrarse a sus tareas y dicho requerimiento es incumplido por el trabajador. Esta intimación previa debe cumplir con los requisitos del artículo 244, y las pautas de conducta referidas al deber de buena fe contractual conforme al artículo 62 y 63 de la LCT.

Krotoschin¹⁷ afirma que

la injuria es siempre individual, se presenta en un plano subjetivo (debe ser imputable), y depende de las circunstancias de cada caso. No hay contradicción en que un sindicato pueda incurrir en daños y perjuicios por haber declarado una huelga ilícita, mientras subsisten los contratos individuales de los trabajadores que la ejecutan.

7. Reincorporación

Como ya hemos mencionado, la huelga no importa, en principio, la rescisión del contrato de trabajo. La sola circunstancia de la finalización de la huelga, haya sido exitosa o no, significa la reanudación de la totalidad de los efectos del contrato de trabajo. El trabajador debe reiniciar sus labores, mien-

16. Etala, C. A. (2002). *Derecho colectivo del trabajo*. Buenos Aires: Astrea, pp. 385-387.

17. Krotoschin, E. (1979). *Tratado práctico de derecho del trabajo: volumen II*. Buenos Aires: Depalma, p. 852.

tras que el empleador debe reincorporar a los trabajadores en sus puestos de trabajo cumpliendo con el deber de ocupación efectiva.

Conforme al principio de igualdad de trato (art. 81, LCT), se prohíbe al empleador la discriminación y el trato no igualitario a los trabajadores que fueron partícipes de la huelga. Habiendo idénticas razones, el empleador no puede negar la reincorporación a una pluralidad de trabajadores, ni puede seleccionar a quiénes vuelve a incorporar y a quiénes no, ni puede realizar una selección sancionatoria.

La prohibición de trato discriminatorio se encontraba prevista en el artículo 243 *in fine* de la originaria Ley N° 20744:

Importará trato ilegal y discriminatorio, la no reincorporación de parte del personal involucrado en una huelga u otra medida de acción directa, luego de su cesación, invocándose como única razón la participación del trabajador en la misma, hubiese o no mediado intimidación del empleador de reintegro al trabajo.

8. Prohibición de contratación de trabajadores eventuales

El *esquirolaje* es la práctica ejercida por aquellos empleadores, a los fines de la contratación temporal de trabajadores para suplantar a aquellos que se encuentran ejerciendo cualquier medida de fuerza. Esta práctica opera como una conducta obstaculizadora al ejercicio del derecho de huelga.

En nuestro ordenamiento jurídico, esta conducta del empleador se encuentra tipificada como una “práctica desleal” prevista en el artículo 53, incisos b) y d) de la Ley N° 23551.¹⁸ Serán consideradas prácticas desleales “toda conducta del empleador que directa o indirectamente se halle dirigida a menoscabar, per-

18. Artículo 53.- “Serán consideradas prácticas desleales [...] b) Intervenir o interferir en la constitución, funcionamiento o administración de un ente de este tipo; d) Promover o auspiciar la afiliación de trabajadores a una de las asociaciones por esta reguladas”.

turbar u obstruir la acción y el desarrollo de las asociaciones profesionales y de los derechos que en su consecuencia se reconocen a los individuos”¹⁹

Por su parte, la Ley N° 24013 en su artículo 70 “prohíbe la contratación de trabajadores bajo esta modalidad para sustituir trabajadores que no prestaran servicios normalmente en virtud del ejercicio de medidas legítimas de acción sindical”. La modalidad prohibitiva refiere al contrato de trabajo eventual conforme al artículo 99 de la LCT.

A su vez, la práctica del esquirolaje se encontraba expresamente prohibida en el artículo 244 de la Ley de Contrato de Trabajo N° 20744, que determinaba en su texto original: “El empleador no podrá concertar durante el tiempo de duración de la huelga u otras medidas de acción directa aprobadas por la organización sindical pertinentes nuevos contratos de trabajo que tiendan a sustituir o reemplazar en su cargo al trabajador”.

9. Huelga y retención de tareas. Diferencias. Efectos

El contrato de trabajo, conforme al artículo 21 de la LCT, se tipifica como un contrato bilateral con obligaciones recíprocas, pues el trabajador se obliga a prestar servicios bajo la dependencia del empleador, obligado a pagar la remuneración correspondiente.

19. Monzón, M. D. (1952). Las prácticas desleales a través de las decisiones del Consejo Nacional de Relaciones Profesionales. *Derecho del Trabajo*, 584.

La retención de tareas o “excepción de incumplimiento” por parte del trabajador se encuadra en el artículo 1031 Código Civil.^{20,21,22} La excepción de incumplimiento que establece este artículo del Código Civil resulta aplicable a todos los contratos bilaterales, inclusive a los contrato de trabajo. Si bien responde a un instituto civil extraño a la rama laboral, se debe tener en cuenta la función supletoria del Código Civil, fundamentada en el artículo 11 de la LCT en cuanto remite a las leyes análogas “cuando una cuestión no pueda resolverse por aplicación de las normas que rigen el contrato de trabajo”.

La retención de tareas se funda en la reciprocidad e interconexión de las prestaciones, que son el aspecto típico de los contratos bilaterales. El empleador no podrá exigir al trabajador el cumplimiento de sus obligaciones si él primero no cumple con las obligaciones fundamentales a su cargo. Esta medida sería procedente ante la falta de pago de las remuneraciones, el incumplimiento del deber de observar las obligaciones frente a los organismos sindicales y la seguridad social, las situaciones de discriminación, la no dación de ocupación efectiva del trabajador, la falta de registro o el registro deficiente de la relación de trabajo, entre otras. La retención de tareas es una forma de defensa del trabajador que puede presionar a la otra parte a cumplir su prestación. Se requiere que el empleador esté en mora, que el incumplimiento sea significativo y que el ejercicio de la retención sea invocado por la parte que lo utiliza.²³ El proceder de buena fe obliga al empleador a cumplir sus obligaciones, antes de exigir la prestación del trabajo.

20. Artículo 1031.- Suspensión del cumplimiento. En los contratos bilaterales, cuando las partes deben cumplir simultáneamente, una de ellas puede suspender el cumplimiento de la prestación, hasta que la otra cumpla u ofrezca cumplir. La suspensión puede ser deducida judicialmente como acción o como excepción. Si la prestación es a favor de varios interesados, puede suspenderse la parte debida a cada uno hasta la ejecución completa de la contraprestación.

21. En reemplazo del artículo 1201: En los contratos bilaterales una de las partes no podrá demandar su cumplimiento, si no probase haberlo ella cumplido u ofreciese cumplirlo, o que su obligación es a plazo.

22. En reemplazo del artículo 510: En las obligaciones recíprocas, el uno de los obligados no incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir la obligación que le es respectiva.

23. Conf. Serrano Alou, S. (31 de agosto de 2009). La retención de tareas y la intención

Durante el tiempo que dure la retención de trabajo, los salarios que debía percibir el trabajador seguirán siendo devengados y deben ser abonados, ya que el trabajo puesto a disposición del empleador no se ha concretado por razones imputables al mismo.²⁴ Se ha considerado que no existe el abandono de trabajo cuando media una retención de tareas por el trabajador, dispuesta ante la falta de pago de la remuneración, ya que la retención responde al incumplimiento de alguna de las obligaciones esenciales.²⁵

También se ha concluido que si el trabajador intentó justificar sus inasistencias en los incumplimientos de índole salarial que atribuyó a su empleadora, esa actitud impide formar la convicción de que su intención haya estado direccionada a abandonar la relación, presupuesto insoslayable que condiciona la legitimidad de la causa extintiva.²⁶

La retención de tareas se diferencia del derecho de huelga en la naturaleza individual, o pluriindividual en algunos casos, del primero, y la naturaleza colectiva del segundo. No puede considerarse que la retención de tareas sea un ejercicio del derecho de huelga, aun cuando este derecho sea ejercido por una pluralidad de empleados.²⁷ La excepción se ejercita en el plano del contrato individual. Puede ser ejercida por una pluralidad de trabajadores que enfrenten el mismo incumplimiento, sin que esa conducta denote el ejercicio de la huelga pues el conflicto será pluriindividual. Este es un mecanismo que han utilizado las organizaciones sindicales en muchas ocasiones en las que el conflicto se origina en el incumplimiento de la empresa, de este modo se logran los efectos similares a los de una huelga, pero sin los costos que trae aparejados.

de conservar el vínculo laboral. *Novedades laborjuris, Boletín Diario*, 162 (Cita: MJ-DOC-4369-AR / MJD4369).

24. Conf. Cámara del Trabajo de Córdoba, Sala X. 10/11/2003. “Fernández, Rubén c/ Metaltcor SA” y Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala III. 12/05/97. “Sinchicay, Amalia c/ Textil Lemas SA”.

25. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala III. 28/09/2012. “Alaniz, Guillermo c/ Bella S.A. y otro s/ despido”.

26. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala IX. 31/10/2011. “Palavecino, Analía c/ Blockbuster Argentina S.A.”.

27. Conf. Serrano Alou, S. (20 de octubre de 2008). La diferencia entre la huelga y la retención de tareas. *Revista Zeus*, 108(8).

10. Legalidad o ilegalidad de la huelga

Al no existir una reglamentación legal completa relativa al ejercicio del derecho a huelga, ni una definición en ninguna norma, tanto su concepto jurídico como los límites de su ejercicio quedan remitidos a las opiniones de los autores y a las decisiones judiciales.

En la práctica, es el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, alentado por la justicia través de sus sentencias, el que define la legalidad de una huelga.²⁸ En realidad, el Ministerio de Trabajo declara la ilegalidad de la medida, dado que su legalidad se presume como derecho constitucional.

Suele hablarse en la doctrina de *ilegalidad* de la huelga cuando su ejercicio no se ha ajustado a las normas de procedimiento (por ejemplo la Ley N° 14786) y de *ilicitud* cuando se cuestiona axiológicamente su contenido (por ejemplo, aquellos que consideran ilícita la huelga con ocupación del establecimiento) o su finalidad (por ejemplo las huelgas de solidaridad).²⁹

11. Algunos casos

11.1. Huelgas con ocupación de establecimiento

Cuando los trabajadores deciden ejercer este derecho dentro del establecimiento donde cumplen sus funciones hasta que se resuelva el conflicto. Esta acción podría colisionar con el derecho constitucional de propiedad del dueño del establecimiento y ello ha generado diferentes posiciones en la doctrina, dependiendo además de las modalidades de cada caso concreto.

Algunos autores consideran esta conducta como un hecho abusivo e ilícito. En general, las distintas salas de la Cámara Nacional del Trabajo exigen para justificar el despido de los trabajadores que realizan ocupación del establecimiento

28. Contradiendo al artículo 6 de la Ley N° 23551 que declara que la autoridad administrativa del trabajo debe abstenerse de limitar la autonomía de las asociaciones sindicales.

29. Ferrari, A. R. (1990). El derecho de huelga, entre la criminalización y el contrato social. *Revista de Derecho Laboral*, XXII(1).

miento –más allá de la legalidad o ilegalidad de la medida– que el empleador intente fehacientemente al trabajador a declinar su participación en la misma, haciéndole saber las eventuales consecuencias de su involucramiento en una medida de acción reputada como antijurídica.³⁰

Fernández Madrid considera que la huelga con ocupación es válida mientras el dueño del establecimiento no haya requerido la desocupación, que en estos casos no tiene carácter delictual porque no existe por parte de los huelguistas la intención de desapropiar al dueño del establecimiento. Se trata simplemente de conflictos laborales que asumen esta modalidad.³¹

11.2. Huelgas de solidaridad

Los trabajadores se adhieren a un reclamo ajeno, que no afecta sus intereses profesionales, apoyando a otros trabajadores. El destinatario final es otro empresario que se encuentra en situación de conflicto con su personal.

11.3. Huelgas políticas

Conllevan un extenso debate no saldado hasta el momento, exteriorizando la dificultad que implica diferenciar una huelga política de una sindical, debido a los puntos en común que ambas tienen.

Sobre este tipo de huelgas se ha pronunciado el Comité de Libertad Sindical de la OIT señalando que, si bien las huelgas de naturaleza puramente política no están cubiertas por los principios de la libertad sindical, los sindicatos deberían poder organizar huelgas de protesta, en particular para ejercer una crítica contra la política económica y social del gobierno.³²

30. García H. (2012). El derecho de huelga. En J. C. Simón. *Tratado de derecho colectivo del trabajo* (p. 637). Buenos Aires: La Ley.

31. Fernández Madrid, J. C. (2007). *Tratado práctico de Derecho del Trabajo: tomo III*. Buenos Aires: La Ley, p. 612.

32. "OIT (2006). *La libertad sindical: recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, párr. 529.

Si tenemos en cuenta la clara disposición del artículo 3 de la Ley N° 23551 –que señala que el interés de los trabajadores es todo lo que se relacione con sus condiciones de vida y trabajo– es clara su legitimidad, pues el sindicato tiene como fin remover los obstáculos que impidan la vida plena de cada uno de los trabajadores.

Los móviles estrictamente políticos, de política partidaria, no deberán computarse dentro del espectro y objetivos del movimiento obrero sindicalizado. Pero esto debe ser armonizado con la amplitud que en materia de fines le asigna la Ley N° 23551 a la acción sindical. Asimismo, Fernández Madrid señala que la amplitud de fines de la huelga se encuentra implícitamente contenida en el texto del artículo 14 bis, en la medida en que se incorporó el reconocimiento del derecho sin ningún tipo de restricciones, es decir, garantizándose el derecho sin agregados relativos a su calificación y reglamentación.³³

Al respecto, el Comité de Libertad Sindical ha señalado que

Los intereses profesionales y económicos que los trabajadores defienden mediante el derecho a huelga abarcan no solo la obtención de mejores condiciones de trabajo o las reivindicaciones colectivas de orden profesional, sino que engloban también la búsqueda de soluciones a las cuestiones de política económica y social y a los problemas que se plantean en la empresa y que interesan directamente a los trabajadores.

Las organizaciones encargadas de defender los intereses socioeconómicos 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.³⁴

33. Fernández Madrid, J. C. (2007). *Tratado práctico de Derecho del Trabajo*. Buenos Aires: La Ley.

34. OIT (2006). *La libertad sindical: recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, párrs. 526 y 527.

Capítulo 9

La reglamentación de la huelga en los servicios esenciales

El artículo 24 de la Ley N° 25877 establece:

Cuando por un conflicto de trabajo alguna de las partes decidiera la adopción de medidas legítimas de acción directa que involucren actividades que puedan ser consideradas servicios esenciales, deberá garantizar la prestación de servicios mínimos para evitar su interrupción.

Se consideran esenciales los servicios sanitarios y hospitalarios, la producción y distribución de agua potable, energía eléctrica y gas y el control del tráfico aéreo.

Una actividad no comprendida en el párrafo anterior podrá ser calificada excepcionalmente como servicio esencial, por una comisión independiente integrada según establezca la reglamentación, previa apertura del procedimiento de conciliación previsto en la legislación, en los siguientes supuestos:

Cuando por la duración y extensión territorial de la interrupción de la actividad, la ejecución de la medida pudiere poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población.

Cuando se tratase de un servicio público de importancia trascendental, conforme los criterios de los organismos de control de la Organización Internacional del Trabajo.

El PODER EJECUTIVO NACIONAL con la intervención del MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL y previa consulta a las organizaciones de empleadores y de trabajadores, dictará la reglamentación del presente artículo dentro del plazo de NOVENTA (90) días, conforme los principios de la Organización Internacional del Trabajo.

Mediante esta norma, que incluía reformas a distintos aspectos del derecho individual y colectivo del trabajo, y que venía a derogar otra reforma laboral conocida como la Ley Banelco (Ley N° 25250), se establecieron, en lo que aquí importa, los siguientes cambios:

-Se deroga la Ley N° 25250 y se ratifica la derogación del Decreto N° 2184/90 (reglamentación de la huelga en los servicios esenciales) y de la Ley N° 16936 (arbitraje obligatorio). Añade, además, la derogación de la Ley N° 17183 (sobre “cese de medidas de fuerza” para el personal del Estado).

-Se consideran como “esenciales” en sentido estricto los servicios sanitarios y hospitalarios, la producción y distribución de agua potable, energía eléctrica y gas y el control del tráfico aéreo.

-Se incluye la “producción de y distribución de gas”, a pesar de que no es considerado servicio esencial, en sentido estricto, ni por las resoluciones de los organismos de la OIT ni por el Decreto N° 843/00, cuya vigencia se mantiene transitoriamente.

-Se deja sin efecto la facultad otorgada al Ministerio de Trabajo para determinar cuáles servicios pueden ser considerados esenciales en sentido estricto, así como la de extender la calificación a otras actividades. Se establece que esta facultad corresponderá a una “comisión independiente”.

-Se definen con mayor precisión los supuestos en los que se puede extender la aplicación de la reglamentación a otras actividades “no esenciales” en sentido estricto.

-La reglamentación crea un órgano denominado “Comisión de Garantías”, que debe ser independiente y tiene como funciones la calificación como esencial de una actividad no enumerada en la ley y la fijación de los servicios mínimos necesarios cuando las partes no lo hubieren acordado.

Para el análisis pormenorizado de la regulación del ejercicio del derecho la huelga en los servicios esenciales, tomaremos la metodología utilizada, con el

rigor que los caracteriza, por Alfred Pankert y Oscar Ermida Uriarte.¹ Estos autores dividen el análisis en tres aspectos fundamentales:

1. La fuente de determinación: quién establece qué servicios son esenciales.

2. La definición conceptual: cuáles son las actividades que merecen esa calificación.

3. La regulación específica del ejercicio del derecho de huelga: cuáles son las restricciones o limitaciones específicas y cuáles las garantías compensatorias; a lo que agregaríamos cuál es el procedimiento y cuál es la forma de elección de los trabajadores que cumplirán los servicios mínimos –quién los elige y quiénes están excluidos–.

1. La fuente de determinación (quién establece qué servicios son esenciales)

A diferencia de las regulaciones anteriores, efectuadas a través de decretos del Poder Ejecutivo, esta vez ha sido el legislador el que ha establecido las principales líneas de la reglamentación del derecho de huelga. Incluso se establece, restando las reiteradas críticas que se le efectuaran a las regulaciones anteriores, que para ampliar el ámbito de aplicación de esta regulación limitadora del derecho de huelga a otras actividades, en determinadas circunstancias excepcionales, deba recurrirse a un “órgano independiente” y no pueda ser, como hasta ahora, la autoridad administrativa del trabajo la que tenga la facultad de hacerlo.

Es que la Justicia Nacional del Trabajo ya ha declarado inconstitucional el Decreto N° 843/00, en virtud de que

el segundo inciso del art. 2 del decreto 843/00 al facultar al Ministerio de Trabajo a calificar como servicio esencial a un servicio público de importancia trascendental o de utilidad pública, sin ninguna pauta relativa a tal atribución, excede el marco reglamentario, transgrediendo las propias motivaciones del decreto y

1. Conf. Pankert, A. (1991). Solución de los conflictos de trabajo en los servicios esenciales. *Revista Internacional del Trabajo*, 100(1), 55, citado por Corte, N. T. (1991), *op. cit.*, p. 99.

de la ley 25.250, que alude a las normas de la O.I.T. que limita tal posibilidad a la particular extensión y duración de un conflicto, constituyendo una delegación legislativa en blanco que viola lo establecido en el art. 99 inc. 3, 2º párrafo de la Constitución Nacional (conf. Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo N° 69 Sent. 1250 del 25/02/02 in re “Sindicato Argentino de Docentes Particulares c/ P.E.N. s/ acción de amparo”, sentencia confirmada por la Sala III de la CNAT).

Este tipo de disposiciones, cuya constitucionalidad –insistimos– ya ha sido decretada en un caso concreto, ha permitido que el Ministerio de Trabajo hiciera un uso abusivo de sus facultades, exigiendo la prestación de servicios mínimos (en realidad, no tan “mínimos”) en actividades donde, por su naturaleza, no se justifica la limitación del ejercicio del derecho de huelga.

Debe señalarse además que el uso abusivo al que hacemos referencia no ha sido patrimonio exclusivo de un gobierno. Tan es así que, pese a las críticas formuladas siendo oposición, la administración a cargo del Dr. De la Rúa, en ocasión de las huelgas generales del 5 de mayo y el 9 de junio del 2000, repitió las disposiciones abusivas e irrazonables que anteriormente había cuestionado. Pero no solo repitió el contenido, sino que expresamente se remitió a los términos de las resoluciones del gobierno anterior, citándolas como fuente.

Luego, con motivo de la huelga general de los días 23 y 24 de noviembre de 2000, y pese a que la “duración” no lo justificaba, el Ministerio de Trabajo (a cargo de un ministro diferente) resolvió que, además de las actividades enumeradas en el artículo 2 del decreto, también deberían encuadrarse en sus normas las siguientes

transporte público de pasajeros (ferroviarios, aéreos, subterráneos, transporte automotor de corta, media y larga distancia); transporte de cargas, transporte de combustibles, transporte y suministro de gas; servicio de correos; servicio de recolección de residuos; administración de justicia; servicios portuarios; y servicio de clearing bancario.²

2. Ver Argentina. Ministerio de Trabajo, Empleo y Formación de Recursos Humanos. Resolución 534/2000.

Con posterioridad, a través de la Resolución N° 480/01, se calificó como servicio esencial a *la educación pública y de gestión privada en el período de escolaridad obligatoria*, lo que dio lugar a la interposición de un amparo y a la calificación de inconstitucionalidad no solo de la resolución que incluía a este “servicio no esencial” dentro de la reglamentación, sino también al propio Decreto N° 843/00 por las razones que más arriba se apuntaron.

En este sentido, la nueva reglamentación tiende a ajustarse a lo establecido por nuestros tribunales y a las directivas de la OIT respecto de los alcances de la libertad sindical.

Continuando con el criterio dispuesto por el artículo 24 de la ley, ya se ha finalizado el proyecto de decreto reglamentario. Esta norma crearía una Comisión de Garantías integrada por cinco miembros que “deberán cumplir con el requisito de independencia”. La única pauta que otorga la reglamentación para determinar la independencia es la incompatibilidad de este cargo con el de legislador, ya sea en el ámbito nacional, provincial o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y con los cargos públicos electivos, en partidos políticos, en organizaciones sindicales o en asociaciones de empleadores.

Los integrantes de esta comisión serían designados por el Poder Ejecutivo a propuesta de las organizaciones de empleadores y de trabajadores, de la Federación Argentina de Colegios de Abogados y del Consejo Interuniversitario Nacional. A estos fines cada una de esas organizaciones debe proponer seis candidatos que tengan “reconocida solvencia técnica, profesional y académica en materia de derecho laboral, derecho constitucional y relaciones del trabajo” y que además no estén comprendidos en las incompatibilidades ya señaladas.

De esos seis candidatos propuestos por cada una de las cuatro entidades mencionadas, el Poder Ejecutivo designará a un titular y un alterno. El quinto integrante titular, junto con su alterno, serán designados directamente por el Poder Ejecutivo.

Según dispone el artículo 2 del proyecto de decreto, la Comisión de Garantías tiene esencialmente dos funciones:

a) Calificar excepcionalmente como servicio esencial a una actividad no enumerada por la ley.

b) Fijar los servicios mínimos necesarios cuando las partes no lo hubieren así acordado.

A pesar de esta primera delimitación de su objeto, en el artículo 7 del proyecto se agrega, dentro de las facultades de la comisión, la de “analizar los servicios mínimos acordados por las partes con el fin de garantizar las prestaciones indispensables para salvaguardar los intereses de los consumidores”.

Si bien la norma es clara en cuanto a que la comisión solo está facultada para “analizar” los servicios mínimos acordados, puesto que no podría reconocerse a este órgano la posibilidad de desconocer la voluntad de las partes manifestada en el marco de su autonomía colectiva, en realidad parece esconder detrás la posibilidad –improcedente– de que la comisión pudiera adoptar alguna otra medida, además de “analizar”, con el fin de “salvaguardar los intereses de los consumidores”, como ser la de disponer la fijación de guardias adicionales.

2. La definición conceptual (qué servicios se consideran esenciales)

La doctrina ha señalado la existencia de tres diferentes técnicas para determinar qué actividades se consideran servicios esenciales a los fines de limitar el ejercicio del derecho de huelga.

Ellas son:

1. La “definición” en términos generales de lo que se entiende por servicios esenciales.
2. La “enumeración” de las actividades incluidas.
3. A través de la “delegación” en otro órgano la facultad de determinar qué actividades afectan servicios esenciales.

A su vez, estos criterios pueden ser utilizados indistinta o conjuntamente (como ocurría en el caso del Decreto N° 2184/90 que incluía estas tres formas de conceptualización).

La Ley N° 25250 no efectuaba ninguna definición conceptual ni tampoco una enumeración de las actividades que podían ser consideradas como servicios esenciales, y también se omitía efectuar una delegación expresa, de

manera tal de permitir que sea el Poder Ejecutivo el que reglamentara este derecho, y, así fue. Todas las técnicas de delimitación mencionadas se encuentran presentes en el decreto reglamentario (que subsiste transitoriamente) a pesar de que, estrictamente, en la hermenéutica de la norma, las facultades que otorga la ley solo pueden referirse al procedimiento para la fijación de servicios mínimos y no a la calificación de una actividad como esencial.

La Ley N° 25877 tampoco efectúa una definición conceptual de los servicios que deben considerarse esenciales para la comunidad, limitándose a enumerar cinco actividades y a permitir la extensión de sus disposiciones a otras actividades a través de la decisión de un órgano independiente.

La “enumeración” se efectúa en el segundo párrafo del artículo 24 que prevé como servicios esenciales en sentido estricto a los siguientes: *los servicios sanitarios y hospitalarios, la producción y distribución de agua potable, energía eléctrica y gas y el control del tráfico aéreo.*

En este punto la redacción dada avanza sobre el derecho constitucional de huelga al calificar como servicio esencial a la producción y distribución de gas, que la OIT no considera como esencial en sentido estricto.

Además, la ley permite la posibilidad de incluir una actividad no comprendida en la enumeración que efectúa. Así, se establece que una actividad no comprendida en el párrafo anterior podrá ser calificada excepcionalmente como servicio esencial por una comisión independiente integrada según establezca la reglamentación, previa apertura del procedimiento de conciliación previsto en la legislación. Sin embargo, esta posibilidad solo podría darse “cuando por la duración y extensión territorial de la interrupción de la actividad, la ejecución de la medida pudiere poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población” o “cuando se tratase de un servicio público de importancia trascendental, conforme los criterios de los organismos de control de la Organización Internacional del Trabajo”.

Es cierto que los órganos de control de la OIT utilizan un concepto intermedio para definir a aquellas actividades en las que, si bien no se pueden considerar “esenciales”, sí cabría imponer un servicio mínimo de funcionamiento.

El Comité de Libertad Sindical los denomina servicios de “importancia trascendental” y la Comisión de Expertos servicios de “utilidad pública”

(prestados por empresas o instituciones). La Ley N° 25977 ajusta su redacción a estas pautas pero, al mismo tiempo, mantiene –temporariamente– la vigencia del Decreto N° 843/00 que, en cambio, hace referencia a los “**servicios públicos de importancia trascendental o de utilidad pública**”.

Lo que excepcionalmente ha admitido el Comité de Libertad Sindical de la OIT son restricciones al ejercicio del derecho de huelga “cuando se afectare un servicio público de importancia trascendental para el país”, pero el agregado de limitaciones a la huelga en el caso de un “servicio público [...] de utilidad pública”, además de una redundancia poco feliz, lo único que demuestra es el afán por no dejar ninguna actividad excluida de la reglamentación.³ También por ello cuestionábamos el mantenimiento de la vigencia del Decreto N° 843/00 que en este y otros aspectos se contradice, ya no solo con postulados de la Organización Internacional del Trabajo, sino incluso con los de la propia ley que promueve su subsistencia.

De todos modos debe recordarse que la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (la que incluye el concepto de servicios de “utilidad pública”) opina que se deberían cumplir, por lo menos, dos condiciones para imponer servicios mínimos en servicios de utilidad pública:

En primer lugar, y este aspecto es de la mayor importancia, debería tratarse real y exclusivamente de un servicio mínimo, es decir, un servicio limitado a las actividades estrictamente necesarias para cubrir las necesidades básicas de la población o satisfacer las exigencias mínimas del servicio, sin menoscabar la eficacia de los medios de presión esenciales de que disponen los trabajadores para defender sus intereses económicos y sociales, sus organizaciones deberían poder participar, si lo desean, en la definición de este servicio, de igual modo que los empleadores y las autoridades públicas. Sería sumamente conveniente que las negociaciones sobre la definición y la organización del servicio mínimo no se celebraran durante los conflictos de trabajo, a fin de

3. Merece destacarse, además, que al referirse a las actividades de las cuales, pese a no ser servicios esenciales, la OIT admitió la restricción del derecho de huelga, los únicos ejemplos que menciona el decreto son, casualmente, los casos del transporte de pasajeros y mercancías que corresponden –precisamente– a los gremios que conducen la denominada CGT rebelde con quienes el gobierno de ese entonces mantenía una enemistad manifiesta.

que todas las partes interesadas pudieran negociar con la perspectiva y la serenidad necesarias. Las partes también podrían prever la constitución de un organismo paritario o independiente que tuviera como misión pronunciarse rápidamente y sin formalismos sobre las dificultades que plantea la definición y la aplicación de tal servicio mínimo y que estuviera facultado para emitir decisiones ejecutorias.⁴

3. La regulación específica

Sentado lo anterior, corresponde analizar ahora la regulación específica que prevé la nueva ley respecto de las actividades consideradas esenciales. Ello nos conduce necesariamente al análisis de las técnicas de regulación empleadas. Al efecto, la Ley N° 25877 solo dispone que la parte que inicie un conflicto **“deberá garantizar la prestación de servicios mínimos para evitar su interrupción”**.

La única disposición establecida en la ley es, como acabamos de señalar, la de “garantizar la prestación de servicios mínimos” con el objeto de “evitar su interrupción”.

De las diversas técnicas de regulación,⁵ la imposición de un mínimo de actividad durante la huelga es el mecanismo más frecuente y uno de los que de forma más directa restringe el ejercicio del derecho de huelga.

Este tipo de restricción directa es conocido en distintos ordenamientos, pero por su naturaleza traumática de privación del ejercicio del derecho de huelga, se contempla como una técnica que ha de revestir enormes garantías. En este sentido, resulta aleccionadora la doctrina de la OIT.

Para el Comité de Libertad Sindical de la OIT, el empleo de estos mecanismos requiere que se cumplan una serie de condiciones: en primer lugar, como ya indicáramos, se subraya que el ámbito al que ha de limitarse esta actuación gubernamental debe restringirse a aquellos servicios cuya interrupción pondría en peligro para toda o una parte de la población, la vida, la salud o la

4. OIT. Comité de Libertad Sindical (1996), *op. cit.*, párr. 560.

5. Sobre las diferentes técnicas de regulación ver: Baylos Grau, A. (1988), *op. cit.*, pp. 135 y ss.; Corte, N. T. (1991), *op. cit.*, pp. 114 y ss.; Pankert, A. (1991), *op. cit.*, pp. 64 y ss.

seguridad de las personas, de donde **el mínimo de actividad impuesto ha de ceñirse a las operaciones estrictamente necesarias para no comprometer la vida, la seguridad o la salud de las poblaciones.**⁶

Tal como señalan destacados autores

los servicios de mantenimiento y seguridad durante la huelga, en cuanto constituyen un límite al derecho fundamental, solo están justificados si se prestan a un nivel mínimo (si son marginales, en el sentido a que alude la STCT Español del 3 de junio de 1985, ar. 4352), de suerte que han de resultar objetivamente necesarios e implicar al menor número de trabajadores posible.⁷

Pues bien, en este aspecto el texto de la Ley N° 25877 prevé la obligación de **“garantizar la prestación de servicios mínimos para evitar su interrupción”**, concepto idéntico al de la Ley N° 25250 y tan vago como el que establecía el Decreto N° 2184/90 (“los necesarios a fin de atender las necesidades de los usuarios”).

No obstante la vaguedad mencionada, es claro que los servicios deben ser mínimos. Como ya señalara, la imposición de “guardias” solo se justifica si se efectúan a un nivel mínimo.

El Diccionario de la Real Academia Española define el concepto “mínimo” de la siguiente manera: “Dícese de lo que es tan pequeño en su especie, que no hay menor ni igual”.

Según afirma Néstor Corte, citando la opinión de la OIT, el alcance de la expresión “servicios mínimos” debería limitarse a “las operaciones estrictamente necesarias para no comprometer la vida o las condiciones normales de existencia de toda o parte de la población”,⁸ vale decir, que no se trata de preservar el funcionamiento normal de la prestación del servicio, sino de asegu-

6. Conf. Baylos Grau, A. (1988), *op. cit.*, p. 167.

7. Ver González Biedma, E. (1990), *op. cit.*, 27, y Baylos Grau, A. (1988), *op. cit.*, p. 207. Esta cita no es casual y tiene que ver con la abusiva implementación que se ha hecho del concepto de “servicios mínimos” que, como señalara, en algunos casos llegaban a ser paradójicamente los “máximos” (no sucede otra cosa cuando se fija el cumplimiento del 100% de los servicios).

8. Corte, N. T. (1991). Regulación de la huelga en los servicios esenciales. Santa Fe: Rubin-
zal-Culzoni, p. 119.

rar una cuota o nivel de prestación indispensable para “la cobertura mínima de las necesidades que tales servicios están destinados a satisfacer”⁹.

En cuanto a la comunicación de la medida, en forma similar a la que estableciera el Decreto N° 2184/90 y el Decreto N° 843/00, la nueva reglamentación (art. 7, Decreto N° 272/06) dispone la obligación de dar un segundo preaviso, además del que dispone la Ley N° 14786.

En este sentido, se establece que “una vez cumplida la obligación impuesta a las partes del conflicto por el artículo 2 de la Ley N° 14786 (la de comunicar a la autoridad administrativa), la parte que se propusiere ejercer medidas de acción directa deberá preavisarlo a la autoridad de aplicación con cinco (5) días de anticipación”, volviendo al plazo previsto en el Decreto N° 2184/90.

Se dispone la obligación de dar un doble preaviso antes de adoptar una medida de fuerza. El primero, que debe efectuarse en todo conflicto (sea en servicios esenciales o no) es el que establece el artículo 2 de la Ley N° 14786, que dispone que antes de recurrir a medidas de acción directa debe comunicarse esa decisión a la autoridad administrativa a fin de formalizar los trámites de la instancia obligatoria de conciliación.

Como puede advertirse, en nuestro país, entre la aparición del conflicto y su exteriorización mediante la articulación de medidas de acción directa, existen filtros temporales dilatados que luego son completados con otras restricciones, como la imposición de servicios mínimos.

Debe recordarse aquí que, conforme lo dispone la Ley N° 14786, antes de adoptarse una medida de acción directa, se debe comunicar al Ministerio de Trabajo esa decisión a fin de que se formalice la instancia obligatoria de conciliación que se extiende por un plazo de quince días (prorrogables por cinco días más) y recién al vencimiento de ese plazo las partes pueden recurrir a las medidas de acción directa que estimen convenientes y, en caso de tratarse de un “servicio esencial”, seguir el procedimiento analizado más arriba.

En el artículo 8 de la reglamentación, se establece que dentro del día inmediato siguiente de recibida la comunicación mencionada, las partes deben

9. Ver apartado “El derecho de huelga” en A. Martín Valverde, F. Rodríguez-Sañudo Gutiérrez y J. García Murcia (1990). *Derecho del trabajo*. Madrid: Tecnos, p. 246, citado por Corte, N. T. (1991), *op. cit.*, p. 119.

ponerse de acuerdo sobre los servicios mínimos que se mantendrán durante el conflicto, las modalidades de su ejecución y el personal que se asignará a la prestación de los mismos (de manera idéntica a lo que disponía el artículo 4 del Decreto N° 843/00), salvo que estuvieran especificadas en el convenio colectivo correspondiente en cuyo caso las partes deben comunicar por escrito a la autoridad de aplicación las modalidades de ejecución de aquellas, señalando concreta y detalladamente la forma en que se ejecutarán tales prestaciones, incluyendo la designación del personal involucrado, pautas horarias, asignación de funciones y equipos.

El artículo 10 del decreto dispone que si las partes no cumplieran con las obligaciones previstas en sus artículos 7, 8 y 9, dentro de los plazos establecidos para ello, o si los servicios mínimos acordados por las mismas fuesen insuficientes, la autoridad de aplicación, en consulta con la Comisión de Garantías, fijará los servicios mínimos indispensables para asegurar la prestación del servicio, cantidad de trabajadores que se asignará a su ejecución, pautas horarias, asignación de funciones y equipos, procurando resguardar tanto el derecho de huelga como los derechos de los usuarios afectados. La decisión será notificada a las partes involucradas y, en caso de incumplimiento, se procederá de acuerdo a lo previsto en el artículo 14 de esa reglamentación.

Tal como señaláramos más arriba, no corresponde al Ministerio de Trabajo fijar los servicios mínimos de acuerdo con el criterio que ha puesto de manifiesto la OIT sobre el organismo habilitado para decidir este tipo de controversias.

En efecto, en varios casos, uno de ellos de Argentina, el Comité de Libertad Sindical expresó que

respecto al alegato relativo a la exigencia legal de un servicio mínimo cuando se trate de una huelga en los servicios públicos esenciales, y cuya divergencia en cuanto al número y ocupación es resuelta por la autoridad del trabajo, en opinión del Comité, la legislación debería prever que dicha divergencia fuese resuelta por un órgano independiente y no por el Ministerio de Trabajo o el ministerio o empresa pública concernida.¹⁰

10. OIT. Comité de Libertad Sindical (1996), *op. cit.*, párr. 561. Véanse 291° informe, casos 1648 y 1650, párr. 467; y 292° informe, caso 1679, párr. 93 (Argentina).

En igual sentido, y priorizando la no injerencia de la autoridad administrativa, el comité también ha señalado que

un pronunciamiento definitivo y con completos elementos de apreciación sobre si el nivel de servicios mínimos fue o no el indispensable solo puede realizarse por la autoridad judicial, toda vez que supone en particular un conocimiento en profundidad de la estructura y funcionamiento de las empresas y establecimientos concernidos y del impacto efectivo que tuvieron las acciones de huelga (véanse 254° informe, caso núm. 1403, párrafo 447, y 292° informe, caso núm. 1679, párrafo 97).

Además de las obligaciones mencionadas, la nueva reglamentación también impone deberes en cabeza de los empleadores. Así, 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 cuarenta y ocho (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. Asimismo, deberá arbitrar los medios tendientes a la normalización de la actividad una vez finalizada la ejecución de dichas medidas (art. 12, Decreto N° 272/06).

No obstante lo anterior, el artículo 24 de la ley ordena que en los servicios esenciales en caso de medidas legítimas de acción sindical solo debe garantizar la prestación de servicios mínimos la parte que adopta la medida. En este aspecto existe una diferencia con el artículo 33 de la Ley N° 25250, ya que en esa norma se obligaba a ambas partes a esa prestación de servicios mínimos.

Finalmente, en cuanto a las sanciones por incumplimientos, el decreto reglamentario prevé la aplicación de los regímenes establecidos en las leyes N° 23551 y N° 25212, pero respecto de la falta de cumplimiento del deber de trabajar, la norma aclara que la responsabilidad del trabajador “no podrá comprometer de ninguna manera la estabilidad en el empleo ni provocar la extinción o alteración definitiva de la relación laboral”.

4. Garantías compensatorias

Es cierto que la OIT admitió la restricción al ejercicio del derecho de huelga en algunos servicios, pero también sostuvo que dichas restricciones deben ir acompañadas de garantías compensatorias apropiadas.¹¹

Reiteradamente la OIT ha indicado que

cuando el derecho de huelga ha sido limitado o suprimido en empresas o servicios considerados esenciales, los trabajadores deben gozar de una protección adecuada, de suerte que se les compensen las restricciones impuestas a su libertad de acción durante los conflictos que puedan surgir en dichas empresas o servicios.¹²

Y ha señalado que

en cuanto a la índole de las garantías apropiadas, la limitación de la huelga debe ir acompañada por procedimientos de conciliación y arbitraje adecuados, imparciales y rápidos en que los interesados puedan participar en todas las etapas, y en los que los laudos dictados deberían ser aplicados por completo y rápidamente¹³

o de otras garantías tales como “la negativa del derecho de cierre patronal”.¹⁴ A su vez el Comité de Libertad Sindical también ha afirmado que

en caso de mediación y arbitraje en conflictos colectivos, lo esencial es que todos los miembros de los órganos encargados de esas funciones no sólo sean estrictamente imparciales, sino que también lo parezcan, tanto a los empleadores como a los trabajadores interesados, para obtener y conservar la con-

11. Llamativamente, esta contrapartida exigida para admitir la restricción es mencionada en los considerandos del decreto, aunque se omite su tratamiento en el cuerpo de la reglamentación.

12. OIT. Comité de Libertad Sindical (1996), *op. cit.*, párr. 546.

13. OIT. Comité de Libertad Sindical (1996), *op. cit.*, párr. 547.

14. OIT. Comité de Libertad Sindical (1996), *op. cit.*, párr. 551.

fianza de ambas partes, de lo cual depende realmente el funcionamiento eficaz del arbitraje, aun cuando sea obligatorio.¹⁵

Sin embargo, pese a las expresas indicaciones de la OIT, la reglamentación omite toda mención a alguna de estas garantías compensatorias que ineludiblemente deben instrumentarse cuando se restringe el ejercicio del derecho de huelga.

5. Paros nacionales

En el Decreto N° 2184/90 no se había legislado expresamente respecto a disposiciones reglamentarias con relación a medidas legítimas de acción sindical (Ley N° 23551) o medidas de acción directa (Decreto N° 467/88) que tengan alcance nacional o general, es decir, lo que el decreto denomina “paro nacional de actividades”.

Ese decreto de 1990 no podía hacerlo toda vez que había recurrido al subterfugio de aparecer como reglamentario de la Ley N° 14786, denominada “de conciliación obligatoria”. Ello es así por cuanto esta ley regula solo los conflictos de intereses que se dan entre empresas, cámaras empresarias, organismos nacionales, provinciales o municipales y sindicatos, pero de ninguna manera lo hace cuando el conflicto involucra al gobierno nacional. Así lo sostuvo Héctor Recalde en ocasión del primer paro nacional que el movimiento obrero le decretó a la administración anterior, el día 9 de noviembre de 1992. Esta afirmación sacó de quicio a un alto funcionario de la cartera laboral, quien en un diario de circulación nacional afirmó que solo un ignorante podría sostener dicha tesis.

Tiempo después, la Dra. Amanda Caubet de Fernández Madrid, en un artículo escrito junto con Héctor Recalde –editado por la revista jurídica *La Ley* y publicado el día anterior a la realización de otro paro nacional¹⁶ también sostuvo la tesis de la no aplicación del sistema a esta clase de conflictos.

15. OIT. Comité de Libertad Sindical (1996), *op. cit.*, párr. 549.

16. Ver diario *La Ley*, 1° de agosto de 1994.

Para demostrar por el absurdo la inaplicabilidad del Decreto N° 2184/90 al paro nacional, basta decir que en ocasión del realizado el 9 de junio de 2000, el Ministro de Trabajo, Alberto Flamarique, tendría que haber convocado a conciliación obligatoria al presidente de la Nación, Dr. Fernando de la Rúa, por una parte, y por la otra a Hugo Moyano, secretario general de la CGT rebelde, a Rodolfo Daer, secretario general de la CGT oficialista, y a Víctor De Gennaro, secretario general de la Central de Trabajadores Argentinos. Si no lograba avenir a las partes, por ejemplo convenciendo al presidente de que cambiara el modelo económico o a las centrales sindicales a que aceptaran los ajustes y la flexibilización laboral, podría imponerle a “las partes” que “el estado de cosas se retrotraiga al existente con anterioridad al acto o hecho que hubiere determinado el conflicto” (conf. art. 10 de la Ley N° 14786). Absurdo, ¿no?

La reglamentación actual establece que “si la medida de acción directa consistiere en paro nacional de actividades o cualquier otra ejercida por centrales sindicales u organizaciones empresariales con representatividad sectorial múltiple, se aplicarán las disposiciones establecidas en la presente reglamentación en lo que corresponda”.

Ya se ha señalado precedentemente, entendemos que en caso de un paro general en el que el gobierno es parte, no puede el Ministerio de Trabajo ejercer las mismas facultades que el decreto le asigna en caso de conflictos parciales.

6. Sanciones por incumplimientos

Pese a que el objetivo perseguido por la ley (al menos el que surge de su texto) es la satisfacción del cumplimiento de servicios mínimos que impidan la interrupción de servicios esenciales para la comunidad, y aun cuando la norma impone la obligación de garantizarlos en cabeza de ambas partes, en la ley solo se prevén sanciones para el sector de los trabajadores.

En este aspecto la disposición legal también es similar a la del decreto derogado (tanto en el tipo de sanciones, las contempladas en los incisos 2 y 3 del art. 56 de la Ley N° 23551, como en la ausencia de sanciones para el sector de los empleadores) y, de la misma manera que en aquel, se evidencia en el

legislador una mayor preocupación por limitar la protesta que por garantizar la prestación de los servicios esenciales.

Sin embargo, el decreto reglamentario corrige esta omisión, aclarando que

la inobservancia por alguna de las partes de los procedimientos conciliatorios establecidos en la legislación vigente y en la presente reglamentación, o el incumplimiento a disposiciones de la autoridad de aplicación dictadas en ejercicio de sus facultades legales, dará lugar a la aplicación de los regímenes establecidos por las leyes 23551 y 25212.

La Ley N° 25212 prevé el régimen de sanciones por infracciones a las normas laborales y establece como “falta muy grave” a “la violación por cualquiera de las partes de las resoluciones dictadas con motivo de los procedimientos de conciliación obligatoria y arbitraje en conflictos colectivos”. Para estas infracciones la multa prevista es de entre \$ 1.000 y \$ 5.000 por cada trabajador afectado por la infracción.

En caso de reincidencia se prevé como sanciones la “clausura del establecimiento” (de la empresa) hasta un máximo de diez días, manteniéndose el derecho de los trabajadores al cobro de las remuneraciones (en caso de ser servicios públicos esenciales, se deben garantizar los servicios mínimos), y también la inhabilitación por un año para acceder a licitaciones públicas y la suspensión de los registros de proveedores o aseguradores de los Estados nacional y provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En el plano individual, si bien la ley omite hacer la remisión que efectuaba el Decreto N° 2184 a “las disposiciones legales, estatutarias o convencionales que les resulten aplicables” (art. 7), el decreto sí lo hace utilizando la misma fórmula que la del decreto 2184/90 (textualmente transcripta). Queda clara la amenaza a la que hicieramos referencia en cuanto a que la declaración de la ilegalidad de la huelga acarrea la consecuencia de despidos “justificados”.

7. La terminología empleada

Otra de las observaciones que merece efectuarse tiene que ver con la terminología empleada o, si se quiere, con la técnica legislativa y, concretamente, con la calificación de las medidas que se tomen en razón de un conflicto. En doctrina se habla en términos generales de “la huelga y demás medidas de acción directa”.

Así fue en todas las normas de nuestra legislación, como por ejemplo en las leyes N° 14455, 14786, 20615, 20744, con la Regla Estatal N° 22105 y con el Decreto N° 969/66 del Presidente Illia, hasta que en 1988, y con mucha resistencia empresaria, se sanciona la Ley N° 23551. Es con esta norma y de acuerdo con nuestra interpretación de los sucesos de entonces, que debido a los *lobbies* de ciertos sectores de grandes empresas, se altera su denominación. En esta ocasión, y desde el artículo 5 de la Ley de Asociaciones Sindicales de Trabajadores, se la comienza a llamar como “**huelga y demás medidas legítimas de acción sindical**”, aunque el Decreto Reglamentario N° 467/88, en su artículo 14, la vuelve a denominar como “**medidas de acción directa**”.¹⁷

En esta ocasión, los legisladores hicieron una suerte de *mix*, ya que la denominación escogida es la de “**medidas legítimas de acción directa**”, con lo que toma algo de “cada casa”, aunque luego en el Decreto N° 272/06 vuelve a denominarse “medidas de acción directa”.

Hecha la salvedad debemos decir en primer lugar, que el texto legal al referirse al sujeto titular del derecho como a “las partes” parece englobar tanto la huelga como el *lock-out*, mezclando así categorías absolutamente disímiles.

La huelga es un derecho constitucional puesto por el artículo 14 bis en cabeza de los gremios, mientras que el *lock-out* no solo no es un derecho constitucional, sino que ni siquiera una ley regula o habilita a los empresarios a tal ejercicio.

17. Sobre este tema, se puede consultar Rodríguez, E. O. y Recalde, H. P. (1989). *Nuevo régimen de asociaciones sindicales*. Buenos Aires: Gizeh, pp. 85 y ss.

Capítulo 10

Medidas de los empleadores y sus asociaciones

1. Concepto

La palabra *lock-out* procede del inglés y significa “cerrar afuera”, “dejar afuera”. En italiano se la denomina “serrata” y en castellano se la conoce bajo diversas denominaciones, tales como “cierre” o “paro patronal”, como así también “huelga patronal”. Algunos autores utilizan el vocablo “contrahuelga” para calificar ciertas situaciones comprendidas.

De estas acepciones, consideramos que paro patronal es la más correcta, puesto que el “cierre” tiene o puede tener otros alcances o situaciones que no se relacionan con ella –como cuando cesa definitivamente una empresa por cualquier otra circunstancia– y la “huelga” se suele hacer extensiva a situaciones que en realidad no lo son. Si bien el vocablo “paro” no ostenta los caracteres típicos de una huelga consideramos que es la que más se aproxima en nuestro idioma, puesto que evidencia la voluntad del empresario de cerrar el establecimiento en forma temporaria para abrirlo en otras condiciones o buscando conservar las existentes.

El *lock-out* consiste en uno de los métodos a los cuales los empresarios han recurrido para presionar o contrarrestar los efectos de las presiones ejercidas por los trabajadores o sus asociaciones sindicales. Se trata de una modalidad poco habitual y excepcional, lo que explica el reducido número de casos en los que se registra en la práctica y jurisprudencia.

Tal como señala Ruprecht es importante distinguir el *lock-out* propio de las relaciones colectivas de trabajo del económico. El primero es el típico, mientras que el segundo es utilizado para designar la situación en la que los empresarios no envían sus productos al mercado o no prestan sus servicios para obtener una mejora en sus ingresos.¹

Existen diversas definiciones en torno al *lock-out*, siendo algunas de ellas las descritas por Ruiz Castillo,² que define al cierre patronal “como el instrumento típico y más explícito de lucha o presión colectiva de los empresarios”, o la de Gallarrt Folch,³ que lo define como “un fenómeno social análogo a la huelga pero de iniciativa patronal caracterizado por la suspensión colectiva y concertada del trabajo, y cuyos objetivos son casi siempre, de orden profesional y económica”. Según González Ortega,⁴ el *lock-out* consiste en un medio de presión laboral utilizado por los empresarios, consistente en el cierre patronal de sus centros de trabajo, con la consiguiente imposibilidad para los trabajadores de realizar su prestación, con la finalidad de imponer a estos determinadas condiciones laborales, de responder a una huelga o a cualquier otro medio de presión de los trabajadores, por solidaridad, o por móviles políticos.

Hay divergencia en la doctrina respecto de la existencia del instituto. De acuerdo con De Ferrari,⁵ desde el punto de vista moral es insostenible como instituto del derecho mientras que para Segadas Vianna⁶ es siempre un abuso del poder empresarial. Las críticas se basan en la desproporcionalidad de fuerzas económicas que median entre trabajadores y empleadores, lo que hace que a los empresarios les sea mucho más fácil afrontar esta situación, que lesiona a la sociedad y que se trata de un abuso del derecho. Sin embargo,

1. Ruprecht, A. (2010). El lock out. En J. C. Fernández Madrid (dir.). *Derecho laboral: doctrinas esenciales, 1936-2010*. Buenos Aires: La Ley.

2. Ruiz Castillo, M. del Mar (1990). *El cierre patronal*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, p. 18.

3. Gallart Folch, A. (1936). *Derecho Español del Trabajo*. Barcelona: Labor.

4. González Ortega, S. (2002). *El derecho del trabajo en la empresa*. Madrid: Colex.

5. de Ferrari, F. (1971). *Derecho del trabajo: vol. IV*. Buenos Aires: Depalma, p. 315.

6. Sussekind, A., Maranhão, D. y Segadas, J. (1987). *Instituições de direito do trabalho: tomo II*. Río de Janeiro: Freitas Bastos, p. 1111.

algunos autores sostienen que es un derecho patronal que forma parte de la libertad de comerciar y trabajar de los empleadores como un principio igualmente constitucional al de huelga que no puede ser negado.

Sea cual fuera la postura no sería posible equiparar al cierre patronal con la huelga ya que el primero es un exceso de poder para quienes se encuentran en posiciones de superioridad mientras que la huelga es el contrapeso para compensar la hiposuficiencia de los trabajadores en las relaciones de trabajo. Tampoco se debe confundir el *lock-out* con la huelga por cuanto se ha dicho que esta es un instrumento de liberación y el *lock-out* una forma más de opresión económica.⁷

El *lock-out* puede definirse como la cesación temporaria de tareas, de manera total o parcial, dictada por uno o varios empleadores en defensa de sus intereses profesionales o económicos frente a los trabajadores.

De acuerdo con esta definición, el *lock-out* posee tres elementos esenciales que lo distinguen: el hecho, los sujetos (sujeto activo - sujeto pasivo) y la finalidad perseguida.

El hecho consiste en el presupuesto material o elemento objetivo de la medida que se configura por la clausura temporaria del lugar de trabajo, decidido unilateralmente por uno o varios empleadores u organizaciones de empleadores. Supone la prohibición de ingreso al lugar de trabajo con la consecuente imposibilidad de la prestación de servicios.

En cuanto a los sujetos intervinientes, el sujeto activo de la medida es necesariamente el empleador, pudiendo ser dispuesta tanto por un empleador individual como por un grupo de ellos en forma concertada. El sujeto pasivo de la medida lo constituyen los trabajadores dependientes del empleador que dispone la medida por cuanto el cierre se dirige contra ellos. Resulta indiferente si los trabajadores se hallasen o no afiliados a una asociación sindical. El *lock-out* puede abarcar todo el establecimiento o todos los establecimientos de la empresa (*lock-out* total), o bien, circunscribirse a una planta o sección (*lock-out* parcial).

La finalidad perseguida constituye el factor subjetivo y se refiere a lo que se procura obtener con la medida. Para su configuración no basta la sola pre-

7. de Ferrari, F. (1971), *op. cit.*, p. 314.

sencia del elemento objetivo, sino que se requiere además que responda a una motivación de índole profesional, aunque también se podría dar el caso poco común, que se dé por razones políticas o sociales.

2. Modalidades

De acuerdo a la doctrina existen diversas modalidades de *lock-out*:

Lock-out defensivo: como medida para contrarrestar los efectos de las presiones ejercidas por los trabajadores, generalmente, a través de la huelga.

Lock-out ofensivo: como medida de presión sobre los trabajadores para forzar la aceptación de nuevas condiciones de trabajo o impedir su modificación.

Lock-out de solidaridad: como manifestación de solidaridad con otros empleadores.

El *lock-out* defensivo es utilizado generalmente como respuesta a una huelga existente y dirigida contra los huelguistas, o contra todos los dependientes, aunque no participen de la medida de acción sindical.

Los efectos principales de esta medida cuando es legalmente ejercida podrían resumirse en los siguientes: se suspenden ciertos efectos del contrato de trabajo durante su transcurso; el empleador no da ocupación a sus trabajadores y estos no perciben su remuneración, con lo cual quedan congeladas las dos principales obligaciones.

El vínculo contractual del personal alcanzado por la medida no desaparece ni se rescinde, solo se suspende y en algunos efectos.

3. Clases

De acuerdo a la doctrina existen diversas clases de *lock-out*:

La primera clasificación es la de legal o ilegal, según se encuentre legalmente prohibido o no por la normativa vigente.

La segunda clasificación es de legítimo o ilegítimo, según lo sean sus fines. Cuando las pretensiones laborales de los trabajadores hacen imposible la continuación de la marcha de la empresa y se han agotado las instancias de

negociación o cuando la actitud de los trabajadores pone en peligro grave los bienes materiales de la empresa.

Cuando el paro patronal es ilegal o ilegítimo el empleador debe afrontar los salarios caídos durante ese lapso, pero si se trata de uno meramente defensivo y se cumplen los trámites reglamentarios, la solución aplicable debe ser otra.

En nuestro derecho, la posibilidad de presión patronal referida al ejercicio de los poderes de dirección está coartada por los artículos 66 y 68 de la LCT, que requieren que la medida que se adopte sea funcional; impide la posibilidades de traslados que perjudiquen al trabajador o cambios en la producción que no respondan a las necesidades de la empresa.

4. Libertad o derecho

La libertad constituye uno de los principios fundamentales de nuestra Constitución Nacional. Doctrinariamente se ha sostenido que la única limitación para el ejercicio de dicho derecho consiste en no transgredir ni violar el derecho de las demás personas, parámetro asumido por la ley sobre el principio de legalidad del artículo 18 y el principio de reserva del artículo 19, por lo que la ley es la única que puede precisar qué es lo que la persona tiene permitido o no realizar. Asimismo, existen en nuestra Constitución Nacional una serie de derechos que no surge expresamente del texto fundamental pero sí en forma implícita de sus postulados, de acuerdo al artículo 33 de la Constitución Nacional. De tal modo, las excepciones o limitaciones a la libertad de las personas son de procedencia restrictiva.

El ejercicio del *lock-out* por parte del empleador ante medidas irregulares de fuerza llevadas a cabo por los trabajadores encontraría cabida en el marco de las causas genéricas de justificación, pues se trataría de una medida de autodefensa frente a conductas de terceros que lesionaran ilícitamente sus intereses y derechos, constituyendo por tanto una medida legítima por su base y finalidad, ya que tendería a impedir el peligro al que quedaría expuesto frente a acontecimientos antijurídicos que lo perjudican.

Consideramos, única y excepcionalmente, el *lock-out* defensivo como medida legítima de los empleadores y sus asociaciones frente a situaciones en las

que resulta necesario que el cierre conserve el mantenimiento de ciertos derechos del empresario frente a huelgas que por su modalidad provocan grandes perjuicios y constituyen una violación de las obligaciones del empleado y su deber de diligencia. El cierre lícito es el cierre defensivo dirigido a salvaguardar la integridad física del empresario de otros trabajadores, e incluso de terceros ajenos al conflicto. En tales casos, la medida *lock-out* constituye un medio de defensa contra una agresión ilícita a derechos reconocidos constitucionalmente.

Como señala Krotoschin

el empleador es quien dirige la empresa y es responsable por su funcionamiento. Cuando hay una agresión contra esta función patronal, no autorizada por el derecho –huelga ilícita–, o cuando la organización instrumental de medios personales materiales o inmateriales que constituye la empresa (art. 5, LCT) corre peligro de sufrir daños desproporcionados, de orden material o personal, debe reconocer al empleador un derecho de defensa.

Un cierre patronal ilegal genera al empresario responsabilidades administrativas –multas impuestas por la autoridad del trabajo–, contractuales –deber del empresario a abonar los salarios y a cotizar por el tiempo no trabajado– y penales –delitos de sedición, coacciones y contra la libertad sindical–.

Bibliografía

- Alonso Olea, M. (1983). Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y seguridad social. *Civitas, I*.
- Álvarez, E. O. (1998). Conflicto Colectivo y Derecho de Huelga. En *Derecho Colectivo del Trabajo*. Buenos Aires: La Ley.
- Baylos Grau, A. (13 de octubre de 1999). *La regulación del conflicto: el derecho de huelga*. (Ponencia en el Seminario El Estado y los conflictos sociales). Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho. Buenos Aires. Recuperado de <http://cedesi.blogspot.com.ar/2007/11/la-regulacin-del-conflicto-el-derecho.html>.
- Baylos Grau, A. (1988). *Derecho de huelga y Servicios Esenciales*. Madrid: Tecnos.
- Baylos Grau, A. (1991). *Derecho del Trabajo: modelo para armar*. Madrid: Trotta.
- Baylos Grau, A. (1998). Formas nuevas y reglas viejas en el conflicto social. *Revista del Derecho Social*, 2, 67-82.
- Baylos Grau, A. y Terradillos Basoco, J. (1991). *Derecho Penal del Trabajo*. Madrid: Trotta.
- Casas Baamonde, M. E. (1985). Las huelgas atípicas en el ordenamiento jurídico español. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 24, 509-534.
- Cassagne, J. C. (1990). La reglamentación de la huelga en los servicios esenciales. *Revista El Derecho* 139, 865.
- Corte, N. T. (1991). *Regulación de la huelga en los servicios esenciales*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Ermida Uriarte, O. (1983). *Apuntes sobre la huelga*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Ermida Uriarte, O. (1999). *La flexibilización de la huelga*. Montevideo: Fundación Cultura Universitaria.
- González Biedma, E. (1990). Los servicios de seguridad y mantenimiento en la empresa durante la huelga (I). *Relaciones Laborales*, 9,8-38.
- Kahn-Freund, O. (1987). *Trabajo y Derecho*. Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.
- Marx, C. (2010). *Salario, precio y ganancia*. Recuperado de <http://centromarx.org/images/stories/PDF/salario.pdf>
- OIT (1996). La libertad sindical: recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.

- Ojeda Avilés, A. (1995). *Derecho sindical*. Madrid: Tecnos.
- Palomeque López, M. C. (2002). *Derecho del trabajo e ideología: medio siglo de formación ideológica del derecho de trabajo en España (1873-1923)*. Madrid: Tecnos.
- Palomeque López, M. C. y Álvarez de la Rosa, M. (1999). *Derecho del trabajo*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.
- Recalde, H. P. (1995). *Política Laboral 1989-1995*. Buenos Aires: el autor.
- Recalde, H. P. (mayo de 1990). Respuestas a la encuesta de la *Revista Derecho Laboral*, 215.
- Recalde, M. *Críticas a la reglamentación del derecho de huelga en el ámbito del Poder Judicial de la Nación*, en prensa.
- Rodríguez, E. O. y Recalde, H. P. (1989) *Nuevo régimen de asociaciones sindicales*. Buenos Aires: Gizeh.
- Sala Franco, T. y Albiol Montesinos, I. (1989). *Derecho sindical*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Sánchez Martínez, M. O. (1997). *La huelga ante el derecho: conflictos, valores y normas*. Madrid: Dykinson.
- Segura, A. (1991). El decreto 2184 reglamentario del derecho de huelga en los servicios esenciales: desactivación de su faz represiva. *Revista Derecho del Trabajo (La Ley)*, (1991-A).
- Supiot, A. (coord.) (1999). *Trabajo y empleo*. Valencia: Lo Blanch.
- Valdés Dal-Ré, F. (1975). Notas para una reelaboración crítica del marco normativo de la huelga (1936-1975). *Revista de Trabajo*, (52), 217-242.

DT

Digamos que el derecho colectivo del trabajo fue y es materia de dedicación de todos los sectores relacionados directa o indirectamente con el vasto mundo del trabajo humano asalariado. Los enfoques parten desde disímiles pensamientos, posiciones antagónicas, intereses contrapuestos, diversos estamentos y representaciones varias. La doctrina se nutre tanto de fallos judiciales como de escritos de abogados de empresas, de trabajadores, de organizaciones empresarias y de sindicatos. Pienso que el abordaje que se realice acerca de la temática, por más empeño que se manifieste en contrario, nunca es neutral y este libro tiene, además, la virtud de no serlo. [...]

Tal vez la riqueza en esta como en cualquier otra materia, sea la honesta confrontación de pensamientos desde un riguroso saber científico y de la pulcritud en el análisis de la normativa como de la valorable posición de *lege ferenda*.

[Extracto del Prólogo]