

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

Presidente	LORENZO P. GNECCO
Vicepresidente	ANA A. BARILARO
Secretaria	SILVIA I. GUTIÉRREZ GARAY
Tesorero	ABEL N. DE MANUELE
Prosecretaria	MARÍA TERESA ALONSO PARDO
Protesorero	MIGUEL ÁNGEL GORLA
Vocales titulares	VICTORIA PÉREZ TOGNOLA LILIANA RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ MARCELO AQUINO ESTEBAN CARCAVALLO
Vocales suplentes	JAVIER H. DELFINO JUAN PABLO MUGNOLO
Revisores de cuentas	DIEGO TOSCA JUAN CARLOS MARIANI SILVIA SAINO

Anuario

Asociación Argentina de Derecho
del Trabajo y de la Seguridad Social
(A. A. D. T. y S. S.)

EDITOR RESPONSABLE

LORENZO P. GNECCO

SECRETARIA DE REDACCIÓN

MARÍA EUGENIA E. PLAZA

CONSEJO DE REDACCIÓN

LILIANA RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ

ANA A. BARILARO

RICARDO A. GUIBOURG

ALBERTO L. RIMOLDI

JOSÉ RODRÍGUEZ PONTE

ÍNDICE GENERAL

<i>Prólogo</i> , por LORENZO P. GNECCO.	9
<i>Servicios esenciales. Medidas de acción directa. Derechos del consumidor</i> , por MARCELO AQUINO	21
<i>Principios y reglas en conflictos de encuadramiento</i> , por CÉSAR ARESE.	51
<i>La titularidad del derecho de huelga y la desarticulación pretoriana del “modelo sindical argentino”</i> , por CARLOS CÉSAR ARONNA	93
<i>El ineludible camino de la huelga</i> , por ABEL N. DE MANUELE	105
<i>El derecho de huelga: marco normativo y jurisprudencial. Avances y retrocesos</i> , por VIVIANA MARIEL DOBARRO	133
<i>Los conflictos colectivos en la actualidad: individuación, empresarialización y descolectivización</i> , por ALEJANDRO RAÚL FERRARI	195
<i>Apuntes sobre la legalidad del “lock-out”</i> , por LORENZO P. GNECCO	211
<i>Algunas reflexiones sobre las razones del conflicto laboral</i> , por HORACIO LAS HERAS	269
<i>La huelga en su contexto, 2018</i> , por JUAN MANUEL LORENZO.	291
<i>Conflictos colectivos. Composición o autocomposición, ése es el dilema</i> , por JORGE OSCAR MORRESI	301
<i>Algunas reflexiones en torno a la titularidad del derecho de huelga</i> , por JUAN PABLO MUGNOLO	349
ÍNDICE SUMARIO	371

PRÓLOGO

Se me ha honrado con la oportunidad de prologar la presente obra, lo cual con sincera modestia agradezco y en grado sumo. Debo señalar que me he sentido, en rigor, doblemente honrado. En primer término, cuando a comienzos del año 2018 se me invitara a colaborar con la preparación de un ensayo para dicha publicación junto con distinguidos juristas, lo cual percibiera como una inmerecida distinción, más aún dada la calidad de los trabajos y de los autores que caracterizaran las publicaciones anteriores de la misma obra desde su creación. Y ahora, ya finalizada su preparación, al haberseme invitado, de manera igualmente inmerecida, para realizar la presentación de la misma.

En orden a ello, parecería necesario inicialmente memorar, en cuanto al marco en el cual naciera la publicación, que la misma hubo de responder desde su origen al cumplimiento de los objetivos fijados hace más de seis décadas por los fundadores de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de promover, realizar y difundir estudios e investigaciones relativos al Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social a través de muy amplias y diversas actividades, formas y medios.

En ese cuadro, a principios de 2009 hubo de sumarse un nuevo aporte en el sentido indicado, que fue la edición de un Anuario dedicado en cada oportunidad al estudio de una misma temática, a fin de poder abordar cada tema con mayor profundidad y por autores distintos designados especialmente a tal efecto y desde sus respectivos y enriquecedores puntos de vista. Desde entonces, el Anuario ha venido siendo objeto de publicación, abordándose en cada ocasión una nueva y útil temática sobre materias distintas de las disciplinas cuyo estudio e investigación fomenta la entidad.

En la presente oportunidad, la obra versa sobre la temática de los *Conflictos colectivos de trabajo*, tema sugerido y aprobado el año precedente, habiéndose seleccionado para su estudio y desarrollo, y siguiendo el mismo criterio amplio y enriquecedor de años precedentes, a distintos autores, juristas, docentes, magistrados y profesionales especializados de la disciplina laboral, habiendo sido el suscripto uno de los invitados para tal fin. Por naturales razones, más allá de su sola mención, quedarán fuera de estas líneas toda otra referencia o consideración relativas a dicha colaboración.

No son pocas las dificultades que naturalmente deben afrontarse para expresar de manera sintética cuestiones tan vitales como las que han constituido el objeto de la obra, dificultades que resultan producto, muchas veces, de la movilidad de una materia que siempre se encuentra en proceso de formación y transformación, como también de la complejidad de los elementos y factores que influyen sobre la estructura y la evolución de la misma, dándole una fisonomía *sui generis*. No puede olvidarse, decía Castán Tobeñas, que la disciplina a su respecto es la resultante de principios y tendencias venidos de muy diversas procedencias, y que dan matices variadísimos a cada una de sus instituciones. La presencia mayor o menor de esos ingredientes y su respectivo predominio dan un tono distinto a dichas instituciones y a cada ordenamiento positivo, mas siempre se advierte en ellos la influencia y la lucha de los mismos.

Hay, ciertamente, una evolución del Derecho Colectivo Laboral que es parte de la vida, y que tiene que adaptarse necesariamente a las siempre cambiantes formas de la existencia, sus problemáticas. Las organizaciones sociales presentan cotidianamente problemas insolubles con las normas tradicionales. Hasta los viejos conceptos se transforman y lo mismo ocurre con la fenomenología de los conflictos que en ellas acontecen. Se trata, además, de una singular rama del Derecho del Trabajo, a la que algunos autores la han considerado la más típica y específica de la disciplina jurídica, e, incluso, la más importante, y donde reposa un principio general y esencial, como lo es la libertad sindical. Uno de los instrumentos más significativos por antonomasia que se despliegan en su ámbito, particularmente en el tema de los conflictos colectivos, como lo es el fenómeno de la huelga, ha concitado

desde siempre una especial preocupación y aproximaciones divergentes para procurar definirlo y aprehenderlo, suscitando las preocupaciones de Sinay, Siebrecht, Santoro-Passarelli, Hueck y Nipperdey, Durand y Vitu, Nikisch, García Abellán, Alonso García y tantísimos otros prestigiosos autores, sin que se arribara a una común aquiescencia a su respecto.

Recuerda Montoya que el conflicto es, en todas las sociedades, más que un accidente patológico un hecho normal, un hecho inevitable según Adam y Reyanud, tan natural a la vida social como a la misma condición humana. Por su naturaleza, el Derecho busca, entre otras cosas, reconducir al orden las situaciones de conflicto. Toda su estructura no es, sino, un gigantesco esfuerzo –no siempre coronado por el éxito– de superación de conflictos y de creación de solidaridad. Ello tiene, ciertamente, un sentido final: la justicia, ideal jurídico, el término hacia el cual, según dijera Casares, debe tender todo Derecho, desde que el fin de éste es establecer en la sociedad un orden temporal justo.

Y es que, en palabras de Corts Grau, no cabe caer en un juego desvitalizado de conceptos cuya ineludible consecuencia es la deshumanización del Derecho.

En el caso de las relaciones de trabajo, el conflicto colectivo presenta una muy especial significación, aunque no es dable observar un consenso en nuestra disciplina acerca de qué debe entenderse por tal, más allá de evidenciarse, como refiere Álvarez, distintas clasificaciones de las controversias que, allende la fragilidad de todo intento lógico de encuadre, resultaría de utilidad a los fines del análisis de las características jurídicas y consecuencias que traen aparejadas las diversas manifestaciones que pudieran asumir las contiendas. En todo caso, y dada la variedad y multiplicidad de facetas que puede asumir la conflictividad, parecería tornarse exigible una perspectiva no dogmática para su adentramiento.

En la temática en cuestión, entendemos que las aportaciones doctrinales realizadas en este Anuario suponen estimulantes medios de estudio y de difusión de la misma.

Observando la medida impuesta por la índole de la obra, se ha ahondado en la misma en la exposición, en los matices y en el debate

doctrinario y jurisprudencial que los problemas abordados han suscitado, asuntos cada vez más numerosos, diversos y delicados, sin dejar de hacer las referencias necesarias a las normas, cualquiera sea su carácter, relacionadas con las materias expuestas. Con claridad, sencillez y elocuencia, los trabajos presentan distintos enfoques, ángulos y perspectivas diferentes, lo cual es natural y a la vez sumamente enriquecedor al observador. Y es que, como hace mucho tiempo señalará un prestigioso jurista, el Derecho es cosa humana, por lo que el criterio para interpretarlo y aplicarlo ha de ser también humano, con sus lógicas diferencias.

Se trata de un número considerable de estudios monográficos, y algunos con distintas notas. Existen en ellos abundantes referencias a la doctrina científica, tanto nacional como extranjera, suficiente información sobre la jurisprudencia y su evolución, tanto del máximo tribunal como de los demás tribunales nacionales y provinciales, con oportunas pinceladas críticas y también algunas sugerencias *de lege ferenda*.

El doctor Marcelo Aquino hubo de ocuparse del tema de los *Servicios esenciales* en su relación con las medidas de acción directa y los derechos del consumidor. Repasa inicialmente el concepto sobre el cual gira el ensayo a partir de los dictámenes del Comité de Libertad Sindical de la OIT y el de servicios públicos, las fuentes de regulación de los mismos y de la huelga, reseñando el tratamiento dispensado en la legislación comparada y luego en nuestro país en la materia, recordando que, al igual que en otros ordenamientos, se aceptaría pacíficamente la limitación o prohibiciones a la ejercitación de la huelga en el caso de los servicios esenciales. Respecto de su regulación, memora con la doctrina que nuestra normativa privilegiaría la posibilidad de autorregulación por las partes para la determinación de los servicios mínimos y garantizar la actividad. Analiza las determinaciones acerca de qué actividades deberían ser consideradas comprendidas en el concepto, el alcance de las facultades de la Comisión de Garantías instituida por la reglamentación, abordando luego la jurisprudencia habida en el tema, como también distintos dictámenes del citado cuerpo. Repasa la figura del *lock-out* y la posible aplicación del marco legal de huelga en materia de servicios esenciales, finalizando con consideraciones

sobre dichos servicios en su relación con el Derecho del Consumidor. Estima que la Comisión de Garantías de nuestro régimen debería contar con las facultades que al efecto postulan las pautas de la OIT, y que la calificación de una actividad como servicio esencial y la determinación de las prestaciones mínimas deberían ser expresión de la autonomía de la voluntad colectiva.

El doctor César Arese ha abordado, por su parte, el tema de los *Principios y reglas en conflictos de encuadramientos*. Señalando introductoriamente que los conflictos de encuadramiento habrían existido desde siempre, analiza descriptivamente, en primer término, los relativos al enmarcamiento sindical, sus características, trascendencia, las objeciones planteadas al diseño general de personería gremial de la Ley de Asociaciones Sindicales de nuestro país y los distintos criterios posibles para la determinación de dicha clase de encuadramiento, así como el procedimiento legal establecido al efecto, estimando, a tenor de los fundamentos que expone, que el criterio de participación de los empleadores en dicha clase de conflictos debería ser restrictivo. Se adentra luego en el análisis de los conflictos de encuadramiento convencional, la relación entre fuentes normativas convencionales y legales, y sobre la necesidad de una interpretación especial de los convenios colectivos de tipo hermenéutica y sobre principios de resolución de conflictos, describiendo los distintos criterios aplicados en la materia. Señala que la irrupción de nuevas tecnologías prometería una ronda de conflictos colectivos de encuadramiento; destaca la necesidad de entender las distinciones entre los tipos de conflictos, así como los vasos comunicantes entre los mismos y el impacto que, en definitiva, siempre producen en dicha cuestión las condiciones de hecho.

La cuestión sobre *La titularidad del derecho de huelga* ha sido objeto, a su vez, del ensayo efectuado por el doctor Carlos Aronna, quien habla también de una “desarticulación pretoriana del modelo sindical argentino”. Hace el autor una rápida revisión normativa desde el año 1945 de lo que se conoce como “modelo sindical” en nuestro país y de las críticas formuladas a su respecto, para adentrarse seguidamente a lo que denomina como “embate” contra el referido modelo concretado a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, luego de la reforma constitucional de 1994 y la incor-

poración de normas internacionales a nuestro ordenamiento. Memora genéricamente las opiniones adversas de los organismos de control de la OIT respecto de distintas disposiciones de la ley 23.551 y repasa con igual carácter los fallos del alto tribunal en los casos “ATE” –ambos–, “Rossi” y “Orellano” y algunos de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Al analizar el derecho de huelga plasmado en la Carta Magna, hace referencia a una deliberada vaguedad en la redacción del artículo 14 bis a su respecto, lo que habría dejado afuera aspectos fundamentales del tema, como lo es el referido a la titularidad del “ejercicio” del derecho citado y la mayor o menor amplitud a otorgarse al concepto, dada la variedad de medidas de acción directa existentes. Alude igualmente a la colisión que presentaría la estructura del modelo sindical edificado en torno al otorgamiento de la personería gremial con lo expresado en la norma constitucional relativa al reconocimiento de las organizaciones sindicales por la simple inscripción en un registro especial. Recuerda la discusión entre el alcance a asignar al vocablo “gremio”, en cuanto concepto ligado a lo sociológico, equivalente a colectivo laboral o categoría profesional, y “sindicato”, en cuanto haría referencia a su organización jurídica y refresca la controversia habida respecto de la titularidad del derecho de huelga y las distintas posiciones postuladas a su respecto (la “orgánica”, la “no orgánica”, el criterio “eclectico”), y la situación de la jurisprudencia en la materia antes del fallo “Orellano” del alto tribunal y luego del mismo, considerando que si bien el mismo habría adoptado un criterio intermedio, adoptando la concepción orgánica en la materia, lo habría hecho con un carácter amplio, dejando claro que la titularidad de la declaración de huelga no sería facultad exclusiva de las entidades con personería gremial. Finaliza el autor postulando una reformulación del modelo cuestionado con base a las pautas de los pronunciamientos judiciales dictados en la materia.

Bajo el título de *El ineludible camino de la huelga*, el doctor Abel De Manuele se ha ocupado, por su parte, de la trascendencia jurídica y como hecho social de la huelga. Siguiendo a De la Cueva y Ackerman, sostiene que sindicato, huelga y negociación configurarían una suerte de triángulo o trilogía indisociable. Señala que la huelga constituiría una derivación de las contradicciones existentes en la so-

ciudad, especialmente de aquellas que resultan producto de las diferencias emergentes entre el capital y el trabajo, y sostiene que no existiría en los países democráticos la posibilidad de ejercitación de los derechos derivados de la libertad (incluyendo la sindical) sin un libre ejercicio del derecho de huelga. Repasa algunos puntos históricos del citado fenómeno y sobre su tutela jurídica en nuestro país, refiriéndose a su recepción constitucional, así como a los tratados internacionales ratificados por nuestro país e incorporados por la Ley Fundamental con similar jerarquía, particularmente el Pidesc (art. 8º, ap. 1º, inc. c), comprometiéndolo a los Estados partes a la garantización del citado derecho, y señala que en nuestro medio existiría, de acuerdo con ello, un doble reconocimiento de tutela constitucional. Transita luego acerca de la titularidad del derecho de huelga y la vieja polémica habida en la materia, exponiendo las distintas posiciones, las cuales describe (titularidad individual, colectiva –a su vez, inorgánica, orgánica restringida, orgánica amplia– y teorías intermedias), ocupándose asimismo de la problemática de la huelga y el daño, en cuanto componente necesario y esencial de la misma, y sostiene que ella no podría ser analizada con abstracción de los sentimientos y compromisos ideológicos de quien la llevara a cabo, ni fuera de la sociedad en que nos desenvolvemos y en que se canaliza.

La doctora Viviana Dobarro ha analizado, por su lado, el tema *El derecho de huelga: marco normativo y jurisprudencial*, ponderando a tal fin los avances y retrocesos operados en la normativa y la jurisprudencia con relación a la ejercitación del citado derecho. Recuerda la autora que el carácter dinámico de la materia guarda en gran medida vinculación con la oscilación entre la negociación y el conflicto, y que las relaciones del trabajo han ido históricamente modificando sus contenidos y sus límites a influjo de dichos fenómenos. Destaca en ese ámbito el rol de los sindicatos para lograr una cierta igualación del poder negocial de las partes y mejorar la hiposuficiencia de los trabajadores, el cual, entiende, debería ser reasumido a fin de colaborar con la construcción de un Estado Social de Derecho. Refiere que no puede hablarse de libertad sindical sin aceptar los derechos esenciales que le serían inherentes, tanto en la esfera interna sindical como la externa, cuya expresión fundamental sería la huelga. Destaca la con-

dición de derecho fundamental de la libertad sindical y la titularidad colectiva de la misma, así como la importancia del ejercicio del derecho de huelga en el ámbito de las relaciones sociales y laborales, especialmente como exteriorización del conflicto laboral y como mecanismo de presión hacia la empresa y el Estado, y señala que la forma en que se ha procurado reglamentar históricamente el derecho de huelga en el mundo ha estado condicionada por la concepción que del conflicto y de la paz social se ha tenido. Repasa, en detallado análisis histórico-normativo, y con una perspectiva además valorativa, la situación y reglamentación efectuada en nuestro medio a su respecto con anterioridad y posteriormente a su reconocimiento constitucional, incluyendo los dictámenes del Comité de Libertad Sindical de la OIT a dicho respecto, y dedica luego un análisis especial al estado actual en la materia (Constitución, tratados internacionales ratificados por nuestro país, lineamientos de la OIT expuestos en el Preámbulo de su Constitución, su propia Norma Fundamental, la Declaración de Filadelfia de 1944, los Convenios 87, 98, 105, la importante Declaración sobre los Principios y Derechos Fundamentales de la OIT de 1998, dictámenes de los órganos de control de la misma, y las restricciones y prohibiciones reconocidas por los mismos en relación con la ejercitación del derecho de huelga en los servicios esenciales, situaciones de crisis nacional, etc., y normas legales y reglamentarias). Efectúa luego una interesante revisión de los lineamientos jurisprudenciales establecidos en torno al derecho en cuestión y en variados aspectos, y recuerda las íntimas vinculaciones existentes entre libertad sindical y derecho de huelga, tanto en su faceta individual como colectiva. No deja de destacar, asimismo, y al igual que el doctor Arese, que los cambios operados en el mundo laboral, entre otros, por las nuevas tecnologías abren nuevos desafíos al ejercicio de la libertad sindical y, en particular, al derecho de huelga, y postula revalorizar y fomentar la implementación de procedimientos de autocomposición de los conflictos como la mejor vía para satisfacer los intereses de las partes involucradas y alcanzar una solución adecuada.

El doctor Alejandro Ferrari abordó, a su vez, el tema *Los conflictos colectivos en la actualidad: individuación, empresarialización y des-colectivización*, afirmando de inicios que estaría por escribirse una

teoría general del Derecho Colectivo del Trabajo, con sus propias lógicas y principios y las relaciones que se dan con el Derecho individual. Considera que la visión tradicional de muchos operadores se enfocaría en las cuestiones de Derecho Colectivo desde una óptica individual, distorsionando sus institutos y desvirtuando sus principios. Refiere asimismo que, en dicho camino conceptual, la “individuación” mencionada pasaría por una “empresarialización” que enfocaría las cuestiones desde los intereses del sector empleador, terminando por configurar, a su vez, una “descolectivización” del Derecho Colectivo Laboral. Se adentra al análisis de las restricciones al ejercicio del derecho de huelga y refiere que la huelga no sería el conflicto sino solamente su manifestación. Analiza luego interrogativamente la distinción entre los conflictos colectivos y los pluriindividuales, repasando fallos de distintas épocas sobre el tema, y finaliza deteniéndose en el análisis de otros precedentes jurisprudenciales (casos “Tandanor”, “Vaca Muerta” y “Suteba”), respecto de los cuales habla de indisponibilidad colectiva (de Derecho), disponibilidad colectiva (ideológica) y descolectivización.

El suscripto hubo de abordar la problemática relativa a la legalidad del fenómeno del *lock-out*.

Se deben, por su parte, al doctor Horacio Las Heras *Algunas reflexiones sobre las razones del conflicto laboral*, donde afirma que el conflicto laboral es inevitable y que el mismo puede asumir una gran variedad de formas. Distingue el fenómeno del conflicto respecto de la huelga, la cual, según refiere, configuraría una manifestación o herramienta del mismo, y se adentra a analizar el problema en la sociedad industrial, sosteniendo que ésta constituye una fuente de conflictos y que deberían ser los propios interesados quienes resuelvan los mismos, sin perjuicio de los mecanismos de heterocomposición de que dispone la sociedad. Discurre luego acerca de la inmanencia del conflicto en la economía capitalista para enfocarse luego sobre las bases o razones del conflicto en las relaciones laborales y las posiciones doctrinarias que han intentado explicarlas (enfoques unitario, pluralista –que no conformarían al autor– y radical –al que atribuiría aspectos positivos–). Formula luego consideraciones respecto al conflicto y el interés, la contratación y el comportamiento, expresando que existiría un conflicto

laboral de características endémicas, exteriorizado o no y conscientes o no los participantes, y analiza luego el conflicto en relación con la organización del trabajo y los cambios en la gestión empresarial gestados en base a ello –control directo y autonomía responsable– y seguidos por grandes empresas. Trata igualmente el aspecto de la información en su vinculación con el conflicto y la significativa importancia de la misma en los procesos de negociación, así como la cooperación, y sostiene que el conflicto –según su entender– resultaría más importante que la misma, pues se reconocería actualmente que el conflicto brindaría la posibilidad de progreso social, la posibilidad de cambio, y finaliza su análisis con consideraciones sobre el conflicto, el mercado y la economía.

Corresponde al doctor Juan Lorenzo el trabajo sobre *La huelga en su contexto*, 2018. Según señala, el mismo persigue reflejar la actualidad de la huelga como derecho y herramienta de los trabajadores en su significancia colectiva, y su contextualización. Considera a la huelga como un fenómeno de tipo social apto para exteriorizar un conflicto laboral; memora que su finalidad es la producción de un daño, aunque no su fin último, y concentra luego su análisis en torno de dicho aspecto. Estima notable la falta de reglamentación de la huelga en nuestro país, y revisa luego las estadísticas concernientes a los ámbitos en los cuales se habría registrado en los últimos años una mayor cantidad de ejercitaciones del referido derecho y sus posibles motivaciones, exponiendo sus conclusiones, y considera, a su luz, que en la actualidad debería procurar comprenderse si el fenómeno de la huelga conserva su eficiencia originaria o si habría perdido eficiencia en cuanto a la consecución de sus fines.

Sobre la disyuntiva entre *composición o autocomposición de los conflictos colectivos* discurre, a su vez, el trabajo preparado por el doctor Jorge Morresi. Analiza allí el autor la relación de conflicto, los sujetos de la misma –donde, según refiere, la parte obrera debería inevitablemente ser un sujeto colectivo–, el interés colectivo como sustrato y los tipos de conflicto. Discrepa el autor con la posición que considera al conflicto como ulterior a la medida de acción directa; considera que el fallo “Orellano” habría omitido un análisis profundo del conflicto colectivo, y estima asimismo que el principio de primacía

de la realidad debería ser aplicado también al ámbito del Derecho Colectivo. Aborda el análisis del citado pronunciamiento del máximo tribunal con una posición crítica, y estima, así también, que la vía de solución al conflicto debería ser la autocomposición por las propias partes, y que, en ausencia de ello, debería ser el Estado quien debería promover la misma a través de sistemas obligatorios de resolución. Se adentra luego al dilema planteado en el ensayo, discrepando con la postura que considera que habría sólo dos formas de solución de los conflictos (pacífica y autodefensa corporizada en medidas de acción directa), y sostiene que el conflicto de interés no tendría otra forma de solución que no sea el de la participación de las propias partes. Analiza en el tema a la negociación colectiva como máxima expresión de autocomposición, así como a la conciliación y sus formas, revisando pronunciamientos judiciales en el tema, luego el sistema de arbitraje en sus diversos tipos y con un repaso de la jurisprudencia y leyes provinciales, y las posibles consecuencias por incumplimientos a las obligaciones atinentes a los procesos voluntarios y obligatorios de solución.

El doctor Juan Mugnolo formula, a su vez, reflexiones en torno a *la titularidad del derecho de huelga*, destacando desde el inicio la literalidad del precepto contenido en el artículo 14 bis de la Constitución, donde sin matices se establece su reconocimiento a favor de los *gremios*, allende las interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales que soslayarían lo expuesto. Repasa las posturas volcadas en los trabajos preparatorios y en la Convención Constituyente en el tema, considerando que la discusión habría transcurrido en torno a la titularidad del derecho (individual o colectiva) y las personas a quienes se reconocen las facultades de su ejercitación, y que habría concluido garantizando a los gremios, en su carácter de simple pluralidad de trabajadores, el derecho de huelga. Partiendo de la conceptualización del gremio como fenómeno sociológico continente de la individualidad –trabajador–, considera que podría interpretarse el Texto Fundamental como reconocimiento de una titularidad individual del derecho, que debería ser ejercida en forma colectiva. Destaca al efecto el carácter complejo del referido derecho, que requiere de la actuación de varios sujetos o instituciones, y destaca la frecuente confusión en el tema

entre la titularidad del derecho y la titularidad de las facultades del mismo. Entiende con Gómez Aleja que cabría hablar de titularidad diferenciada de las facultades del derecho de huelga, siendo en cambio única la titularidad del mismo, y considera que la jurisprudencia mayoritaria, junto con un importante sector doctrinario, se habría encauzado en una tesis restrictiva dirigida a una exclusiva titularidad sindical (orgánica) del derecho, limitándola más aún hasta acotarla al ámbito de la asociación sindical con personería gremial. Reseña en la materia y con una visión crítica los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación anteriores al caso “Orellano” y de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, y se adentra en un agudo ángulo al análisis del significativo pronunciamiento del alto tribunal, lugar donde desarrolla fundadamente el autor su divergencia con distintos aspectos del fallo. Concluye que el tratamiento de la titularidad del citado derecho en nuestro medio habría sido contradictorio, y que el tramo normativo infraconstitucional y el tratamiento doctrinal habrían acotado la delimitación constitucional de dicha titularidad.

Esperamos que los trabajos que forman parte de esta publicación hayan de contribuir a dar mayor cauce y sistema científico a una materia de tan enorme interés, como lo es la que ha sido abordada, y que puedan resultar de utilidad a quienes, en razón de su magistratura, su profesión o sus estudios, transiten por este campo del Derecho Colectivo del Trabajo.

Presentamos, pues, la obra con la aspiración de colaborar, con modestia, al estudio y perfeccionamiento de nuestro Derecho Colectivo del Trabajo.

LORENZO P. GNECCO

Octubre de 2019

SERVICIOS ESENCIALES. MEDIDAS DE ACCIÓN DIRECTA. DERECHOS DEL CONSUMIDOR

por MARCELO AQUINO

SUMARIO: I. Introducción. II. Concepto de servicios esenciales. III. Fuentes. IV. Derecho Comparado. 1. Brasil. 2. Chile. 3. Italia. V. Argentina. Antecedentes. VI. Marco legal en Argentina. 1. Los servicios esenciales en la ley 25.877. El decreto 272/2006. 2. Jurisprudencia. 3. Actuación de la Comisión de Garantías. VII. *Lock-out*, y su posible aplicación del marco legal de huelga en servicios esenciales en Argentina. VIII. Los servicios esenciales y el Derecho del Consumidor. IX. Conclusiones.

I. Introducción

Hacia mayo de 2001 y con motivo de las XII Jornadas Rioplatenses de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Córdoba) investigué sobre los servicios esenciales y la herramienta legal para garantizarlos durante una medida de acción directa que con poco o escaso éxito había sido aplicada en nuestro país hasta ese entonces¹.

En esa oportunidad, se analizó el marco normativo de la huelga en los servicios esenciales en distintos países que luego fueron materia de profundización de estudio por otros autores².

¹ *La regulación de la huelga en los servicios esenciales*, p. 269.

² GARCÍA, *La huelga en los servicios esenciales*, en RODRÍGUEZ MANCINI (dir.), *Derecho del Trabajo*, Astrea, Buenos Aires, t. 3, p. 326; TRIBUZIO, *La huelga en los servicios esenciales*, en SIMÓN (dir.) y AMBESI (coord.), *Tratado de Derecho Colectivo del Trabajo*, La Ley, Buenos Aires, t. II, p. 731.

En mayo de 2015, con motivo de las Jornadas Rioplatenses (Paraná), analicé el marco normativo argentino con su aplicación a casos de esa fecha.

En esa oportunidad también referí al *lock-out* en los servicios esenciales, ensayando una propuesta del instituto y su posible aplicación del marco normativo nacional.

La convocatoria de colaboración para el Anuario de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo (2019) me lleva a repensar el instituto de las medidas de fuerza en los servicios esenciales y el derecho de los mismos por parte del consumidor, es decir, el Derecho del Consumidor de servicios esenciales ante el ejercicio del derecho de huelga.

II. Concepto de servicios esenciales

El Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha expresado en más de una oportunidad que “...lo que se entiende por servicios esenciales en sentido estricto de la palabra depende en gran medida de las condiciones propias de cada país”³.

A partir del principio de reconocimiento pleno del derecho de huelga se admite la introducción de restricciones al mismo en dos áreas: a) respecto a los “funcionarios públicos *stricto sensu*, comprendiendo a los que actúan como órganos del poder público, delimitando tal restricción a todos los empleados que cumplen funciones en el sector público; b) en los servicios esenciales en el sentido estricto del término (es decir, aquellos servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud en toda o parte de la población)”⁴.

Tribuzio cita a la CEACR al referir que si bien acuerda importancia fundamental al carácter universal de las normas, estima que resulta necesario tener en cuenta las circunstancias especiales que puedan darse

³ Informes casos N° 1963, párrafo 229; 2066, párrafo 3340, y 2212, párrafo 749, entre otros, en OIT, *La libertad sindical y negociación colectiva*, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Conferencia Internacional del Trabajo, 81ª Reunión, Ginebra, 1994, p. 125.

⁴ OIT, *Libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical*, 4ª ed., Ginebra, 1996, N° 526, ps. 119-120.

en los diferentes Estados Miembros, ya que si bien la interrupción de ciertos servicios podrían, en el peor de los casos, ocasionar problemas económicos en algunos países, en otros podría tener efectos desastrosos y crear en poco tiempo situaciones en las que se verían comprometidas la salud, la seguridad o la vida de la población⁵.

Toda la doctrina es conteste en que no todos los servicios públicos son considerados o calificados servicios esenciales a estos fines.

El alcance de “servicios esenciales” tiene un significado más preciso. Se trata de una decisión del legislador establecer una regulación especialmente restrictiva del derecho de huelga en determinadas actividades, respondiendo así a la necesidad de tutelar otros derechos que al ordenamiento jurídico en su conjunto considera reconocer cierta prioridad aun cuando se trata de actividad pública o privada.

García refiere que la noción de servicio público puede ser utilizada en diversos ordenamientos como un elemento que justifica una regulación también restrictiva del ejercicio del derecho de huelga (como en Francia, Canadá, México y el régimen venezolano anterior a la reforma constitucional de 1999) o, eventualmente, de su inclusión directa dentro de la categoría de servicios esenciales (como es el caso de España e Italia) o la utilización conjunta de ambos conceptos (como en República Dominicana, Chile y la reciente legislación de Colombia), siempre con la función de limitar, cuando no prohibir, el ejercicio del derecho de huelga⁶.

Más que definición de servicios esenciales, merecen destacarse algunos aspectos del ejercicio de huelga en determinadas actividades o ante determinadas oportunidades. Así, la determinación de los servicios esenciales, a efectos de que únicamente sean calificados aquellos que se establezcan previamente por el legislador.

Otro aspecto es qué limitantes a la expresión de la medida de fuerza deben ser diferenciales en estos casos respecto al régimen general a fin de salvaguardar los derechos cuya tutela merece una protección por encima del de la huelga en su pleno ejercicio.

⁵ TRIBUZIO, ob. cit., p. 710.

⁶ GARCÍA, ob. cit., p. 292.

El tercer aspecto es cómo son las relaciones laborales en aquellos sectores o actividades calificadas como servicios esenciales, es decir, cómo actúan los actores sociales y si esta limitación en el ejercicio de tal derecho disminuye el poder de fuerza de una de las partes y si con ello provocará un desequilibrio en la paridad que debe existir entre los actores sociales en el ámbito colectivo.

No debemos dejar de recordar que estamos ante actores sociales y que en materia de relaciones laborales tienen el libre ejercicio de la autonomía de la voluntad colectiva. Las medidas de acción directa pueden ser expresiones del poder o posición de fuerza que cualquiera de ellos (sector sindical como empleador) pueden ejercer. Por ende, tal restricción implica una conducta preventiva al conflicto por parte de los actores sociales.

III. Fuentes

La principal fuente que debe regular el régimen de servicios esenciales y la huelga es la ley. En el Derecho Comparado se observa que es la fuente utilizada por la mayoría de los países, especialmente de América Latina (Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Panamá, Paraguay, República Dominicana y Uruguay)⁷.

También lo es en México, República Dominicana, Bélgica, Francia, España, Grecia, Italia y Portugal.

En la legislatura de México, República Dominicana y Bélgica no se regula sobre servicios esenciales sino que se restringe el derecho de huelga en la función pública y en los servicios públicos.

En Francia, además de la ley, ha sido muy importante la jurisprudencia administrativa del Consejo de Estado en la regulación del derecho de huelga, tanto en lo relativo a su reconocimiento como a sus límites.

El convenio colectivo es propio de los sistemas anglosajones y del norte de Europa (Estados Unidos, Canadá, Reino Unido, Alemania y Suecia), cuyas legislaciones prescinden del uso de esta calificación

⁷ ERMIDA URIARTE, *La huelga en los servicios esenciales*, XII Jornadas Rioplatenses de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Córdoba, 2001, p. 218.

para recortar el alcance del derecho o la utilizan –como en los casos de Canadá y el Reino Unido– en disposiciones dispersas, orientadas a ciertos servicios determinados, como defensa, policía o correos y telecomunicaciones⁸.

IV. Derecho Comparado

Atento a las características de esta ponencia, se considera prudente efectuar un análisis de este instituto en el Derecho Comparado.

1. *Brasil*

Mediante la ley 7783 del 28 de junio de 1989 se reglamenta el derecho de huelga.

Contempla expresamente la necesidad de garantizar el funcionamiento de las empresas para evitar perjuicios irreparables o el deterioro irrecuperable de bienes, máquinas y equipos, en los supuestos de servicios indispensables de atención de las necesidades impostergables de la comunidad (art. 11).

Son los tribunales del trabajo (Poder Judicial) los designados como organismos competentes para exigir, de ser necesario, a los sindicatos para que cumplan con tal servicio bajo apercibimiento de imponerles una multa por cada día de incumplimiento.

Es la propia ley la que califica como “necesidades impostergables” a la supervivencia, la salud y la seguridad de la población.

Asimismo, se enumeran los servicios y actividades definidos como esenciales, a saber:

- Tratamiento y abastecimiento de agua.
- Producción y distribución de energía eléctrica.
- Gas y combustible.
- Asistencia médica y hospitales.
- Distribución y comercialización de medicamentos y alimentos.
- Funerarios.

⁸ SUPIOT, *Informe de síntesis*, en MARZAL FUENTES (dir.), *La huelga hoy en el Derecho Social Comparado*, p. 291.

- Transporte de colectivo.
- Captación y tratamiento de aguas servidas y basura.
- Telecomunicaciones.
- Cuidado, uso y control de sustancias radiactivas, equipos y materiales nucleares.
- Procesamiento de datos ligados a servicios esenciales.
- Control del tráfico aéreo.
- Compensación bancaria.

Se exige que se notifique el inicio de la huelga con 72 horas de anticipación tanto al sector empleador afectado como también de la publicación de edictos para información de los usuarios afectados.

Obliga a mantener equipos de empleados en actividad con el propósito de asegurar la prestación de servicios cuya paralización determine un perjuicio irreparable por el deterioro que produzca a bienes, máquinas y equipamientos y de aquellas cosas que resulten esenciales a fin de retomar las actividades.

2. *Chile*

En el Capítulo III de la Constitución Política de Chile se reconocen los derechos y deberes constitucionales.

El artículo 19, párrafo 16, consagra en forma indirecta el derecho de huelga al señalar que “...No podrán declararse en huelga los funcionarios del Estado ni de las municipalidades. Tampoco podrán hacerlo las personas que trabajen en corporaciones o empresas, cualesquiera sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional. La ley establecerá los procedimientos para determinar las corporaciones o empresas cuyos trabajadores estarán sometidos a la prohibición que establece este inciso”.

El Código de Trabajo es la ley que regula el derecho de huelga en general, y en particular el procedimiento a seguir para los casos de excepciones o exclusiones a esta garantía constitucional.

En tal sentido, se establecen tres grupos de exclusiones:

– Trabajadores a los que no les resultan aplicables las normas del Código de Trabajo, entre ellas, las referidas a la huelga (conf. art. 1º, inc. 2º):

- a) Funcionarios de la Administración del Estado, tanto centralizada como descentralizada.
- b) Miembros de las Fuerzas Armadas (Ejército, Armada y Fuerza Aérea) y de las Fuerzas del Orden y Seguridad (Carabineros de Chile y Servicios de Investigaciones).
- c) Funcionarios del Congreso nacional.
- d) Funcionarios del Poder Judicial.
- e) Trabajadores de empresas del Estado dependientes del Ministerio de Defensa Nacional o que se relacionan con el Gobierno a través de ese Ministerio.
- f) Trabajadores que se desempeñen en empresas del Estado cuyas leyes especiales lo prohíban.
- g) Trabajadores de empresas o instituciones públicas o privadas cuyos presupuestos, en cualquiera de los dos últimos años calendario, han sido financiados en más de un 50% por el Estado, directamente o a través de derecho o impuestos (están excluidos los establecimientos educativos particulares subvencionados por el Estado).
- h) Trabajadores de empresas que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, al abastecimiento de la población, a la economía del país o a la seguridad nacional⁹.

– Actividades excluidas del Régimen de Negociación Colectiva. El derecho de huelga se considera reconocido a aquellos trabajadores que se encuentran comprendidos en el Régimen de Negociación Colectiva. Por ende, los que no lo están son:

- a) Trabajadores sujetos a contratos de aprendizaje y los contratados

⁹ En el mes de julio de cada año, mediante resolución conjunta de los Ministerios de Trabajo y Previsión Social, de Defensa Nacional y de Economía, Fomento y Reconstrucción, se califica a las empresas que se encuentran en algunas de estas situaciones.

exclusivamente para el desempeño de una determinada obra o faena transitoria o de temporada.

- b) Los gerentes, subgerentes, agentes y apoderados, siempre que estén dotados, a lo menos, de facultades generales de administración.
- c) Las personas autorizadas para contratar o despedir trabajadores.
- d) Los trabajadores que –de acuerdo con la organización interna de la empresa– ejercen de ella un cargo superior de mando o inspección, siempre que estén dotados de atribuciones decisorias sobre políticas y procesos productivos o de comercialización.

En los supuestos indicados en los apartados b, c, y d, al momento de sus respectivas contrataciones la ley exige que la prohibición de negociar colectivamente (y por ende de ejercer el derecho de huelga de acuerdo al marco normativo chileno) se exprese por escrito en los respectivos contratos de trabajo. Tal omisión se entiende como habilitación para ejercer tales derechos colectivos.

– Algunos casos especiales de trabajadores que pese a reconocérseles el derecho de negociar colectivamente no tienen la prerrogativa de la huelga (art. 384, Código de Trabajo). La legislación chilena regula dos tipos de limitaciones al ejercicio del derecho de huelga:

- a) Lo referido al mantenimiento de un equipo de emergencia en los servicios esenciales o para la prevención de daños irreparables a bienes de la empresa.
 - i) Dentro de las 24 horas siguientes a la solicitud por parte del empleador para conformar este equipo, el sindicato o grupo negociador deberá señalar a los trabajadores que integrarán tal emergencia. En caso de negativa por parte de los representantes de los trabajadores o discrepancia entre los trabajadores y empresa, esta última tiene derecho de solicitar a la Inspección del Trabajo la conformación del equipo (dentro de los 5 días a contar desde la negativa o discrepancia). El órgano administrativo deberá dar solución dentro de las 48 horas de formulada la petición. Esta decisión administrativa es pasible de ser revisada por la justicia (Juzgado

- de Letras del Trabajo), dentro de los 5 días posteriores al dictado de la misma o de la expiración del plazo para ello.
- b) La correspondiente a la reanudación de las faenas en el caso de ciertas huelgas que afectan a servicios esenciales.
 - i) En caso de que la huelga cause grave daño a la salud, abastecimiento de bienes o servicios de la población, economía del país o a la seguridad nacional, se reconoce al presidente de la República la facultad de reanudación de las actividades. En ese sentido, el decreto deberá designar a un árbitro encargado de solucionar el conflicto (arbitraje obligatorio).

3. Italia

Refiere García¹⁰ que entre las experiencias comparadas de regulación de la huelga merece destacarse el sistema jurídico-institucional italiano, por cuya riqueza y efectividad ha irradiado influencia sobre otros regímenes, entre los que hay que contar la regulación actual argentina.

El primer aspecto saliente es que la definición de servicios esenciales en Italia proviene de su Corte Constitucional a partir de 1950 y hasta mediados de los 80, en que se desarrolla el instituto de la autorregulación de la huelga por parte de los sindicatos en este tipo de servicios¹¹.

La Corte Constitucional desarrolló su doctrina judicial ante la falta de normativa que regulara lo previsto en el artículo 40 de la Constitución italiana de 1947: “El derecho de huelga se ejercerá en el ámbito de las leyes que lo regulen”. Ello sumado en la necesidad de superar —en la expresión de García— la dudosa continuidad en su vigencia de algunos artículos del Código Penal fascista de Rocco (1930), que además de prohibir la abstención individual y colectiva de las tareas en los servicios públicos, reprimía el conflicto colectivo en todas sus posibles manifestaciones¹².

Esta jurisprudencia diferenció “servicios públicos” de “servicios

¹⁰ GARCÍA, ob. cit., p. 303.

¹¹ BIAGI y TIRABOSCHI, *Istituzioni di Diritto del Lavoro*, p. 434; BALLESTERO, *Diritto Sindicale*, p. 316.

¹² ROMAGNOLI, *El Derecho, el trabajo y la historia*, p. 122.

públicos esenciales”, definiendo a estos últimos en función del “interés general preeminente de los usuarios”. La huelga era admisible, siguiendo esta doctrina judicial, siempre que no afectara el interés de los usuarios. Por ello, en estos casos se exigía que, ya sea por ley o en su ausencia por autorregulación sindical, se previeran reglas destinadas a garantizar el funcionamiento mínimo del servicio, es decir, las “prestaciones indispensables”, para asegurar una eficiencia del servicio que resultara suficiente para salvaguardar los “intereses generales preeminentes” de los usuarios¹³.

El sistema, pues, preveía dos aspectos:

- i) Determinar cuáles eran los servicios mínimos para cada servicio.
- ii) Que tales determinaciones pueden tener distintas fuentes normativas: la ley, los convenios colectivos e, incluso, la autorregulación sindical¹⁴.

El régimen pretoriano dio paso a un marco legal. Primero fue la ley 146/90, para luego ser derogada por la actual vigente, la ley 83/2000.

La ley 83/2000 prevé una determinación de los “servicios públicos esenciales” por medio del enunciado de los derechos a ser garantizados y por el listado *ejemplificativo (no taxativo)* de actividades calificadas como tales.

Es así que define a los servicios públicos esenciales (independientemente de que sean a cargo del Estado o del sector privado por medio de concesiones o convenios) como “aquellos destinados a garantizar el goce de los derechos de la persona, constitucionalmente tutelados, a la vida, a la salud, a la libertad y a la seguridad, a la libertad de circulación¹⁵, a la asistencia y previsión social, a la educación y a la libertad de comunicación” (art. 1º, inc. 1º).

¹³ BALLESTERO, *Diritto Sindicale*, p. 315.

¹⁴ La autorregulación sindical en algunas actividades no se podía aplicar ya que –con motivo del sistema de pluralidad de representación sindical propio que tiene Italia– cada “autorregulación” sólo era obligatoria para los trabajadores afiliados al respectivo sindicato que lo había dictado pero no tenía efecto vinculante u obligatorio para los no afiliados (ver GARCÍA, *La huelga en los servicios esenciales*, en ACKERMAN [dir.] y TOSCA [coord.], *Tratado de Derecho del Trabajo*, p. 845).

¹⁵ La jurisprudencia ha entendido por libertad de circulación a los transportes públicos urbanos y extraurbanos autoferrotanviarios, ferroviarios, aéreos, aeroportuarios y los marítimos limitados a la conexión con las islas.

A diferencia de las actividades comprendidas, *los derechos garantizados se han considerado con carácter taxativo* tanto por la doctrina como por la jurisprudencia¹⁶.

Las actividades enunciadas –se reitera– con carácter ejemplificativo son “sanidad, higiene pública, protección civil, recolección de residuos, aprovisionamiento de energía eléctrica, transporte público, educación pública, etcétera” (art. 1º, inc. 2º).

La *Commissione di Garanzia*, creada a partir del marco legal instituido en la década de los 90 y mantenida en la ley actual, trabajó sobre la necesidad de delimitar o dar un alcance preciso a la generalidad de actividades descritas en el artículo 1º, inciso 2º.

A partir de la reforma del año 2000, esta Comisión tiene la facultad de controlar, e incluso revisar, las prestaciones mínimas indispensables acordadas convencionalmente (voluntad colectiva) y más aún la dispuesta por los sistemas de autorregulación sindical (voluntad unilateral), ya que su función es la tutela de derechos que no pueden verse afectados por el ejercicio del derecho de huelga.

La Comisión tiene derecho de ajustar estas prestaciones mínimas de acuerdo a las necesidades e intereses de los usuarios; por ello, puede dictar resoluciones en forma provisoria, previo intento de conciliación con los sujetos colectivos comprendidos en el conflicto laboral. En caso de ausencia de un nuevo acuerdo ajustado a los parámetros de garantía a los usuarios, se deberá aplicar el previsto por la Comisión.

La Comisión también tiene la facultad de abrir el denominado proceso de *precontenzione*, consistente en la propuesta de intervención en aquel conflicto en que se considere fundado el peligro de perjuicio grave e inminente a los derechos de los usuarios.

Dicho procedimiento consiste en elevar una propuesta de intervención en dicho conflicto ante la autoridad gubernamental que resulte competente (por ejemplo, ante el presidente del Consejo de Ministros, el ministro con facultades delegadas por el primero, etc.), a fin de que se dicte una *ordenanza* que disponga las medidas necesarias para evitar el perjuicio previsto.

¹⁶ CARINCI, DE LUCA TAMAJO, TOSI y TREU, *Diritto del Lavoro I. Il Diritto Sindicale*, p. 279.

V. Argentina. Antecedentes

El decreto 536/45, en su artículo 34, previó “penas hasta de prisión para quien promoviere huelgas de empleados u obreros que presten servicios en reparticiones nacionales, provinciales o municipales, o en empresas semioficiales o particulares que tengan a su cargo servicios públicos”.

El decreto 23.121/49 reguló las huelgas petroleras, mientras que el decreto-ley 8946/62 sometía a arbitraje los conflictos en “servicios públicos esenciales”, calificándose como ilegales a las huelgas “cuando afecten servicios públicos esenciales” (art. 15).

La conocida ley 16.936 (de arbitraje obligatorio) disponía su aplicación a todos los conflictos colectivos laborales “cuando por su índole afecten la actividad económica, la productividad, el desarrollo y progresos nacionales y/o la seguridad y bienestar de la comunidad”.

Las provincias han dictado normas de procedimiento para sus organismos administrativos de trabajo y tratan los servicios públicos, como por ejemplo, Neuquén con su ley 1625 y decreto 2829/85; o los “servicios esenciales”, como es el caso de Mendoza con su ley 4974; o los servicios públicos, servicios de interés público que desarrollen actividades industriales o comerciales, tal el caso de la Provincia de Buenos Aires con su ley 10.149.

El Poder Judicial de la Nación dictó sus correspondientes acordadas regulando el ejercicio del derecho de huelga de los empleados judiciales.

En tal sentido, la del 21 de julio de 1962 destacó la “inadmisibilidad de medidas que perturben el orden en el funcionamiento de los tribunales, pues la función judicial tiene como razón de ser la solución pacífica de las controversias y la sanción de delitos, como único impedimento directo del recurso directo de la fuerza”, considerando que “su cesación constituye un evento de singular gravedad constitucional”.

Este mismo criterio fue mantenido por el alto tribunal en las Acordadas 1/85 del 18 de febrero, 6/85 del 19 de marzo, 9/85 del 11 de abril, 22/85 del 21 de mayo y 56/85 del 27 de agosto, todas del año 1985¹⁷.

¹⁷ RODRÍGUEZ MANCINI, *Las instituciones del Derecho Colectivo del Trabajo*, en *Derecho Colectivo del Trabajo*, p. 72.

Es en estos antecedentes que la Corte Suprema de Justicia reconoce que “el ejercicio del derecho de huelga no puede afectar sustancialmente la continuidad de los servicios públicos, ni el orden social, ni la paz pública, valores cuya tutela se halla a cargo del Estado por imposición constitucional, que supone reconocerle las facultades que fuesen necesarias para asegurarla, pues, al cabo, sería contrario al entendimiento común asignarle al derecho constitucional de huelga un rango superior a la serie de deberes y correlativas facultades del Estado, también a raíz constitucional, que se vinculan con la adecuada consecución de los fines antes expresados¹⁸.

VI. Marco legal en Argentina

La ley 25.877 regula en el Capítulo III del Título II, bajo el epígrafe *Conflictos Colectivos de Trabajo*, el instituto de la huelga en los servicios esenciales.

La regulación importa restricciones a un derecho que tiene raigambre constitucional, ya que el artículo 14 bis de la Constitución Nacional garantiza a los gremios el ejercicio del derecho de huelga.

Como se destacara en otros regímenes legales, a diferencia de lo que sucede con el resto de las limitaciones elaboradas sobre el derecho de huelga, los servicios esenciales constituyen una regulación dentro de la cual resulta pacíficamente aceptada su afectación a través de límites o prohibiciones. Ello resulta conteste con los Informes de la Comisión de Expertos de la OIT ya citados y en la línea de garantía amplia y más favorable al reconocimiento del derecho de huelga en los servicios esenciales.

Su trascendencia no es menor, ya que desde el reconocimiento mismo de la huelga como derecho se intentó limitar sus alcances en aquellas actividades que por sus características particulares son consideradas esenciales para la sociedad de acuerdo a las características propias.

En la conclusión de Meguira y García¹⁹ la ley privilegia –en prin-

¹⁸ Texto que se repite en las Acordadas 1/85, 6/85, 22/85, 56/85 y 30/90 de la CSJN.

¹⁹ MEGUIRA y GARCÍA, *La ley de ordenamiento laboral o el discreto retorno del Derecho del Trabajo*, en L. L. Supl. Esp. 2004.

cipio– la posibilidad de la autorregulación, en tanto le encomienda a “la parte” garantizar los servicios mínimos que eviten la interrupción.

Ambos actores sociales resultan comprendidos en esta ley, es decir, tanto el sindicato como el empleador, si cualquiera de ellos decide adoptar alguna medida de acción directa que pudiere involucrar servicios esenciales, “las partes” deberán garantizar la actividad a través de los servicios mínimos.

En la opinión de Tribuzio, es sólo la parte que decida una medida de acción directa la obligada a fijar las guardias mínimas²⁰.

Entiendo que si bien la parte que adopta la medida es la responsable de hacer cumplir el servicio mínimo durante el ejercicio de su derecho de ejercer una medida de acción directa, serán ambos actores sociales quienes deben resguardar o garantizar que tal determinación de servicio mínimo resulta suficiente para el fin perseguido, es decir que –en definitiva– ambas partes se obligan a garantizar el servicio mínimo esencial.

Por ello es que no se prohíbe que las partes dispongan procedimientos para concertar los servicios mínimos mediante los propios convenios colectivos de trabajo aun en actividades no calificadas como servicios esenciales para la ley.

Tribuzio²¹ destaca que la norma no limita su alcance a medidas de fuerza adoptadas por sindicatos con personería gremial o simplemente inscriptos, como empleadores, sino también a aquel grupo colectivo que decidiera adoptar medidas de acción directa en un servicio esencial, ya que la ley refiere a *la parte*. Con ello –opina el doctrinario– se respeta el principio constitucional de reconocer el derecho de huelga a *los gremios* (art. 14 bis), comprendiendo dentro de este vocablo al colectivo de trabajadores, organizados o no a través de un sindicato formalmente reconocido por el Estado.

El Grupo de Expertos en Relaciones Laborales en su Informe Estado Actual del Sistema de Relaciones Laborales en la Argentina ha reconocido la amplitud del sujeto activo de la huelga.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha precisado el alcance

²⁰ TRIBUZIO, ob. cit., p. 823.

²¹ *Ibíd.*

legal de esta normativa sosteniendo que sólo los sindicatos (con personería gremial y/o simplemente inscriptos) tienen legitimación o son titulares del ejercicio del derecho de huelga²².

1. *Los servicios esenciales en la ley 25.877. El decreto 272/2006*

El artículo 24, ley 25.877, prevé que “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, deberán garantizar la prestación de servicios mínimos para evitar su interrupción” (1^{er} párr.).

Continúa diciendo: “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” (2^o párr.).

Se crea la Comisión de Garantías (teniendo como precedente la italiana) y se le reconoce la facultad de calificar excepcionalmente como servicio esencial en los siguientes supuestos:

- i) Cuando por la duración y extensión territorial de la interrupción de la actividad la ejecución de la medida pudiera poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población.
- ii) Cuando se trate de un servicio público de importancia trascendental, conforme a los criterios de los organismos de control de la OIT.

Existe cierta crítica al primer supuesto contemplado, que comparto, en cuanto a que los servicios esenciales por extensión son aquellos que no ostentan una esencialidad en su origen pero pueden adquirirla cuando la duración de la huelga o extensión territorial pone en peligro derechos tutelados, como la vida, seguridad o salud de toda o parte de la población.

Por el contrario, el supuesto de la norma encuadra únicamente cuando la duración y extensión de la misma afecta a los derechos tutelados, es decir que deben reunirse ambos supuestos (duración y extensión). Tribuzio señala que con esta regulación nacional se restringe la posibilidad de encuadrar como servicio esencial a determinados conflictos (a diferencia del criterio sostenido por la OIT), ya que si se cumple

²² CSJN, 7-6-2016, “Orellano, Francisco Daniel c/Correo Oficial de la República Argentina SA”.

sólo una de las condiciones no encuadraría en el supuesto de conflicto extendido de servicio esencial²³.

El artículo 24, ley 25.877, es una fuente de origen legal que utiliza dos técnicas diferentes para determinar qué actividades deben ser consideradas servicios esenciales: primero enumera y luego delega.

Esta norma define (enumera) los servicios que se consideran esenciales, y brinda las pautas para la calificación excepcional de un servicio como esencial, previendo a esos fines la creación de una Comisión independiente integrada según establezca la reglamentación.

En cuanto a las críticas que pueden hacerse, algunos autores sostienen la indebida inclusión de la producción y distribución de gas²⁴, mientras que se omitió a los servicios de telefonía.

El decreto 272/2006 crea la Comisión de Garantías a tales fines. Posteriormente, el decreto 362/2010 constituyó dicha Comisión.

De los considerandos del decreto 272/2006 surge que uno de sus fines es "...evitar daños irreversibles y que no guarden proporción con los intereses profesionales de las partes en el conflicto, así como de no causar daños a terceros, es decir, los usuarios o los consumidores que sufren las consecuencias de los conflictos colectivos..." Y agrega que es por ello que "...resulta razonable instrumentar mecanismos que mantengan el equilibrio en el goce de las libertades involucradas, todas igualmente reconocidas por el constituyente, y en tal sentido garantizar un régimen de prestaciones mínimas en los servicios esenciales..."

Asimismo, se le reconoce a la Comisión de Garantías otras prerrogativas:

- Asesorar a la Autoridad de Aplicación para la fijación de los servicios mínimos necesarios, cuando las partes no lo hubieren así acordado o cuando los acuerdos fueren insuficientes, para compatibilizar el ejercicio del derecho de huelga con los demás derechos reconocidos en la Constitución Nacional, conforme al procedimiento que se establece en el presente.
- Pronunciarse, a solicitud de la Autoridad de Aplicación, sobre cuestiones vinculadas con el ejercicio de las medidas de acción directa.

²³ TRIBUZIO, ob. cit., p. 830.

²⁴ Ídem, p. 826.

- Expedirse, a solicitud de la Autoridad de Aplicación, cuando de común acuerdo las partes involucradas en una medida de acción directa requieran su opinión.
- Consultar y requerir informes a los entes reguladores de los servicios involucrados, a las asociaciones cuyo objeto sea la protección del interés de los usuarios y a personas o instituciones nacionales o extranjeras, expertas en las disciplinas involucradas, siempre que se garantice la imparcialidad de las mismas.

Como expresa García²⁵, la Comisión tiene una función *normativa*: la de calificar excepcionalmente como servicio esencial a una actividad no enumerada en el segundo párrafo del artículo 24 de la ley 25.877.

Las demás facultades reconocidas son consultivas o de instrucción.

La Comisión no puede intervenir de oficio ante cualquier conflicto que considere que puede ser calificado como servicio esencial sino que funciona a instancia del Ministerio de Trabajo.

Sin perjuicio de ello, el Ministerio de Trabajo tiene obligación de convocarla cuando puedan darse los supuestos previstos en los incisos a, o b, del artículo 24 de la ley 25.877.

Asimismo, se reconoce a “las partes involucradas” en el conflicto el derecho de solicitar al Ministerio de Trabajo la convocatoria de la Comisión y este último deberá hacerlo.

Tribuzio precisa el verdadero alcance de esta norma destacando que debe entenderse por “partes involucradas” no sólo a las que conforman el conflicto (sindicato, sector empleador, por ejemplo), sino a los representantes de los usuarios y/o consumidores alcanzados por el conflicto, es decir, involucrados²⁶.

Un aspecto cuestionado de la reglamentación es a quién se le reconoce la potestad de determinar los servicios mínimos cuando las partes no acuerdan al respecto.

El inciso b, del artículo 2º del decreto 272/2006 pone en cabeza del Ministerio de Trabajo tal prerrogativa y no a la Comisión de Garantías.

²⁵ GARCÍA, *La regulación de la huelga en los servicios esenciales* cit., p. 509.

²⁶ TRIBUZIO, ob. cit., p. 838.

Comparto la posición doctrinaria que sostiene que debe estar en cabeza de la misma Comisión de Garantías esta facultad, ya que tendrá la información técnica necesaria para ello y su carácter de independiente permitirá que no se vea afectada por la posición política que el Poder Ejecutivo (por medio de su Ministerio de Trabajo) puede tener en el conflicto. Ello agravado con que no se condiciona a quien determine las prestaciones mínimas a que sean no mayores al 50% de las normales, como sí lo limitaba la anterior reglamentación, el artículo 17 del decreto 843/2000, ahora derogado.

Cabe recordar –como ya se expresara– que en el sistema italiano la Comisión de Garantías tiene esta potestad (ley 83/2000).

El Comité de Libertad Sindical de la OIT ha sostenido que en caso de divergencias entre las partes acerca del número mínimo de trabajadores y los servicios mínimos a mantener en caso de huelga dicha cuestión debe ser resuelta por un órgano independiente de las partes. Dicho pronunciamiento fue con motivo de la denuncia de una organización sindical al gobierno argentino²⁷.

2. *Jurisprudencia*

Desde la sanción de la ley 25.877 (2004) que crea a la Comisión de Garantías y hasta su integración (2010) se han devenido algunos conflictos en instancias judiciales que merecen ser citados:

En primer lugar, a poco tiempo de haberse dictado el decreto 272/2006, en “Telefónica de Argentina SA c/Estado Nacional s/Acción de amparo”, del 4 de octubre de 2006, la sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, compartiendo el criterio de la Fiscalía General, desestimó una acción de amparo tendiente a obtener una sentencia que “condene al Poder Ejecutivo nacional a integrar la comisión prevista en el artículo 24 de la ley 25.877 y su decreto reglamentario 272/2006”.

²⁷ 306ª Reunión, 355 Informe del Comité de Libertad Sindical, 2009, caso N° 2659. En este supuesto, ATE (Asociación Trabajadores del Estado) cuestionó la resolución 1452/2008 del Ministerio de Salud de la Provincia de Mendoza, por la cual se dispuso unilateralmente –en el marco de un conflicto colectivo durante el cual se llevaron a cabo medidas de acción directa en hospitales y centros sanitarios de la Provincia– la fijación de prestaciones mínimas en un 100%.

La demanda fue rechazada por cuanto, según los jueces, la vía del amparo escogida no era idónea para dilucidar la petición cautelar tendiente a que fuera la judicatura quien calificase la esencialidad del servicio. Asimismo –a criterio de la sala opinante–, la petición resultaba contradictoria con el reclamo de fondo destinado a obtener la condena al Estado para que constituya la Comisión de Garantías. Por último, el fallo refirió que la mora de la autoridad pública no constituía una omisión manifiestamente arbitraria e ilegal²⁸.

En la misma línea, a fines del año 2008, en otra sentencia judicial, “Metrovías SA s/Medida Cautelar”, del 12 de diciembre de 2008, el Juzgado Nacional del Trabajo N° 58 rechazó una medida cautelar incoada por una empresa concesionaria del servicio de transporte subterráneo de pasajeros tendiente a obtener un pronunciamiento judicial y cautelar de no innovar, dirigido a que “se deje sin efecto el paro dispuesto por el cuerpo de delegados de subterráneos para el 12-12-2008”.

La empresa sostuvo que dicha medida de fuerza era ilegal ya que no había sido convocada por el sindicato gremial y, además, que el transporte subterráneo constituye en la Ciudad de Buenos Aires un servicio público de importancia trascendental conforme establece la ley 25.877, “por lo que las medidas de fuerza anunciadas afectan un servicio esencial”.

En lo que aquí interesa, la sentencia ratificó que el órgano habilitado para calificar excepcionalmente como servicio esencial una actividad es la Comisión de Garantías. Agregó que “es la Comisión de Garantías el órgano autorizado para habilitar excepcionalmente la aplicación de la normativa sobre huelga en los servicios esenciales a actividades no enumeradas expresamente como tales por la ley en el marco del procedimiento de conciliación previsto en la ley 14.786”.

En autos “Asociación Mendocina de Profesionales de la Salud c/Gobierno de la Provincia de Mendoza”, del 3 de diciembre de 2009, la Cámara 7ª del Trabajo de Mendoza resolvió validar la resolución 2895/2009 de la Subsecretaría de Trabajo y Seguridad Social de

²⁸ A la fecha del fallo, la ley tenía dos años de sancionada y se encontraba vencido el plazo de 90 días que tenía el PEN para dictar su reglamentación.

la Provincia de Mendoza, que declaró la “ilegalidad” de la huelga dispuesta por la organización gremial, aun cuando dicha facultad es resorte exclusivo del órgano judicial.

La jurisprudencia mencionada permite concluir que existe una tendencia a la autorrestricción por parte de los jueces de intervenir en un tema tan específico y particular como lo es el de la huelga en los servicios esenciales. En opinión de Simón, es correcto que así sea, ya que el ordenamiento actual otorga competencia exclusiva en esa materia a la Comisión de Garantías. Tal postura contrastó abiertamente con la conducta intervencionista asumida por la administración e interpeló, a su modo, a la autoridad ejecutiva para que, de una buena vez, arbitre los medios idóneos a fin de poner en funcionamiento el órgano y conferirle operatividad inmediata.

Resulta ilustrativa a tal efecto la intervención conjunta del *Ministerio de Trabajo* y la *cartera de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios*, mediante sus respectivas *resoluciones 1024/2009* y *2077/2009* de fecha 9 de noviembre de 2009, en virtud de las cuales dichas autoridades “se arrogaron la facultad de calificar como servicio público trascendental al servicio público de transporte de subterráneo y premetro de la Ciudad de Buenos Aires, en una grosera violación al artículo 24, LOL”, cuyo texto otorga competencia exclusiva a tal fin a la Comisión independiente allí prevista²⁹.

Cualesquiera hubieran sido las causas por las cuales la Comisión de Garantías demoró tanto tiempo en ver la luz, la responsabilidad última ante tal omisión es atribuible a la autoridad gubernativa. No sería aventurado concluir que, durante todo el tiempo transcurrido desde que la Comisión se creó (2006) hasta que fue puesta en funcionamiento (2010), se configuró una inconstitucionalidad por omisión reglamentaria, por cuanto, a través de su pasividad, el Poder Ejecutivo desoyó una manda legal³⁰.

²⁹ Ello no fue todo, sino que, a través del mismo acto administrativo, se invirtieron los términos legales dispuestos por el art. 24, LOL, al asignársele a la empresa (Metrovías SA) la obligación de asegurar la prestación de un servicio mínimo, sin ponderar, siquiera, participación alguna de los trabajadores en dicha encomienda.

³⁰ SIMÓN (dir.) y AMBESI (coord.), ob. cit., p. 863.

3. Actuación de la Comisión de Garantías

Dictamen 1/2010 de la Comisión de Garantías. La primera intervención de la Comisión de Garantías en el terreno de los conflictos colectivos que afectan servicios esenciales se produjo en el mes de noviembre del año 2010, a instancias de la convocatoria formulada por el Ministerio de Trabajo a la referida Comisión mediante la resolución 1747 recaída en el expediente 10.402/2010 del registro del Ministerio, para que emita opinión sobre los servicios mínimos en el conflicto que involucró al *Gobierno de la Provincia de Mendoza* y la *Asociación Mendocina de Profesionales de la Salud (Ampros)*.

En esa ocasión, la Comisión fue requerida con el objeto de emitir opinión acerca de los servicios mínimos cuya prestación debía mantenerse durante la huelga decretada por la Asociación Mendocina de Profesionales de la Salud, en el marco del conflicto sostenido entre dicha entidad sindical y el Gobierno de la Provincia de Mendoza.

Tratándose de una medida de fuerza que afectaba un servicio esencial en sentido estricto (servicios sanitarios y hospitalarios), el llamamiento al órgano independiente a los fines de que lleve a cabo su labor de asesoramiento en el establecimiento de los servicios mínimos lucía, a priori, procedente.

En cuanto al fondo de la decisión, a modo de síntesis, colige que “el derecho de huelga integra el sistema democrático”, pero advierte que “el derecho a la vida es anterior al derecho de huelga”. En esa línea, la Comisión resume su tarea a la armonización de los derechos a la vida, a la salud y a la huelga.

La decisión que en definitiva adopta la Comisión parte de una premisa inicial que gobierna todo el Dictamen: se declara la “prevalencia de la vida digna en cuanto primer y básico derecho fundamental de la persona humana”.

Como puntos destacados del Dictamen, cabe mencionar el apartado 2, que establece con amplitud que “los servicios de salud y hospitalarios de atención a la mujer durante el embarazo, parto y post parto, así como los de niños, ancianos y personas discapacitadas

no pueden tener restricciones que impliquen desconocer obligaciones asumidas por el Estado ante la Comunidad Internacional y el Estado Provincial en su Constitución”.

Con ánimo compensatorio y a renglón seguido, la Comisión recuerda a los profesionales médicos involucrados en la prestación de los servicios mencionados que existen otros modos de expresar la protesta “que no perjudican al paciente, a fin de garantizar la salud de la población”.

Los restantes servicios sanitarios y hospitalarios “deberán contar con una cobertura médica profesional similar a la que se presta en días sábados a la tarde, domingos y feriados”. Opina Simón que dicha solución luce adecuada, ya que se referencia en la prestación habitual del servicio en días inhábiles. En esas fechas, los hospitales y demás establecimientos sanitarios reciben, en general, sólo casos de urgencia y, por ende, la dotación de personal requerida para atenderlos es, obviamente, menor a la necesaria en días hábiles normales.

Dictamen 2/2011 del 12 de octubre de 2011. La Comisión de Garantías es convocada por la resolución 1282/2011 de la Secretaría de Trabajo en el conflicto entre la *Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur* y la *Asociación de Trabajadores de la Sanidad Argentina*.

Si bien se reconoció estar en presencia de una actividad calificada en principio como de servicio esencial, destacó la Comisión que “no se detecta la existencia de un conflicto colectivo con exteriorización de medidas de acción directa que autorice a esta Comisión a aconsejar sobre el establecimiento de los servicios mínimos”.

Dictamen 3/2011 del 15 de noviembre de 2011. La Comisión de Garantías es convocada por la resolución 1371/2011 del Ministro de Trabajo, Empleo y Seguridad Social en conflicto del *personal técnico aeronáutico con la actividad aeroportuaria y aeronáutica para calificar como esencial la actividad*.

Es interesante el Dictamen de la Comisión, ya que en el uso de las facultades normativas reconocidas por el decreto 272/2006 –ya señaladas– *decide calificar como servicio esencial a las actividades desarro-*

lladas por el personal técnico aeronáutico en virtud de que forma parte del servicio de aeronavegación que reviste tal característica.

El primer aspecto que merece señalarse es que en los fundamentos del Dictamen se hace mención sólo a la extensión geográfica del conflicto. Nada se expresa respecto a su duración. Resulta saludable a la luz del criterio de la OIT que no deben reunirse los dos requisitos del artículo 24 de la ley 25.877 (duración y extensión) ya que con uno solo de ellos es suficiente para que la Comisión pueda calificar como esencial al servicio.

El segundo aspecto es que cita a la Comisión de Expertos y al Comité de Libertad Sindical para afirmar que la determinación del carácter esencial de un servicio depende en gran medida de las condiciones propias de cada país, pero ello siempre ajustándose al marco normativo propio. En este caso, “las condiciones propias del país” no podrían ser argumento para calificar como servicio esencial el transporte aéreo (salvo controladores aéreos, que no fue el caso) cuando el artículo 24 de la ley 25.877 no permite extender tal calificación.

Dictamen 4/2012 del 29 de agosto de 2012. La Comisión de Garantías es convocada por la Subsecretaría de Trabajo de San Juan en el conflicto de la *Asociación Sindical Médica de San Juan* y el *Ministerio de Salud Pública de la Provincia de San Juan*.

Se dictamina respecto a los días de paro dispuestos por la Asociación Gremial estableciendo (en realidad, asesorando) que “los paros no podrán realizarse el día anterior ni posterior a los días inhábiles o feriados y deberán anunciarse con una antelación no menor a cinco (5) días, a fin de facilitar la reprogramación de las prestaciones”.

Asimismo, “no podrán ser interrumpidos los servicios de salud y hospitalarios de atención a la mujer, durante el embarazo, parto y post parto, así como los de niños, ancianos y personas discapacitadas, como también en los casos en que exista riesgo potencial de vida”.

Por último, “los restantes servicios de salud y hospitalarios deberán contar con una cobertura profesional similar a la que se presta en días sábados a la tarde, domingos y feriados. Es obligatoria durante dichos días la concurrencia de los jefes de Servicio y de los Directores de

Centros de Salud para cumplir sus funciones dentro de los horarios normales y habituales de atención. Todos y cada uno de los profesionales médicos deberán durante el período en que se lleven a cabo medidas de fuerza permanecer en guardia pasiva”.

Dictamen 5/2013 del 10 de septiembre de 2013. La Comisión de Garantías es convocada por la Secretaría de Trabajo en el conflicto entre la *Asociación Mendocina de Profesionales de la Salud (Ampros)*, *ATE* y el *Gobierno de la Provincia de Mendoza*.

En esta oportunidad se ratifica el Dictamen 1/2010.

Dictamen 6/2014 del 1º de abril de 2014. La Comisión de Garantías es convocada por la Secretaría de Trabajo a fin de expedirse sobre los servicios esenciales y la prestación de servicios mínimos que deben respetarse con motivo del paro nacional de actividades previsto para el 10 de abril de ese año.

Se dictaminó que se “deberá garantizar la ejecución de los servicios mínimos y a poner en conocimiento de los usuarios, por medios de difusión masiva, las modalidades que revestirá la prestación durante el conflicto, dentro del plazo de 48 horas antes del inicio de las medidas de acción directa, detallando el tiempo de iniciación y la duración de las medidas, la forma de distribución de los servicios mínimos garantizados y la reactivación de las prestaciones”.

Dictamen 7/2014 del 21 de abril de 2014. La Comisión de Garantías es convocada por la Secretaría de Trabajo en el conflicto entre la *Asociación Mendocina de Profesionales de la Salud (Ampros)*, *ATE* y el *Gobierno de la Provincia de Mendoza*.

En esta oportunidad se ratifican los Dictámenes 1/2010 y 5/2013.

VII. *Lock-out*, y su posible aplicación del marco legal de huelga en servicios esenciales en Argentina

El estudio del *lock-out*, comúnmente denominado cierre patronal, con la huelga guarda cierta similitud, ya que la única diferencia consistiría en la circunstancia de que la huelga responde a una manifestación del colectivo trabajadores, mientras que el primero es una expresión del colectivo empleadores.

Para Gallart Folch³¹ es un fenómeno social análogo al de la huelga pero de iniciativa patronal, mientras que para autores como Brioschi y Setti³² el *lock-out* se contraponen lógicamente con la huelga.

Huelga y *lock-out* se encuentran en el mismo plano como causas de suspensión colectiva del trabajo, y en la expresión de Deveali, precisamente por dicha similitud, muchas legislaciones extranjeras admitían un régimen unitario al respecto inspirado en una consideración jurídica igual para las dos partes de la relación³³.

En el Derecho extranjero, la licitud del *lock-out* aparece fundada en el principio de libertad como en la teoría de la imposibilidad sobrevenida, y en otros en base a la excepción de inejecución (*exceptio non adimpleti contractus*) que legitima al empleador a reaccionar contra una huelga ilícita (que, por ello, implica un incumplimiento contractual), como las normas del Código Civil italiano (arts. 1181 y 1197), que legitiman al acreedor a rechazar la prestación del deudor irregularmente ofrecida a causa de la huelga ilegítima. También en la teoría institucional de la empresa, que legitima al empleador de asegurar un mínimo de seguridad y de orden en el establecimiento cuando corra el riesgo de ser comprometido en las condiciones desordenadas y anormales en las que los dependientes realizan su trabajo³⁴.

En nuestro Derecho positivo no se discute la legitimidad del *lock-out* como medida de acción directa del empleador ante situaciones determinadas.

Sin perjuicio de ello, cabe analizar en esta oportunidad si resultarían aplicables las disposiciones previstas en el marco normativo analizado para la huelga en los servicios esenciales a las medidas de acción directa de los empleadores.

En este sentido, Unsain³⁵ expresó que “cuando se habla de servicios públicos o esenciales los empresarios que los brindan están impedidos de ejercer el *lock-out*, y tampoco se da en ellos una libre competencia,

³¹ GALLART FOLCH, *Derecho español del Trabajo*, p. 224.

³² BRIOSCHI y SETTI, *Lo sciopero nel Diritto*, p. 96.

³³ DEVEALI, “*Lock-out*”, *cierre y suspensión*, en D. T. 1964-225.

³⁴ Tribunal de Casación de Francia, sentencia del 2-12-64, y TREU, *El “lock-out” como acción directa de los empleadores*.

³⁵ UNSAIN, *Legislación del trabajo*, t. II, p. 394.

porque no hay, ni dentro ni fuera del país, otros establecimientos rivales que puedan prestar la misma función y, más que ‘perjudicados’, los concesionarios o empresarios que prestan esos servicios, debe hablarse de ‘víctimas’, conformadas por los usuarios o el público que padece la falta del servicio esencial”.

Ahora bien, el actual marco legal vigente (art. 24 de la ley 25.877) comienza diciendo “Cuando por un conflicto de trabajo alguna de las partes...”

Coincido con Tribuzio³⁶ en que tal directiva concierne a ambas partes del conflicto, es decir, también al empleador. Por ende, si nos referimos a las medidas de acción directa del empleador, estamos en presencia del *lock-out*.

Se trata de uno de los primeros (si no el primer) reconocimiento expreso del *lock-out* por parte del legislador argentino.

En el segundo aspecto, se reconoce que aun en el caso de un conflicto colectivo, también puede ser el empleador quien ejerza tal medida de acción directa aun cuando se trate de un *lock-out* defensivo, es decir que el origen del conflicto haya sido alguna medida de fuerza del sector trabajador o sindical.

El otro elemento a considerar es que el régimen legal argentino permite a las partes involucradas en el conflicto solicitar la participación de la Comisión de Garantías. Nada excluye que el conflicto se haya originado en un *lock-out* y sea el sector empleador quien solicite tal intervención. Ello no sería contradicción ni debilitamiento de la posición asumida por la parte en el conflicto.

Asimismo, la accesibilidad al procedimiento establecido aun cuando el conflicto sea por un *lock-out* permite, si se trata de un servicio público concesionado o vinculado con algunas de las actividades descriptas en el segundo párrafo del artículo 24³⁷, que el sector empleador solicite la intervención de la Comisión de Garantías a fin de resguardar sus obligaciones derivadas del contrato de concesión con el Estado o bien para asegurarse el cumplimiento de las prestaciones mínimas por las partes involucradas en el conflicto cuando se refiera a otras actividades.

³⁶ TRIBUZIO, ob. cit., p. 823.

³⁷ Servicios sanitarios, hospitalarios, producción y distribución de agua potable, energía eléctrica y gas, como el control de tráfico aéreo.

VIII. Los servicios esenciales y el Derecho del Consumidor

Carnota³⁸ sostiene que los derechos fundamentales deben resultar, en un Estado Social y Democrático de Derecho, adecuadamente coordinados.

El derecho de propiedad, el de comerciar, o el de ejercer toda industria lícita que, en el caso argentino, se encuentran previstos por el artículo 14 de la Constitución Nacional –amén del artículo 17 de dicho cuerpo normativo–, no puede llevar a un ejercicio disfuncional o abusivo que dañe otras prerrogativas subjetivas o la intrínseca dignidad de la persona humana.

Podemos agregar que el derecho de huelga (art. 14 bis) tampoco puede conducir a un ejercicio que ataque a otras prerrogativas de igual alcance constitucional.

En definitiva, se trata de conjugar los derechos de todos. Al respecto, se ha dicho que respetar los derechos de los demás “implica la adopción de medidas para impedir o corregir infracciones cometidas por personas privadas en el ejercicio de un derecho fundamental, sin que pueda considerarse como admisible la utilización o realización práctica de un derecho fundamental propio”.

El derecho del usuario del transporte público, de quien asiste a un servicio de salud, de quien usa el servicio de comunicaciones (Internet hoy debe ser considerado un servicio esencial en razón de la transversalidad de su implementación en todas y cada una de las actividades que se desarrollan en la sociedad en que vivimos), etcétera, debe ser oído y considerado cuando de medidas de fuerza en servicios esenciales se trate. Para ello, propongo que la llamada Comisión de Garantías esté integrada o deba oír a aquellas organizaciones o representaciones colectivas de usuarios afectados o posiblemente afectados por las medidas de fuerza que se intentan tomar o tomadas.

En igual sentido, la responsabilidad de la representación colectiva que lleva a adoptar medidas intempestivas –sin el debido proceso

³⁸ CARNOTA, *El despliegue del artículo 42 de la Constitución Nacional*, en *Revista de Derecho Público III*, N° 9, SAIJ, Infojus, Buenos Aires, p. 137.

del armado de guardias cuando lo amerite– de acción directa afectando a terceros debe ser pasible tanto de sanciones civiles como –de corresponder– penales.

IX. Conclusiones

- Todos los países cuyos sistemas jurídicos fueron analizados tienen una reglamentación sobre el ejercicio del derecho de huelga en los servicios esenciales.
- Tanto la OIT, por medio del Comité de Libertad Sindical, como la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones han reconocido el límite del derecho a ejercer medidas de acción directa cuando están en juego determinados derechos cuya tutela tiene preeminencia.
- La propia OIT, si bien admite el carácter universal de las normas, estima necesario tener en cuenta las circunstancias especiales que puedan darse en cada país.
- La mayoría de los sistemas estudiados tienen como fuente a la ley y reconocen a la autoridad política como de aplicación del régimen de medidas de acción directa en servicios esenciales.
- La excepción es el régimen italiano que crea la Comisión de Garantías como organismo independiente de la autoridad política y a la que se le reconoce la facultad de determinar cuándo un conflicto está comprendido en el régimen de servicios esenciales.
- Argentina tiene un régimen similar al italiano, en donde se respetan muchos de los lineamientos que sobre el tema dispusiera la OIT.
- Lamentablemente la Comisión de Garantías creada en el régimen argentino no tiene las facultades que corresponderían a ésta, de acuerdo a las pautas de la OIT.
- Si bien se demoró la reglamentación de la ley y, por ende, no fue operativa hasta luego de más de seis años (2004-2010), considerando los dictámenes registrados (sólo 7 desde el año 2010), podría pensarse que las partes involucradas en un conflicto de servicios esenciales o bien acuerdan previamente las prestaciones mínimas o no concurren o solicitan la intervención de esta Comisión.

- Concertar la calificación o no de la actividad como servicio esencial y, en su caso, precisar el contenido de las prestaciones mínimas son una expresión de la autonomía de la voluntad colectiva y no debe ser considerado un debilitamiento de la posición del sector en el conflicto en ciernes.
- Las instituciones son las reglas de juego de una sociedad o, más formalmente, las restricciones establecidas por el hombre que estructuran las interacciones humanas.
- Sigo creyendo que los mecanismos de auto composición y/o autorregulación de conflictos, comprendiendo también a la determinación de las prestaciones mínimas en servicios esenciales, son la expresión más justa y con vocación de cumplimiento que pueda existir.

PRINCIPIOS Y REGLAS EN CONFLICTOS DE ENCUADRAMIENTO

por CÉSAR ARESE¹

SUMARIO: I. Una nueva ronda de conflictos de encuadramiento. II. Conflictos de encuadramiento sindical. A. Concepto. B. Trascendencia. C. Particularidad del sector público. D. Objeciones. E. Criterios de resolución en los sindicales. 1. Proyección del ámbito asociacional fijado por resolución de otorgamiento de personería sindical. 2. Actividad. 3. Especialidad. 4. Preponderancia de la personería gremial posterior sobre la anterior. 5. Voluntad asociativa de los trabajadores y empleadores. F. Procedimiento de resolución. G. Sujetos y efectos. III. Conflictos de encuadramiento convencional. A. El sistema de fuentes normativas laborales. B. El convenio colectivo como norma. C. La interpretación especial del Derecho convencional. D. Sujetos y efectos. E. Las normas convencionales con relación a las reglas generales. F. Necesidad de una interpretación especial. 1. Hermenéutica. 2. Principios de resolución de conflictos. G. Procedimientos de resolución de conflictos de encuadramiento convencional. IV. Conclusiones. Bibliografía.

I. Una nueva ronda de conflictos de encuadramiento

Conflictos de encuadramiento sindical y convencional existieron, podría decirse, desde siempre. Se anotan algunos clásicos, como las contiendas de mecánicos versus metalúrgicos; gráficos y papeleros;

¹ Doctor en Derecho y Ciencias Sociales y posdoctorado por la Universidad Nacional de Córdoba. Especialización en la Universidad de Castilla-La Mancha, España. Profesor de grado y posgrado de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Universidad Nacional de Córdoba. Exjuez de Cámara por concurso del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba y expresidente de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de Córdoba.

neumáticos con caucho o gastronómicos con pasteleros y pizzeros. Las transformaciones económicas de la década de los 90 y en las actividades privatizadas de empresas estatales con el desgranamiento de estructuras y funciones abrieron una nueva onda de conflictos. Si bien se previó la continuidad de la representación colectiva preexistente, fue inevitable el surgimiento de nuevas representaciones y unidades de negociación.

Recrudescieron a partir de este siglo cuando algunos sindicatos los plantearon abiertamente, como en el caso de los camioneros frente al sector comercio, alimentación y otras actividades donde aparece la logística. Pero también por el surgimiento o expansión de actividades como vigilancia o *call centers*, especialización de empresas en materia de mantenimiento, vigilancia y limpieza.

La feroz irrupción de nuevas empresas y actividades tecnológicas incentivó e hizo recrudescer los conflictos de encuadramiento. Se trata de un fértil campo de batallas sindicales por la representación sindical y encuadre convencional. El sector bancario, que ya tiene una tradicional contienda con el sector de seguros, plantea que las plataformas de comercio y crédito, en tanto realizan intermediación financiera a través de mercado de créditos, deben someterse a su representación. Y obvio: hay colisión con otras aspiraciones sindicales, empresarias a más de problemas de encuadramiento². Lo mismo ocurre con las plataformas digitales múltiples que operan en diversidad de actividades, como distribución de servicios y productos, turismo, publicidad, comercio, etcétera. En este sector caliente, el gremio de comercio obtuvo por vía de reclamos de aportes y contribuciones (no de encuadramiento sindical o convencional) una resolución favorable frente a Google Argentina SRL³. Empero la cuestión no parece zanjada y

² MELI (Mercado Libre) y la Unión de Trabajadores de Carga y Descarga suscribieron el convenio colectivo de trabajo 1591/2019 E de empresa para las transacciones en sus depósitos. Sus condiciones de trabajo son muy distintas a las bancarias en materia de salarios, jornada, descansos, categorías, etc.

³ CNAT, sala I, 9-8-2013, "Federación Argentina de Empleados de Comercio c/Google Argentina SRL s/Cobro de apor. o contrib.", MJ-JU-M-81607-AR, MJJ81607: "Si bien la actividad de la demandada no se refiere al procesamiento electrónico de datos y ésta tampoco explota un centro de computación, brinda asesoramiento acerca de cómo utilizar la plataforma de publicidad Adwords y factura

promete nuevos conflictos en el caso de las empresas dedicadas al sector informático dada su especialidad⁴.

En fin, las controversias o conflictos intersindicales de representación, también llamados de encuadramiento sindical, por un lado, y los conflictos interconvencionales, denominados de encuadramiento convencional, por otro, han recrudecido de la mano de diversidad de factores, pero también del funcionamiento de la libertad sindical y la consecuente negociación colectiva. Se incluyen entre los primeros las disputas entre los propios sindicatos que enrarecen el propio clima gremial.

Ciertamente, estas controversias ostentan una gran variedad de cuestiones de hecho y, es imposible negarlo, en muchas oportunidades se resuelven por vías directas igualmente de hecho (huelgas, bloqueos, boicots, tomas, etc.). Los conflictos de encuadramiento convencional y sindical tienen, en principio, objetos y procedimientos diferenciados de resolución, pero están relacionados e influidos y en ambos casos pueden involucrar a uno o muchos trabajadores, un solo establecimiento o alcanzar ramas, sectores o conjuntos importantes de trabajadores.

Se trata aquí de abordar técnico-jurídicamente ya no una contradicción clásica de limitación de libertad sindical y negociación colectiva, sino otras características más *horizontalizadas*, no dirigidas esencial y excluyentemente a los Estados y empleadores, sino también a los propios sindicatos y sus representados.

su empleo a nivel local, por lo que se está ante una típica actividad comercial que corresponde encuadrar en la descripción del CCT 130/75; y el hecho de que se trate de un servicio referido a búsquedas por Internet no cambia la esencia comercial de la actividad. Si bien la actividad comercial desarrollada a través de la red de Internet pone al descubierto modalidades nuevas de interacción entre las empresas y sus clientes o potenciales clientes, que eran inexistentes en el año de redacción del CCT 130/75, y tal especificidad está impulsando el nacimiento de nuevos actores colectivos y renovados marcos de negociación, la especie no excluye al género, por lo que el comercio a través de la red global de Internet es, antes que nada, una actividad comercial”.

⁴ CNAT, sala II, 12-10-2017, “FAECYT c/Axoft Argentina SA s/Cobro de aportes y contribuciones”. Aquí se opuso al sector comercio la existencia de un convenio colectivo especial para la industria del software entre la Cámara de Empresas de Software y Servicios Informáticos y la Unión de Trabajadores de Sociedades de Autores y Afines de la República Argentina (UTSA).

II. Conflictos de encuadramiento sindical

A. *Concepto*

La controversia sobre el encuadramiento sindical tiene como objeto (y efectos) determinar la aptitud representativa de la asociación gremial respectiva con relación al ámbito en conflicto. Su esencia es dirimir el agrupamiento y la aptitud y capacidad representativa entre asociaciones sindicales. Según la jurisprudencia, tal ámbito se deriva de las respectivas personerías gremiales de los sujetos sindicales en conflicto⁵. En otras palabras, definir en cada caso concreto en qué ámbito y sujeto representativo está incluido un determinado colectivo de trabajadores⁶.

La naturaleza de estas controversias es fundamentalmente de derecho, pero, a la vez, necesita del análisis de hechos⁷. Para su dilucidación, y no obstante la incidencia colectiva que adquiere, no se presentan mayores precisiones normativas sustanciales ni procesales, aunque requiera de una escala ritual de solución⁸. La cuestión se centra

⁵ CNAT, sala VIII, 25-11-2014, “Ministerio de Trabajo c/Unión Personal de Fábricas de Pinturas y Afines de la República Argentina”: “El encuadramiento sindical es el conflicto intersindical de derecho, planteado entre dos o más asociaciones con personería gremial, sobre la capacidad jurídica que emana de sus respectivas personerías, para representar a los trabajadores de uno o varios establecimientos. Es presupuesto para resolver la controversia que el conflicto se suscite entre asociaciones con personería gremial, debiendo tomarse en consideración las respectivas resoluciones de otorgamiento de personería y la actividad principal de la empresa”.

⁶ Procuración del Tesoro de la Nación, 1-11-99, Dictamen N° 165, “Federación Sindicatos Unidos Petroleros del Estado”, *Dictámenes*: 231:131: “El encuadramiento sindical consiste en definir, en cada caso concreto y con carácter declarativo, en qué ámbito de representación gremial está incluido un determinado colectivo de trabajadores”.

⁷ CNAT, sala II, 17-2-2017, “Federación Argentina de Trabajadores de Aguas Gaseosas y Afines y otro c/Coca Cola FEMSA de Buenos Aires SA s/Acción de amparo”: “Toda contienda de encuadramiento sindical constituye un conflicto intersindical de derecho, por el cual dos asociaciones de primer grado con personería gremial pretenden poseer la representación legal del personal de una o varias empresas”.

⁸ CNAT, sala I, 29-12-2005, “Ministerio de Trabajo c/Agrupación Obrera de la Cerámica s/Sumario”: “Es doctrina jurisprudencial de esta sala I que el encuadramiento sindical constituye un conflicto intersindical de derecho, planteado entre dos o más asociaciones profesionales de trabajadores con personería gremial, sobre la capacidad

normalmente sobre los alcances representativos que proyecta a la resolución de otorgamiento de la personería gremial⁹.

B. *Trascendencia*

La obtención del carácter de mayor y excluyente representatividad significa un hándicap sustancial para el sindicato preferido. En el caso de Argentina, ese reconocimiento del ámbito trae consigo nada menos que la obtención o expansión de la personería gremial, se hace de la exclusión de otra en la representación en la empresa con la elección de delegados sindicales (arts. 40 y s., LAS), representación general colectiva e individual (art. 31, inc. a, LAS)¹⁰ y en especial en la negociación colectiva (art. 31, inc. c, LAS), retención de las cuotas sindicales (art. 38, LAS), pactar e imponer cotizaciones ordinarias y extraordinarias de los afiliados y contribuciones de solidaridad en el marco de la negociación colectiva (art. 37, inc. a, LAS, y art. 9º, ley 14.250) para los no afiliados; tutela (arts. 48, 52 y conc., LAS, y 17, ley 14.250), y para protección económica para la retención de cuotas por parte del empleador (art. 38, LAS) y constituir obras sociales creadas por ley o por los CCT de los que es suscriptor (arts. 31, inc. f, LAS, y 1º, inc. a, y concs., ley 23.660).

En otras palabras, este reconocimiento estructura la base para la

jurídica que emana de las respectivas personerías” (cfr. 10-5-91, “Unión de Empleados de Comercio de Coronel Pringles c/Ministerio de Trabajo s/Encuadramiento sindical”, SI 36.523).

CNAT, sala II, 20-3-96, “Sindicato de Mecánicos y Afines del Transporte Automotor de la República Argentina c/Ministerio de Trabajo”, D. T. 1997-A-1110: “La contienda de encuadramiento sindical trasunta una controversia intersindical de derecho entre dos o más asociaciones que giran en torno a la capacidad jurídica que emana de sus respectivas personerías y que se remite a cotejar las resoluciones que fijan los límites del agrupamiento, en esa suerte de adecuada delimitación llamada «mapa de personerías»” (del dictamen del procurador general del Trabajo).

⁹ CNAT, sala VIII, 26-4-2011, “Sindicato Obrero de la Industria del Vestido y Afines c/Comisión Arbitral de la CGT”: “El conflicto de encuadramiento sindical se configura cuando dos o más entes con personería gremial polemizan acerca de cuál sería el apto para representar a los trabajadores de determinada categoría o establecimiento”.

¹⁰ En “ATE s/Dec. de inconstitucionalidad”, del 18-6-2013, la CSJN declaró la inconstitucionalidad de esta norma.

obtención de la personería gremial y en ello le va la vida (o buena parte) de una entidad sindical en el ámbito normativo argentino. Además, en el caso del encuadramiento sindical, la institución de la personería gremial es un elemento esencial de resolución¹¹. En los encuadramientos convencionales es la llave jurídica de la negociación sistemática de los convenios colectivos y de intervención en su resolución a nivel colectivo.

C. Particularidad del sector público

La resolución 255/2003 del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social (MTESS), sobre la base de los artículos 4° y 6° de la ley 24.185 sobre negociación colectiva del sector público, implantó las reglas especiales de aplicación en el sector público. En concreto, rige aquí el principio de la representatividad colectiva plural, lo que importa la representatividad simultánea de más de una asociación sindical con personería gremial. Fue dictada precisamente por la alta conflictividad intersindical en el sector público, por lo que se marchó hacia un sistema expreso de pluralidad sindical en la Administración Pública.

Esta norma podría aparecer como una reglamentación administrativa contra el artículo 28, LAS, uno de los tantos dispositivos observados por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) de la OIT anualmente desde hace años. En definitiva, al establecer que la personería gremial que se otorgue a asociaciones sindicales representativas del sector público no desplaza en el colectivo asignado las personerías gremiales preexistentes (art. 1°), con mantenimiento de los derechos establecidos en los artículos 31, 38 y siguientes de la ley 23.551 (art. 2°) y la posibilidad de elección de delegados (art. 3°), se diluyen las contradicciones de encuadramiento sindical.

¹¹ CNAT, sala I, 2-10-2015, “Asociación de Supervisores de la Industria Metal-mecánica de la República Argentina ASIMRA c/Peugeot Citroën Argentina SA”: “El encuadramiento sindical constituye una controversia intersindical de derecho, que se resuelve a través de la personería gremial de cada una de las asociaciones, tarea que le compete a la autoridad de administración, ya que requiere la determinación de cuál sería el marco, dentro de una personería gremial dada, en el que se encuentra subsumido el personal de una empresa cuyo encuadre suscita la discusión”.

Es de remarcar que la cuestión implica una dimensión muy distinta en el ámbito de representación del sector de empleo privado con respecto al del sector público. En este último caso, rige la resolución 255/2003 del Ministerio de Trabajo, que establece la pluralidad sindical y, a la vez, la subsistencia de la personería gremial minoritaria.

D. Objeciones

Existen sobre algunos aspectos del diseño general de personería gremial de la LAS reiteradas observaciones de la CEACR de la OIT por ser incompatibles con el Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (Nº 87). Desde poco después de la puesta en vigencia de la ley 23.551, esto hace más de 30 años, ese organismo solicita al gobierno modificar los artículos: 28, ya que requiere, para poder disputar la personería gremial a una asociación, que la demandante posea una cantidad de afiliados “considerablemente superior”; el 21 del decreto reglamentario 467/88, que califica el término “considerablemente superior” al establecer que la asociación que pretenda obtener la personería gremial deberá superar a la que la posea como mínimo en un 10 por ciento de sus afiliados cotizantes; el 29 de la LAS, que dispone que sólo se otorgará la personería gremial a un sindicato de empresa cuando no exista otro sindicato con personería gremial en la zona de actuación y en la actividad o categoría; el 30 de la LAS, que dispone que para que los sindicatos de oficio, profesión o categoría puedan obtener la personería gremial deberán acreditar la existencia de intereses diferenciados de la unión o sindicato preexistente, cuya personería no deberá comprender la representación solicitada; el 38 de la LAS, que sólo permite a las asociaciones con personería gremial, pero no a las simplemente inscritas, la retención en nómina de las cuotas sindicales, y el 48 y el 52 de la LAS, que prevén que únicamente los representantes de las organizaciones con personería gremial se benefician de una protección especial (fuero sindical).

Varias de esas observaciones han sido receptadas en los fallos de la Corte Suprema de la Nación, identificados como “ATE” (2008), “Rossi” (2009), “Álvarez” (2010) y “ATE s/Dec. de Inconstitucionalidad” (2013), colocando en cuestión la vigencia del sistema de repre-

sentación de canal único en las empresas (art. 40), la aptitud representativa colectiva excluyente del sindicato con personería gremial (arts. 31, inc. c, y 52) sobre prerrogativas excluyentes de representantes de sindicatos con personería gremial.

Sin embargo, es recomendable, tal como lo hace la CEACR de la OIT, que el otorgamiento a un sindicato del carácter más representativo se concrete sobre la base de criterios objetivos y limitarse a ciertos derechos, como el de negociación colectiva. Si bien estas premisas son constitutivas de la representación sindical, deberían tomarse en cuenta, igualmente, al momento de dirimir los conflictos de encuadramiento sindical¹².

Pero aun así el sistema sindical vigente legalmente no ha sufrido mayores alteraciones en estos aspectos y sigue siendo dirimente para las preferencias representativas, negociales y económicas de la entidad con personería gremial.

E. *Criterios de resolución en los encuadramientos sindicales*

1. *Proyección del ámbito asociacional fijado por resolución de otorgamiento de personería sindical*

Frente a la inexistencia de una normativa especial sobre los criterios para determinar el modo de dirimir los conflictos de encuadramiento sindical sólo es posible construir una guía ponderativa sobre la base de los criterios asociativos, administrativos y judiciales. Naturalmente, el primer dato será tener a la vista el ámbito inscripto y, luego, sobre la base de los hechos y constataciones del área en disputa, la elección del criterio de predominio de uno sobre otro. La otra obvia disquisición se refiere al ámbito horizontal (profesional y de oficio), vertical (actividad), empresario o la combinación de estos parámetros de agrupamiento.

En el tema la Corte Suprema de Justicia dijo: “Las controversias intersindicales de derecho entre asociaciones profesionales en torno a la capacidad de representación emanada de las respectivas personerías

¹² OIT y CEACR, *Estudio General sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo a la luz de la Declaración de la OIT sobre la Justicia Social para una Globalización Equitativa*, Ginebra, 2012.

remiten a cotejar las normas que puntualmente las acuerdan, en pos de la adecuada integración de cada segmento representativo en el correspondiente «mapa de personerías» (CSJN, 31-10-2002, “Asociación Argentina de Actores c/Ministerio de Trabajo”, D. T. 2002-B-2291). En esa dirección, “son presupuestos para resolver la controversia que el conflicto se suscite entre asociaciones con personería gremial, debiendo tomarse en consideración las respectivas resoluciones de otorgamiento de personería y la actividad principal de la empresa” (CNAT, sala VIII, 25-11-2014, “Ministerio de Trabajo c/Unión Personal de Fábricas de Pinturas y Afines de la República Argentina”).

El análisis del texto concreto de ese certificado de personería gremial puede o no coincidir con el ámbito estatutario que inserta la vocación o ambición representativa del sindicato pero no confiere la representación legal. En muchos casos, los sindicatos tienen personería gremial para determinado ámbito; simple inscripción sindical para otro (mayor territorialmente o en cuanto a contingentes de actividades o profesiones) y ninguna traducción legal más allá de la aprobación del órgano asociacional propio. Inclusive, la ratificación de un ámbito de actuación sindical por parte de la autoridad de aplicación es valorada para preservarlo respecto de otro¹³.

¹³ CNAT, sala IX, 28-3-2018, “Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social c/Sindicato Obreros de Estaciones de Servicio, Garages, Playas de Estacionamiento y otros s/Ley de Asociaciones Sindicales”: “El artículo 43 de la ley 23.696 impone el mantenimiento del *statu quo* sindical en las empresas sujetas al proceso de privatización, con la salvedad de resolución contraria de la autoridad de aplicación y –de manera específica al caso bajo análisis– la resolución DNAS N° 135/91 que consideró subsistente la personería gremial de la Federación Sindicatos Unidos Petroleros e Hidrocarbúrferos para representar ‘...a los trabajadores que como consecuencia de la transformación de YPF SA operada en el marco de la ley 23.696 y su decreto reglamentario 277/90 hayan pasado o pasen en el futuro a constituir o formar parte de sociedades de cualquier tipo o naturaleza u otras entidades, o a prestar servicios en las mismas, bajo cualquiera de las formas o modalidades autorizadas por la legislación vigente, y cuyo objeto social sea la prestación de servicios o la realización de obras, tareas u operaciones de cualquier índole, propias o inherentes a la industria y actividades relacionadas con los hidrocarburos, afines y complementarias, quedando también incluidos los trabajadores que, sin haberse desempeñado con anterioridad en YPF SA, se incorporen en el futuro o formen parte de las referidas sociedades o entidades, o se desempeñen en ellas o para ellas las actividades y servicios antes mencionados’. En esta inteligencia, cabe confirmar la decisión administrativa, rechazándose la pre-

2. *Actividad*

El segundo elemento central para analizar en la contienda es, aparte del acto constitutivo del ámbito de representación, la actividad en disputa, tema que ofrece sus variantes. “Las contiendas de encuadramiento sindical son conflictos de derecho entre dos asociaciones sindicales relativas a la representación de determinado grupo de trabajadores, que debe ser resuelto cotejando las decisiones administrativas que las acuerdan, en relación con la actividad o la tarea que se lleva a cabo en determinado establecimiento. Vale decir que se discute si un sector de trabajadores que realiza determinadas tareas o, en determinado ámbito, corresponde sea representado por un sindicato o por otro”¹⁴.

a) *Existencia de actividad comprendida*

Establecido el ámbito de actividad, deviene la proyección del ámbito acordado por las entidades contendientes sobre la empresa o área en disputa. En tal análisis el criterio de proyectar el “haz de representación” sobre el ámbito en disputa y la actividad concreta analizada.

b) *Actividad principal*

El criterio de adopción del carácter de entidad representativa se encuentra en la existencia de una actividad principal que aparezca a su vez comprendida en la resolución de otorgamiento de personería gremial. En este sentido, es un clásico del tema el caso del conflicto entre los sindicatos del vidrio y metalúrgico en que el elemento del vidrio era preponderante en tanto que el metalúrgico mínimo en el producto final de las lámparas eléctricas¹⁵. Lo mismo ocurrió en plantas

tensión de encuadramiento sindical en el ámbito del SOESGYPE del personal que presta servicios en las estaciones de servicio de la empresa Operadora de Estaciones de Servicio SA (OPESSA)”.

¹⁴ CNAT, sala VII, 21-6-2011, “Sindicato de Trabajadores Mensualizados de los Hipódromos Argentino, San Isidro y sus Anexos c/Comisión Arbitral de la Confederación General del Trabajo s/Ley de Asociaciones Sindicales”.

¹⁵ CNAT, sala III, 29-9-89, “Sindicato Obrero de la Industria del Vidrio y Afines de la Rep. Arg.”; íd., 14-6-95, “Sindicato de Empleados de la Industria del Vidrio y Afines c/Ministerio de Trabajo”.

de producción y el fraccionamiento de los gases, la actividad del gas en que trabajan trabajadores químicos¹⁶.

El mismo criterio se adoptó en otro tradicional escenario de disputas de encuadramiento sindical, entre metalúrgicos y mecánicos, aunque, como se verá, intervienen aquí también otros criterios¹⁷.

c) *Actividad específica*

De otro costado, la determinación de la actividad para lograr el encuadramiento lleva en algunas oportunidades a enfocar la naturaleza específica: “Para decidir sobre el encuadramiento sindical cabe estar esencialmente en la naturaleza de la actividad específica del establecimiento antes que a la envergadura que pueda haber adquirido” (CNAT, sala III, 31-5-91, “Sindicato Único de Trabajadores del Neumático Argentino c/Ministerio de Trabajo”, D. T. 1991-B-1204)¹⁸ y su relación con la resolución que otorga para personería: “Para la re-

¹⁶ CNAT, sala I, 23-5-2018, “Sindicato del Personal de Industrias Químicas y Petroquímicas y Afines de Bahía blanca c/Paiolo, Eduardo Marcelo y otro s/Ley de Asoc. Sindicales”: “Las pruebas aportadas conducen a concluir que la actividad principal que se desarrolla en la planta sobre cuyo personal se proyecta el encuadramiento a decidir consiste en la producción y el fraccionamiento de los gases que componen el gas líquido. La circunstancia de que, en el marco de los procesos industriales descriptos, se desempeñen trabajadores de la actividad química no desplaza el encuadramiento de la actividad principal porque, por la esencia de las sustancias, es lógico que se necesiten profesionales de esa especialidad. Por lo tanto, lo resuelto por el Comité Arbitral de la Confederación General del Trabajo se adecua tanto al ámbito de representación que confiere la resolución que otorgó la personería al Sindicato de Trabajadores de la Industria del Gas, Derivados y Afines de Bahía Blanca cuanto a la actividad principal que se lleva a cabo en las empresas respecto de las cuales se proyecta el presente conflicto de encuadramiento”.

¹⁷ CNAT, sala VI, 21-11-2007, “Sindicato de Mecánicos y Afines del Transporte Automotor de la República Argentina SMATA c/Ministerio de Trabajo”, D. T. 2008-231: “Los conflictos de encuadramiento sindical deben dirimirse tomando en consideración el ámbito de representación según lo que establezcan las resoluciones que otorgan la personería gremial a las entidades actuantes, y por otro lado la actividad principal de la empresa en que se desempeña el personal cuya representación pretenden”.

¹⁸ La CNAT resolvió en 2013 de forma similar en un recurso interpuesto por SUTNA por el encuadramiento de la empresa Imperial Cord, encuadrada en el sindicato del caucho.

solución de conflictos intersindicales como el que nos convoca es necesario tener en cuenta no sólo el alcance de la resolución que confiere personería a las entidades de conformidad con sus respectivos estatutos, sino también la actividad específica a la que se encuentran afectados los trabajadores” (CNAT, sala II, 4-2-2009, “Sindicato Único de la Industria del Vestido c/Comisión Arbitral de la Confederación General del Trabajo”).

3. *Especialidad*

La especialidad en la actividad, entre la general y la particular, ha sido uno de los criterios más debatidos. Un caso tradicional de referencia es el de disputas entre metalúrgicos y mecánicos, dos gremios de la industria del metal esencialmente. Junto con el anterior criterio, el ámbito especial de actuación desplaza al ámbito más general¹⁹.

De otro lado, la profesionalidad del agrupamiento sindical resulta relevante, si no dirimente, para definir el agrupamiento. En tal sentido, se puede referenciar el siguiente caso: “El Sindicato de Guincheros y Maquinistas de Grúas Móviles es una entidad de tipo horizontal, ya que alude específicamente a un oficio. Si bien es cierto que la actividad principal es la prestación de servicio de transportes, también se realiza la carga y descarga con elementos especiales (grúas, guinchos, otros). Ante la confluencia de entidades horizontales y verticales no debe prevalecer la actividad, porque ello implicaría la desaparición del sindicato de tipo horizontal y vulnera el principio de libertad sindical (art. 4° de la ley 23.551). Y en el caso concreto, el Sindicato de Guincheros resulta el más específico para ejercer la representación del sector grúas” (CNAT, sala I, 23-8-2002, “Ministerio de Trabajo c/Sindicato de Guincheros y Maquinistas de Grúas Móviles s/Sumario”). En este juego tiene incidencia el otorgamiento de personería gremial siguiendo su especificidad frente a otras más genéricas. La generalidad legal conspira contra una mejor aptitud representativa, según este criterio.

¹⁹ CNAT, sala IV, 17-8-88, “Alberto Ramos y Asociado SA”; sala III, 25-9-89, “UOMRA”.

4. *Preponderancia de la personería gremial posterior sobre la anterior*

Derivada del principio de modernidad, porque supone una nueva valoración de la dinámica sindical y como una salida dirimente en materia de mapeo sindical, el otorgamiento de una personería posterior debería desplazar a la anterior. Destacada como criterio a tener en cuenta para resolver estos diferendos, el Grupo de Expertos en Relaciones Laborales, en *Estado actual del sistema de relaciones laborales en la Argentina*²⁰, ha tenido igualmente recepción jurisprudencial en aquel clásico de las disputas sindicales de representación, el que mantienen mecánicos y metalúrgicos, como se resolvió en el precedente de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala III, en “SMATA s/Encuadramiento sindical de la firma Cairoli Hnos” (27-3-91, D. T. 1991-B-2215) y otros²¹.

5. *Voluntad asociativa de los trabajadores y empleadores*

En este criterio existe una clara contradicción. La libertad sindical como derecho fundamental permite que los trabajadores decidan la organización sindical de preferencia. Significa entonces que no podría impedirse a un contingente de trabajadores ingresar a un sindicato y otorgarle mayoría y, de paso, la fuerza suficiente para dirimir un conflicto intersindical de representación. Debería ser, por lo tanto, el criterio predominante y excluyente.

Sin embargo, la afiliación, por más masiva que resulte, no debe ser jurídicamente resolutoria del conflicto si el agrupamiento no se ajusta a su matriz de personería o inscripción gremial. No se está tratando aquí de un conflicto de desplazamiento de personerías entre un sindicato simplemente inscripto y un sindicato con personería gremial o el otorgamiento de una personería gremial que sí exige un cotejo de afiliación o un piso de asociados (arts. 25 y 29, LAS).

²⁰ AA. VV., Grupo de Expertos en Relaciones Laborales, *Estado actual del sistema de relaciones laborales en la Argentina*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, ps. 121/122.

²¹ CNAT, sala X, 30-9-2002, “Sindicato de Mecánicos y Afines del Transporte Automotor de la República Argentina c/Estado Nacional s/Ley de Asociaciones Sindicales”: “El criterio de exclusividad que emana del ordenamiento legal exige que el caso de superposición de representaciones deba preferirse a la que recibió la personería gremial en último término”.

El tema aparece pacífico en la jurisprudencia, la que en general descarta el criterio cuantitativo para dirimir el conflicto. Sin embargo, aunque no puede negarse su componente democrática, es claro que este criterio no aparece como posibilidad dentro de la LAS y debe existir superposición de ámbitos personales o de actividad para implementar el referéndum de encuadramiento. Realizado, su influencia en la resolución del conflicto parece innegable.

De otro lado, se han sabido verificar acuerdos de partes de encuadramiento sindical, en algunos casos precedidos por medidas de acción directa del sindicato suscribiente. Al menos en un caso, la CSJN confirmó la nulidad del celebrado entre el Sindicato de Camioneros a partir de la impugnación del sindicato que ostentaba la representación sindical (CSJN, 26-8-2014, “Sindicato Trabajadores de Industrias de la Alimentación y otro c/Gate Gourmet Argentina SA”).

F. *Procedimiento de resolución*

Entablada la instancia de promoción del procedimiento de encuadramiento sindical por parte de un sindicato se otorga participación a la o a las entidad/es afectada/s por el pedido. La autoridad de aplicación es el METSS, y debe abrir el procedimiento conforme a la Ley de Procedimiento Administrativo 19.549 y su decreto reglamentario y la resolución de la Dirección Nacional de Asociaciones Sindicales 64/72, que establece las directivas especiales para los inspectores que realizan las constataciones en los procedimientos de encuadramiento sindical²².

²² Cuestionario destinado a relevar en conflictos de encuadramiento sindical: 1) Rubro de explotación discriminada; 2) actividades principales y accesorias; 3) números de trabajadores en relación de dependencia; 4) secciones en que se halla organizada la empresa y número de trabajadores en cada una de ellas; 5) tareas realizadas por los trabajadores (empleados y obreros); 6) consulta a los trabajadores sobre la afiliación efectiva; 7) Convención Colectiva de Trabajo que se aplica al personal; 8) materias primas utilizadas y procedimientos elaborativos que se llevan a cabo, productos y servicios comerciales (detallar); 9) monto económico de cada rubro de explotación, indicando dentro de lo posible: costo de materiales, cantidades trabajadas, salarios abonados; 10) rubro para el que tiene la habilitación municipal; 11) toda la información que se considere de interés (contrato social, libros obligatorios y todo lo que haga a la actividad de la empresa); 12) boleta de depósito de cuota sindical y obra social; 13) número de clave única de identificación tributaria (CUIT). Como puede apreciarse, la base es una plataforma fáctica sobre la que deberá operarse

La característica fundamental del procedimiento es su posible *triple instancia* asociacional, administrativa y judicial, sin perjuicio de otros recursos procesales para su resolución. El artículo 59 de la LAS indica que el sometimiento de cuestiones a la autoridad administrativa de las asociaciones interesadas deberá 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 integren²³. Esa vía asociacional concluye con el pronunciamiento de la organización de grado superior a la que se encuentren adheridas o a la que estén adheridas las federaciones que integren. El procedimiento de encuadramiento sindical se encuentra reglamentado en el ámbito asociacional mediante el estatuto de la entidad de grado superior en caso de corresponder su actuación en razón de la pertenencia de las entidades en disputa a esa instancia. La resolución de encuadramiento emana de la autoridad administrativa del trabajo o de la vía asociacional; es directamente recurrible ante la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo o vía de apelación según el procedimiento de los artículos 61 y 62, LAS.

Los estatutos de la Confederación General del Trabajo de la República Argentina (CGT) instituyen la Comisión Arbitral, cuyo objeto es mediar y emitir fallos arbitrales (art. 83), los que serán apelables ante el Comité Central Confederal y el Congreso (art. 84)²⁴. Este re-

con la resolución de otorgamiento de personería gremial de las entidades contendientes en materia de encuadramiento sindical.

²³ CNAT, sala I, 2-10-2015, “Asociación de Supervisores de la Industria Metal-mecánica de la República Argentina ASIMRA c/Peugeot Citroën Argentina SA”: “El artículo 59 de la LAS resulta ser la vía pertinente para resolver el conflicto de encuadramiento sindical suscitado entre la UOM y la ASIMRA, quienes pretenden el encuadramiento del colectivo de los trabajadores que prestan servicios para la empleadora Peugeot Citroën Argentina SA y quienes cumplen tareas bajo la calificación contractual de ‘responsables de unidad’ o ‘responsables de gestión’, consistente en una mecánica de armado de autogestión y forma de trabajo ‘horizontal’, a modo de trabajo celular, donde no se utiliza la figura del supervisor sino del llamado ‘monitor’. De esta norma se extrae que la resolución administrativa debe establecer a cuál de las entidades en conflicto le corresponde representar al grupo de trabajadores involucrados, de lo que, a su vez, surgirá el régimen colectivo –existente o negociable– que les será aplicable...”

²⁴ CNAT, sala II, 17-8-2011, “Sindicato de Empleados Textiles de la Industria y

glamento no establece mayores precisiones procesales, por lo que ha merecido la interpretación judicial destinada a preservar el derecho de defensa en el trámite administrativo²⁵. Los estatutos de la Confederación de Trabajadores Argentinos no prevén un órgano similar, por lo que una resolución de este orden debería tratarse mediante las facultades reglamentarias de sus instancias orgánicas.

En concreto, el artículo 59 de la LAS “estipula que los conflictos de encuadramiento sindical deben transitar por la vía asociacional y que, agotada ella, recién queda expedita la vía administrativa y judicial,

Afines c/Confederación General del Trabajo de la República Argentina”: “En atención a que el recurrente cuestionó la resolución dictada por el Comité Arbitral de la CGT de la República Argentina mediante la que se resolvió que ‘los trabajadores que realizan tareas de comercialización deben ser excluidos de la personería gremial del SETIA’ y toda vez que el artículo 59, primer párrafo, de la LAS establece que ‘Para someter las cuestiones de encuadramiento sindical a la autoridad administrativa, las asociaciones 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’. A lo que se suma lo dispuesto por el artículo 84 del Estatuto de la CGT, a la que se halla asociado el recurrente, resulta evidente que la vía asociacional no se halla agotada antes de la interposición del recurso que prevé la norma estatutaria. Por ende, si bien es facultad de las partes recurrir las resoluciones dictadas por el Comité Arbitral, es necesario hacerlo para agotar la vía administrativa”.

²⁵ CNAT, sala III, 20-11-2008, “Unión Personal de Seguridad de la RA c/Comisión Arbitral de la Confederación General del Trabajo”: “No se ha previsto el trámite a seguir en los supuestos en los que se recurre la decisión que emana, como en el caso, de una asociación sindical de grado superior (CGT). En tales condiciones, aun en el caso de considerarse que se aplican en forma analógica los requisitos establecidos en el último párrafo del artículo 62, ley 23.551, teniendo en cuenta que la recurrente interpuso su recurso dentro de los 15 días hábiles de notificada de la resolución de la Comisión Arbitral de la CGT (ver cédula de fs. 285 y cargo de fs. 28), corresponde tratar la presente queja, pues de lo contrario se incurriría en un excesivo rigor formal y se afectaría el derecho de defensa en juicio y de acceso a la jurisdicción previstos en el artículo 18, CN”. Íd., 13-5-2002, “Sindicato de Empleados Textiles de la Industria y Afines SETIA c/Confederación General del Trabajo s/Ley de Asociaciones Sindicales”: “La resolución de la Comisión Arbitral (vía asociacional) referida a un encuadramiento sindical puede recurrirse aplicando al caso, en forma analógica, el plazo establecido en el artículo 62, párrafo final, ley 23.551. Esto es así toda vez que se trata de un único recurso destinado a cuestionar la resolución de un conflicto inter-sindical de representatividad, sea cual fuere el organismo legalmente competente que hubiere dictado tal resolución”.

justamente en resguardo de los principios de libertad y autonomía sindical. Por lo que no pueden articularse ante el Ministerio de Trabajo conflictos de encuadramiento sindical sin que hayan transitado previamente por la vía federativa o confederativa común, siendo la excepción –justamente– la inexistencia de tal vía, por falta de adhesión de alguna o la totalidad de las entidades a una misma entidad de grado superior (cfr. Simón, J. C. [dir.], *Tratado de Derecho Colectivo del Trabajo*, t. 1, La Ley, 2012, p. 851), supuesto de excepción que no se verificó en la causa” (CNAT, sala IX, 31-7-2012, “Ministerio de Trabajo c/Sindicato de Mecánicos y Afines del Transporte Automotor de la República Argentina”).

Si el conflicto llega a ese nivel asociacional y de no obtener pronunciamiento dentro del término de 60 días hábiles la norma establece que cualquiera de las entidades podrá solicitar el sometimiento de la cuestión al Ministerio de Trabajo que, a su vez, tendrá otro plazo de 60 días para resolver. En caso de silencio, cualquier parte interesada podrá pedir pronto despacho (art. 10 de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo 19.549) y transcurridos otros 30 días hábiles podrá utilizar la vía prevista en el artículo 62, inciso e, de la ley 23.551, recurriendo a la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo²⁶.

El decreto 1040/2001 faculta expresamente al MTESS para intervenir en estos conflictos. Su actuación no ha sido objetada constitucionalmente, ya que “cuando las entidades sindicales no convergieren en una única entidad de grado superior, toda vez que dentro del marco

²⁶ CNAT, sala III, 30-6-2010, “Unión de Trabajadores de Prensa de Buenos Aires c/Comisión Arbitral de la Confederación General de Trabajo”: el artículo 59, LAS, “supedita el sometimiento de las cuestiones de encuadramiento sindical a la autoridad administrativa sólo en aquellos casos en los cuales se hubiese expedido la organización gremial de grado superior ‘...a la que se encuentren adheridas, o a la que estén adheridas las federaciones que integren...’ Esta norma, que es coherente con los principios de autonomía y libertad sindical, sólo rige cuando existe una organización de cúpula que nuclea a ambos sujetos del conflicto intersindical de representación, lo que resulta obvio si se tiene en cuenta que no podría imponérsele a una asociación la decisión de otra de grado superior a la cual no se encuentra afiliada”. STJ de Río Negro, 12-7-2005, “Federación Obreros y Empleados de Estaciones de Servicio c/C., J. C. y/u otro s/Sumario s/Inaplicabilidad de ley”.

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”²⁷.

G. *Sujetos y efectos*

El artículo 59 de la LAS, reglamentado por el decreto 1040/2001, establece que son sujetos activos de los cuestiones de encuadramiento sindical, es decir, para ejercer la pretensión de determinar la aptitud representativa de la asociación gremial respectiva con relación al ámbito en conflicto, las asociaciones sindicales interesadas. La CSJN confirmó en “Asociación Argentina de Actores c/Ministerio de Trabajo”, del 31 de octubre de 2002, que dejó sin efecto una resolución del MTESS que encuadró a ciertos trabajadores en el marco representativo del Sindicato Argentino de Música (SADEM) sin haber citado a la entidad apelante.

La cuestión de la participación de los empleadores en conflictos planteados entre sindicatos por la aptitud representativa no es pacífica. Si la entidad sindical que es parte interesada y resulta aminorada en su ámbito no apela o consiente las decisiones, la empleadora afectada no puede intervenir por derecho propio en la contienda²⁸.

Según el artículo 3º del decreto 1040/2001, se otorga carácter de parte a los empleadores para “...promover el procedimiento de encuadramiento sindical, ante la Autoridad de Aplicación de la Ley N° 23.551, para que determine la asociación con aptitud representativa...”, aunque restringiendo su actuación a tres 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

²⁷ CNAT, sala V, 14-3-2005, “Asociación del Personal de Economía y Hacienda c/Ministerio de Trabajo”.

²⁸ CNAT, sala I, 28-9-2011, “Ministerio de Trabajo c/Sindicato Único de Trabajadores del Neumático Argentino s/Ley de Asociaciones Sindicales”; sala II, 25-6-2012, “Ministerio de Trabajo c/Sindicato de Trabajadores de la Industria del Papel, Cartón y Químicos s/Ley de Asociaciones sindicales”; íd., 25-6-2012, “Ministerio de Trabajo c/Sindicato de Trabajadores de la Industria del Papel, Cartón y Químicos s/Ley de Asociaciones Sindicales”.

de aportes. c) Cuando acrediten que, a través del procedimiento de encuadramiento sindical, pueden corregirse eventuales asimetrías laborales de orden convencional”.

Se sabe que dicha norma surgió del fallo de la CSJN, “Sindicato de Trabajadores de la Industria de Alimentación c/Ministerio de Trabajo de la Nación”, del 13 de agosto de 1996, admitiendo la participación plena del sector empresarial en todas las contiendas de encuadramiento y/o representación sindical²⁹. Asimismo, se ha sabido desestimar su inconstitucionalidad³⁰ y se ha otorgado participación a la empleadora por el impacto que puede eventualmente significar para la empleadora³¹.

²⁹ “Cabe reconocer la legitimación empresaria para actuar en el litigio en el que se discute el encuadramiento sindical de sus dependientes si el acto administrativo dictado al efecto le impone la obligación de recibir uno o más delegados en representación de la asociación sindical beneficiaria y de negociar colectivamente con ella, que puede tener un compromiso de muy distinta entidad con la actividad que desarrolla la empresa”.

³⁰ CNAT, sala V, 14-3-2005, “Asociación del Personal de Economía y Hacienda c/Ministerio de Trabajo s/Ley de Asociaciones Sindicales”: “Si bien el artículo 59 de la ley 23.551 está pensado para la existencia de un solo órgano de cúpula, ante las circunstancias históricas y cronológicas en que fue emitida la norma y la afiliación generalizada a la Confederación General del Trabajo, lo cierto es que, más allá de la opinión que susciten desde un punto de vista político o sociológico, se han dado situaciones en las cuales, algunas entidades, por razones que no cabe juzgar, no se encuentran afiliadas a una única central de grado superior. Esta circunstancia le da un viso de razonabilidad al decreto 1040/2001 (el cual, en su art. 1º, 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), en particular si se tiene en cuenta, incluso, que, a su vez, era necesario dar curso a la participación del empleador, ante la legitimación que le acordó la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del año 1996, en el precedente que se cita en los considerandos del decreto impugnado. Por ende, corresponde descartar el planteo de inconstitucionalidad del decreto citado (del Dictamen FG Nº 39.751 del 18-2-2005)”.

³¹ CNAT, sala IX, 31-7-2012, “Ministerio de Trabajo c/Sindicato de Mecánicos y Afines del Transporte Automotor de la República Argentina s/Ley de Asociaciones Sindicales”: “Conforme el decreto 1040/2001, corresponde darle intervención a la empleadora a fin de que –si correspondiere– esta última efectúe su descargo, por lo que la entidad de la empleadora de los trabajadores cuyo encuadramiento sindical se pretende no resulta un dato irrelevante, lo que en modo alguno le quita el carácter de intersindical a la controversia. En definitiva, más allá de tratarse de un conflicto intersindical y que se refiere al cotejo de los ámbitos de representación de un determinado grupo de trabajadores, no se puede obviar las implicancias que de su resolución

Con todo, el criterio general debe ser restrictivo, si no excluyente, por la obvia injerencia en la vida asociacional que encubre³². Esta

se derivan para los concretos contratos laborales que vinculan a los trabajadores cuyo encuadramiento se persigue con su empleadora”.

³² CNAT, sala II, 25-6-2012, “Ministerio de Trabajo c/Sindicato de Trabajadores de la Industria del Papel, Cartón y Químicos s/Ley de Asoc. Sindicales”: “En el caso, Valot SA alegó que la decisión ministerial produciría un ‘abrupto y sorpresivo cambio en el régimen salarial y de retenciones y aportes con finalidad sindical y asistencial’. No se ha especificado el alcance de los alegados cambios de encuadre y al respecto no puede soslayarse que, para la aplicación de un convenio colectivo diverso, se requeriría también que el sector patronal se hubiere visto representado en su negociación, lo que torna meramente conjetural el planteo formulado que, por lo demás, no implicaría la afectación de derechos adquiridos ni le otorga carácter imperativo a normas de origen convencional en las que la recurrente no se hubiere encontrado representada. Desde tal perspectiva, no se advierte con claridad la legitimación recursiva de la empleadora en los términos específicamente previstos en los tres incisos del artículo 3º del decreto 1040/2001, máxime cuando la habilitación para ‘promover’ la resolución del conflicto intersindical de derecho, al que nos venimos refiriendo, requiere que éste exista y se mantenga, lo que en la especie no puede sostenerse al no surgir de autos que la entidad sindical vencida hubiere apelado la resolución que le otorgara representación al STIPCyQ. Cabe memorar que, como lo refiere el doctor Eduardo Álvarez en el dictamen que antecede, aun soslayando los embates que con base constitucional ha efectuado el STIPCyQ, corresponde desestimar el recurso interpuesto por la empleadora en el marco de un conflicto de encuadramiento sindical promovido por un sindicato en el cual la asociación gremial perdidosa consintió la decisión ministerial, en tanto dicho conflicto ya se encontraría resuelto con alcance vinculante para los sindicatos intervinientes (ver con idéntico criterio CNAT, sala I, sentencia del 28-9-2011, *in re* ‘Ministerio de Trabajo c/Sindicato Único de Trabajadores del Neumático Argentino s/Ley de Asoc. Sindicales’). Por lo demás, el Grupo de Expertos en Relaciones Laborales ha señalado que el Comité de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo, durante el año 2006, y ante un planteo de la Central de Trabajadores Argentinos, sostuvo ‘...que no existe posibilidad de generar un conflicto de encuadramiento a partir del solo deseo del empleador...’, por lo que teniendo en cuenta que dicho juicio se emitió en el marco interpretativo del Convenio 87 sobre libertad sindical, que el máximo tribunal entendiera vinculante para los órganos jurisdiccionales argentinos en los autos ‘Asociación de Trabajadores del Estado c/Estado Nacional’ (CSJN, sentencia del 11-11-2008), corresponde interpretar lo más restrictivamente posible todo supuesto en que se pretendiera la intervención empresarial en eventuales conflictos de carácter intersindical. En consecuencia, de prosperar mi voto, corresponde rechazar en todas sus partes el recurso interpuesto por Valot SA en los términos del artículo 62 de la ley 23.551, contra la resolución MTESS 1042 del 5-9-2011. No obstante el resultado final obtenido, en atención a la índole de la cuestión debatida y a que de conformidad

norma debería ser objeto de revisión, ya que si bien no es objetable el interés empresario en el desarrollo del conflicto de encuadramiento sindical, tratándose de una controversia interna del sistema sindical su intervención implica injerencia en el ejercicio de la libertad sindical. En todo caso, tal participación no debería ser plena sino como un simple tercero interesado sin facultades para tomar intervención procesal plena.

La resolución de encuadramiento emana de la autoridad administrativa del trabajo o de la vía asociacional, y es directamente recurrible ante la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo o vía de apelación según el procedimiento de los artículos 61 y 62, LAS³³.

Por último, existe algún consenso acerca de que la resolución que pone fin al conflicto de encuadramiento sindical adquiere efectos declarativos y no constitutivos sobre los ámbitos de representación de cada entidad involucrada³⁴. En otras palabras, el sindicato que resulta

con lo normado por el decreto 1040/2001 la recurrente pudo verosímelmente considerarse asistida con mejor derecho a recurrir como lo ha hecho, propongo imponer las costas de la Alzada en el orden causado (art. 68, *in fine*, CPCCN)” (voto de la Dra. Graciela González).

³³ CNAT, sala VII, 21-6-2011, “Sindicato de Trabajadores Mensualizados de los Hipódromos Argentino, San Isidro y sus Anexos c/Comisión Arbitral de la Confederación General del Trabajo s/Ley de Asociaciones Sindicales”: “Respecto a la viabilidad formal del recurso, atento al cuestionamiento efectuado por la Asociación Gremial del Personal de Hipódromos de Buenos Aires y San Isidro y Agencias Hípicas Provinciales y Nacionales, resulta inadmisibile, ya que el artículo 59 de la ley 23.551, en su tercer párrafo, establece de una manera terminante que la resolución de encuadramiento sindical que emane por vía asociacional «...será directamente recurrible ante la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo...»” En el mismo sentido, íd., 22-6-2011, “Sindicato Obrero de la Industria del Vestido c/Confederación General del Trabajo s/Queja expte. administrativo”; sala VI, 17-8-2012, “Federación Argentina de Empleados de Comercio y Servicios c/Comisión Arbitral de la CGT s/Nulidad resolución”.

³⁴ CNAT, sala X, 30-9-2003, “Mauricio, Sergio c/Gejinsa Argentina SA s/Amparo”: “La resolución administrativa de encuadramiento sindical tiene carácter declarativo y no constitutivo, por lo que sus efectos se remontan a su fecha de otorgamiento de la personería gremial, toda vez que no es más que una resolución aclaratoria o interpretativa, que al igual que las normas del mismo carácter, tiene efecto retroactivo (Carlos Etala, *Derecho Colectivo del Trabajo*, p. 164). En consecuencia, una disputa de encuadramiento sindical no puede argüirse para invalidar una elección de delegados,

vencedor en la contienda solamente obtiene una proclamación de sus derechos y, por lo tanto, no hay lugar a la revisión de lo actuado retroactivamente en su actuación dentro del área en cuestión³⁵. El tema no es con todo pacífico ya que, como se sabe, esta resolución tiene efectos sobre la existencia de mandatos sindicales de las entidades en disputa y en materia de aportes sindicales. Frente a la cuestión existen al menos dos posibilidades. Si la sentencia es simplemente declarativa y no modifica el estado de cosas respecto de la entidad confirmada, ésta podrá exigir todos los atributos de su representación en forma retroactiva si han sido desconocidos como efectos de aquel decisorio³⁶. La otra interpretación es realizar una compatibilización de la aplicación del nuevo encuadramiento respecto del anterior³⁷.

especialmente en el caso, donde la resolución dictada reconoció el derecho representativo de la asociación sindical a la que pertenecía el trabajador”.

³⁵ CNAT, sala II, 11-2-2003, “Coppola, Carlos c/Gejinsa Argentina SA y otros s/Despido”: “La resolución administrativa de encuadramiento no es constitutiva de un derecho sino declarativa frente a una situación planteada, por lo cual el sindicato a quien se le atribuye la representación siempre mantuvo su derecho, aunque éste fuera en los hechos impugnados. Por ello, si se realizó la nominación del representante gremial y se cumplieron los requisitos legales (convocatoria, elección y designación) se ha ejercido el cargo conforme a derecho y quienes lo han desempeñado gozan de la estabilidad que les concede la ley frente al despido arbitrario”.

³⁶ CNAT, sala VI, 15-9-93, “Ogas, Vicente c/Isocor SA s/Diferencias de salarios”: “El fallo judicial relativo a un encuadramiento sindical realizado por la autoridad administrativa no tiene carácter constitutivo, ni fija, a partir del momento de su dictado, las relaciones entre las partes. Pero si tal fallo judicial puso fin a la cuestión de encuadramiento sindical, resuelto por la autoridad administrativa, dicha decisión tuvo por efecto confirmar un estado de cosas vigentes a la fecha de tal decisión administrativa, y esto no es retroactividad, sino efecto propio de la sentencia” (del voto del Dr. Capón Filas, por la mayoría).

³⁷ Ídem anterior: “Cualesquiera sean los alcances temporales que es adecuado atribuir a la resolución de encuadramiento sindical, así como su incidencia en la aplicabilidad de una u otra convención colectiva de trabajo, si se pretende extraer de ella consecuencias patrimoniales por lapsos anteriores a la fecha en la que en virtud de la resolución en cuestión se aplicaba la celebrada por el sindicato cuya representatividad ha sido excluida, es menester efectuar una comparación global de ambos instrumentos. No es procedente atomizarlos a efectos de invocar aquellas cláusulas que favorecen de la que se aplicó, sin retroactividad, en virtud del encuadramiento, al tiempo que se conservan otras de la anterior” (del voto del Dr. Morando, en minoría).

III. Conflictos de encuadramiento convencional

A. *El sistema de fuentes normativas laborales*

A partir de la vigencia del artículo 14 bis de la CN desde 1957 y las modificaciones de 1994, incorporando el plexo de derechos humanos al máximo nivel y el reconocimiento de los tratados (entre ellos los de la OIT) con rango superior a las leyes (art. 75, inc. 22), el sistema normativo laboral integra un Estado Social de Derecho. Su morfología se muestra en la estructura normativa del artículo 14 bis, que implica:

- La intervención progresiva, promocional, protectoria y especializada del Estado (“El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes...”, art. 14 bis) y un código de protección de derechos esenciales (arts. 14 bis, CN, primera parte), reforzado y expandido por los derechos humanos laborales y generales establecidos a través del artículo 75, inciso 22, CN.
- Una concepción dialéctica y autonómica de las relaciones de trabajo asalariado: el conflicto de intereses estructural del sistema de producción (sujetos colectivos, libertad sindical, derechos de negociación y de conflicto). La fórmula con la siguiente enunciación del artículo 14 bis, segundo párrafo: “Queda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivo de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga...” Es una estructura dinámica y suplementaria al orden público laboral.
- Una seguridad social que sostiene el bienestar de la sociedad y debe consistir en el piso mínimo de protección frente a la diversidad de contingencias vitales. Están expresadas en el tercer párrafo del artículo 14 bis.

B. *El convenio colectivo como norma*

A diferencia de la fuente del conflicto de encuadramiento entre sindicatos, como se dijo de índole fundamentalmente autonómica, el encuadramiento convencional se remonta a una fuente igualmente autónoma pero *heteronomizada* por la CN en su artículo 14 bis cuando reconoce a los gremios la garantía de concertar convenios colectivos

de trabajo. Es decir, de origen contractual autónomo, el convenio colectivo pactado entre los sujetos colectivos empresario y obrero adquiere un poder normativo destacado a máximo nivel normativo nacional (y supranacional como se vio) pero que la legislación interna lo convierte en fuente e integrante del orden público laboral individual.

En efecto, la Ley de Contrato de Trabajo convierte a este contrato autónomo logrado por actores colectivos privados en fuente del contrato de trabajo (art. 1º) y le otorga la dureza y protección hasta indisponibilidad del conjunto de las reglas de Derecho individual. No sólo esto: para su aplicación debe realizarse un juicio de compatibilidad con reglas generales del contrato (art. 2º) e integra diversidad de fuentes, como las de la propia LCT, estatutos, leyes especiales, CCT, acuerdos, usos y costumbres. Finalmente, sin agotar los particularismos, deben tenerse en cuenta las relaciones de desplazamiento orgánico, por instituciones o acumulación de reglas más favorables, conforme a la LCT y a la ley 14.250 (en articulación de convenios colectivos, por ejemplo).

De tal forma, cuando el sujeto aplicador e interpretador del Derecho convencional opera con esta categoría de derechos se encuentra con una fuente de Derecho muy especial, por origen, desarrollo, control, modificación, etcétera.

C. La interpretación especial del Derecho convencional

La tarea interpretativa, en este caso, se diferencia de una tradicional contienda de derecho en contrato individual de trabajo, porque la fuente es contractual colectiva y posee tópicos muy especiales respecto de las reglas estatales heterónomas que regulan las relaciones bilaterales empleador-trabajador. Hay que remarcar:

1. Integra una legislación contractual, privada y con multiplicidad de fuentes.
2. Es un subsistema de fuentes de Derecho.
3. Es producto de las relaciones de fuerza de las partes.
4. Es norma temporal aunque tenga vocación y tradición de permanencia.
5. Es disponible por las partes al renovar o modificar el convenio colectivo, aunque ello ocurre excepcionalmente.

6. Los “legisladores” autónomos no son técnicos sino sujetos colectivos.
7. El texto convencional refleja el resultado de equilibrios internos entre las partes colectivas.
8. Los negociadores colectivos pueden convertirse en intérpretes a través del sistema de comisiones paritarias de interpretación.
9. Es un Derecho transaccional³⁸.

De tal forma, es fácilmente apreciable que esta fuente de Derecho no puede ser leída, aplicada e interpretada de la misma forma en que se toma una regla estatal para reglar derechos y obligaciones en el seno del contrato de trabajo. De hecho, los propios sujetos, empresarios, sindicatos y trabajadores poseen plena conciencia de estas especialidades de las normas convencionales. Tan es así que no es difícil encontrar adaptaciones e inclusive ciertas formas de modificación a través del actuar colectivo de adaptación a nivel de empresa.

D. *Sujetos y efectos*

Como todo conflicto de aplicación de normas contractuales de trabajo, el titular de la acción de encuadramiento convencional corresponde al trabajador en forma individual mediante el procedimiento administrativo conciliatorio y judicial definitorio y contra el empleador que, entienda, no aplica correctamente el CCT. Sin embargo, el interés de la pretensión es igualmente del sujeto colectivo representativo del trabajador y suscriptor del convenio colectivo, a fin de “defender” la aplicación y ejecutividad de las normas pactadas en el CCT. Lo que ocurre es que mientras la titularidad individual no ofrece dudas porque el trabajador pretende lograr el reconocimiento de una pretensión concretada en una diferencia salarial por aplicación de otro convenio, en el caso del sindicato suscriptor su interés es de naturaleza colectiva y abstracta respecto de los trabajadores comprendidos en el CCT.

En la medida de que se coloque en duda la aplicación del Derecho, el sindicato perjudicado por la controversia sobre el convenio de apli-

³⁸ ARESE, César, *La especialidad de la interpretación jurídica de las convenciones colectivas y los conflictos de encuadramiento*, en L. L. Online del 25-3-2009, Año 4, N° 691.

cación puede requerir que se dirima mediante una acción declarativa de certeza, convirtiéndose en sujeto de la controversia. Sin embargo, este tipo de controversias son esencialmente individuales y no colectivas. Finalmente, es esencia de la institución la bilateralidad contractual, por lo que la elección del convenio colectivo aplicable no puede, por supuesto, depender de la voluntad unilateral de una de las partes, trabajadora o patronal, tanto para la inclusión como para la exclusión convencional.

E. *Las normas convencionales con relación a las reglas generales*

El destino del CCT no es sustituir ni ocupar el rol central en el sistema de fuentes, al menos en la estructura de países que equilibran orden público general y orden público autónomo. Todo depende de la preponderancia que se otorga a cada orden en su propia dinámica de gestación, renovación y aplicación. En el caso de Argentina, existe un parámetro de orden público laboral rígido y extendido de difícil perforación en baja para el trabajador. Se requiere de una delegación específica de ese Derecho general indisponible hacia la autonomía colectiva, autorizándola trabajar negocial y normativamente a la vez.

Pero ocurre en muy pocos casos y no significativos. La regla de los artículos 7° y 12 de la LCT, complementada por el artículo 15 del mismo plexo y los artículos 4°, 7° y 24 de la Ley de Negociación Colectiva, que indican la imposibilidad de negociar contra el orden público, la adecuación de las normas convencionales a orden público laboral, salvo favorabilidad del trabajador y limitaciones a la modificación *in peius* de las CCT.

De tal forma, para el sistema nacional, las cláusulas convencionales están capacitadas para sustituir; desplazan o modifican instituciones laborales generales de modo suplementario, mejorativo, complementario o reglamentario respecto del orden público laboral general.

F. *Necesidad de una interpretación especial*

1. *Hermenéutica*

Si bien, como se dijo, la norma convencional se equipara y opera

con la legislación general integrativa del orden público laboral y la tendencia es a equipararla a todos los efectos, su génesis colectiva y sus particularismos irradian la interpretación tanto a nivel de conflictos individuales (trabajador/empleador) como de alcance individual con impacto más general, como es el caso del conflicto de encuadramiento convencional.

Elios Sarthou³⁹ propone la interpretación de los convenios colectivos según una construcción autónoma de principios y reglas de interpretación de los convenios colectivos, con plataforma especial:

a) *La especialidad de la interpretación colectiva*

Sobre la base de la especialidad de la naturaleza jurídica del convenio colectivo, plantea que el Derecho individual del Trabajo mantiene semejanzas con el Derecho común en tanto el Derecho Sindical se aleja notablemente a través de la excepcionalidad de los sujetos, las manifestaciones negociales de la autonomía colectiva, la naturaleza del conflicto y la repercusión social.

b) *Principio de indivisión de controversias interpretativas de los convenios colectivos*

La división, a grandes rasgos, en cláusulas normativas y obligacionales “no restan unidad a la interpretación”, porque existe unidad de acto de gestación, unidad teleológica e identidad de objetivos entre sindicato y representados y porque, en definitiva, existe el resultado, es un todo sistemático y orgánico.

c) *Prioridad de la hermenéutica heterónoma laboral o sindical y de la autónoma en su caso*

El enunciado se justifica porque, en general, en caso de existir normas o principios de hermenéutica heterónomos, deben ser aplicados en primer lugar y es escasa la recepción de los criterios de interpretación propias del Derecho Colectivo y de las propias normas convencionales.

³⁹ SARTHOU, Elios, *Trabajo, Derecho y sociedad*, t. I, *Estudios de Derecho Colectivo del Trabajo*, FDU, Montevideo, 2004, p. 273.

d) *Integración de las reglas de los acuerdos de voluntades del Derecho común y los principios del Derecho del Trabajo y Derecho Sindical*

La propuesta es que se combinen las reglas interpretativas civiles y laborales. Las primeras parten de que todo convenio colectivo es primera y esencialmente un acuerdo de voluntades destinado a reglar las relaciones laborales individuales y colectivas. En consecuencia, existe subsidiariedad del Derecho Civil en la materia.

Propone así tres reglas de interpretación: a) Literal o gramatical; b) lógico-sistemática, y c) intencionalidad de los contratantes colectivos. Descarta, naturalmente, la regla de *favor debitoris* y queda de forma compartida la regla de la analogía, que en el Derecho argentino se recepta de manera relativa en el artículo 16 de la LCT. Pero a la vez propone insertar reglas de interpretación del Derecho Laboral partiendo de las que comparte con el Derecho común: a) Equidad; b) razonabilidad; c) buena fe, y d) conservación del acto. A estas reglas agrega las propias del Derecho del Trabajo: a) *In dubio pro operario*; b) orden público laboral o irrenunciabilidad, y c) primacía de la realidad. A ellos adosa, finalmente, los de carácter sindical: a) autonomía y b) libertad sindical.

2. *Principios de resolución de conflictos*⁴⁰

Las teorías y pautas hasta aquí expuestas respecto del manejo de textos y hermenéutica jurídica en materia de legislación autónoma deben cotejarse ahora con otros principios o, si se quiere, criterios de resolución de controversias de aplicación de convenios colectivos en casos concretos y cuando se presenta no una simple aplicación normativa convencional, sino un conflicto entre dos o más convenios colectivos.

Estas pautas pueden utilizarse como una verdadera caja de herramientas de diez elementos, algunas más usadas que otras; algunas más útiles y decisivas; algunas con más fuerza que otras, pero todas igual-

⁴⁰ ARESE, César, *Derecho de la negociación colectiva*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008. Se toma como fuente referencial con actualización, ampliación y modificación de conceptos.

mente operantes en mayor o menor medida para encontrar las soluciones. Aquí se emplean en forma teórica para ser cotejadas con las ideas sobre conflictos de encuadramiento sindical, pero, se previene, existen gruesos vasos comunicantes entre ambas cuestiones. Un sindicato querrá sostener (y ampliar) su representación ante otros sindicatos o los empleadores que la desconozcan o pongan en duda y, a la vez, lograr la más amplia aplicación del convenio colectivo que discute y administra.

Se hace un repaso sintético de los criterios aplicados sistemáticamente a fin de cotejarlos y distinguirlos respecto de las pautas aplicadas a los conflictos de encuadramiento sindical.

a) *Ajuste normativo o convención colectiva competente*

El convenio colectivo constituye un todo orgánico de normas dotado de un equilibrio o balanceado imaginado y concretado por las partes en un contexto normativo y fáctico determinado. Estos vectores son de diversa índole, como la representatividad y fuerzas o capacidades de las partes; situación y características del sector, profesión o empresa; antecedentes normativos autónomos y hasta las percepciones subjetivas de los propios negociadores y sectores representados. También hay contextos (factores externos), como la situación económica o legislación heterónoma general aplicable.

El convenio colectivo es una declaración de voluntad autonómica constitucionalizada, empero no puede estarse únicamente a lo que las partes afirman como su propio poder normativo cuando entra en colisión con el de otras. De otro modo, los contratantes se convertirían en legisladores generales y heterónomos por encima de otras unidades o comisiones negociadoras que ostentan sus propios ámbitos igualmente autónomos.

De tal modo, el ajuste aplicativo del CCT surge de su propio texto, concretando su proyección concreta inclusiva o exclusiva de actividades, profesiones o empresas⁴¹.

⁴¹ CNAT, sala II, 14-7-2016, “Ferder, Alejo c/Villaroel, Ignacio s/Despido”: “No explota un establecimiento comercial una persona que, como el demandado, ejerce, con fines de lucro, una profesión liberal, ya sea que lo haga individualmente o en

b) *Unidad convencional*

Si bien existe casi un 70 por ciento de convenios colectivos de empresa y un 30 por ciento de actividad y profesión, la relación de cantidad de trabajadores comprendidos se invierte. De tal forma, se verifica en muchas empresas una dispersión de convenios colectivos por actividades, profesiones, oficios y categorías. La pretensión de aplicar un solo CCT en cada empresa es un pedido empresarial que topa contra la representación sindical y la cultura de la especialización y profesionalización en diversidad de áreas.

c) *Actividad principal*

El primer análisis de una CCT depende de la actividad, profesión o empresa que comprende⁴². La actividad comprendida marca el ámbito

conjunto con otros individuos que cuentan con idéntico título habilitante. Los abogados no realizan actos de comercio sino locaciones de servicios, en tanto la obligación comprometida en el ejercicio de su profesión es de medios y no de resultados, ello, claro está, a excepción de que se demuestre que complementan su actividad profesional con otra de tipo comercial, lo que no sucede en la lid. Por ende, y dado que no es posible catalogar como mercantil la actividad que desarrollan los profesionales del Derecho, es evidente que quienes desempeñen funciones dependientes en sus establecimientos no resultan encuadrables en el CCT 130/75. Incluso cuando pudiera decirse, por hipótesis, que los abogados sí llevan a cabo actos de comercio, la realidad es que tampoco a sus empleados les resultaría de aplicación la convención colectiva en cuestión, pues los estudios jurídicos –incluidos los unipersonales– no estuvieron representados en el pacto colectivo. No debe, pues, hacerse lugar al reclamo del actor”.

⁴² CNAT, sala X, 22-2-2017, “Gómez, Silvia Noemí c/Sindicato Único de Trabajadores de Peajes y Afines (SUTPA) s/Despido”: “A fin de determinar cuál es el convenio aplicable a una empresa, cabe poner el acento en cuál es la explotación del establecimiento (como unidad productora de bienes y servicios cuyo objeto puede o no coincidir con el de la empresa) y ello determinará el convenio aplicable (en este sentido, plenario 36, CNAT, ‘Risso, Luis c/Química La Estrella’, del 22-3-57). A fin de dilucidar cuál es el convenio colectivo aplicable a sujetos específicos, debe analizarse el ámbito que comprende el instrumento (es decir, la convención) y las características de la actividad que se desarrolla en la empresa. El alcance personal de las convenciones colectivas se basa en una suerte de representación objetiva que hace referencia a la actividad empresarial y no a su voluntad de agruparse o de aceptar representación de alguna entidad gremial. La obligatoriedad de las convenciones surge del examen de las representaciones de ambas partes, extendiéndose sobre la zona en la que coincidan unas u otras representaciones y no por lo que disponga su ámbito de aplicación”.

de irradiación normativa del convenio colectivo y deriva del principio general del Derecho que manda que lo accesorio siga el destino de lo principal. Esto es, de existir una actividad principal convenionada, el pacto que la comprende absorbe o atrae a las actividades accesorias, colaterales o coadyuvantes y desplaza o repele al pacto que pueda comprenderlas⁴³. En algunos casos se impulsa que la actividad principal desplace la actividad individual haciendo ceder el criterio horizontal del convenio de oficio⁴⁴.

d) *Profesionalidad*

Las profesiones u oficios que tengan su estatuto o convenio particular están excluidos de las reglas de atracción de unidad convencional y actividad principal, ya que debe darse preponderancia a la profesionalidad por sobre la actividad. Los sindicatos de profesiones, oficios o categorías son de vieja data y sus agrupamientos muy fortalecidos por una igualmente antigua negociación colectiva y respaldo estatutario, como los casos de los periodistas profesionales y viajantes de comercio. Entre dos convenciones de ramas, una genérica y otra especializada, no hay dudas de que la aplicación debe inclinarse hacia la última.

⁴³ CNAT, sala X, 11-8-2016, “Díaz, Ana Elizabeth c/Medio Oriente SRL s/Diferencias de salarios”: “La demandada requirió ante la AFIP su inscripción como comercio minorista de productos alimenticios en general, de bebidas en general y casa de comidas/rotisería, con la que figura en la actualidad. En ese contexto, la tarea cumplida por la actora durante el período de vigencia del contrato de trabajo resulta alcanzada por las previsiones del CCT 389/2004, en cuanto rige al personal de casas de comidas o rotiserías categorizadas en el punto 5.2.b, del Convenio citado, correspondiéndole a la actora la categoría 10.1.c.5 (cajera). Cuando se discute la aplicación de un convenio colectivo de actividad, debe valorarse la actividad principal del empleador y el ámbito personal de aplicación del convenio colectivo invocado, el cual está dado por la representatividad de los respectivos firmantes”.

⁴⁴ CNAT, sala V, 18-12-2014, “Russo, Patricia c/Instrumédica SRL s/Despido”: “La actividad a la que se refiere un convenio colectivo es la actividad del establecimiento y no la del trabajador –concepto del CCT de oficio–. En consecuencia y dado que en el caso se encuentra demostrado que el establecimiento donde trabajó la actora no se dedicaba a la fabricación de piezas metalúrgicas sino a la comercialización de insumos, la actividad de la actora queda comprendida dentro de la norma del CCT 130/75 (comercio)” (voto en minoría).

e) *Proximidad y especialidad*

La aplicación prevalente del convenio colectivo más próximo a la fuente material y a los sujetos a los que se dirige desde los puntos de vista territorial, de actividad, profesión o de empresa tiene un interesante desarrollo. El criterio o vara de medida es sustancialmente que el acuerdo que está más cerca de la base tiene un mayor grado de aceptación, ha podido entender y comprender a la realidad que se reglamenta y realiza una actividad legislativa focalizada y particularizada. De tal manera, está en posición de ocupar un lugar preeminente frente a convenios genéricos, alejados o mediatizados territorial o funcionalmente del ámbito en disputa.

f) *Mayor cantidad de trabajadores incluidos*

La inclusión de la mayor cantidad de trabajadores de una actividad o empresa dentro de determinado convenio colectivo presiona hacia la unidad convencional siempre que ella sea regular y no impuesta por razones de conveniencia de los empleadores (reducción de costos, por ejemplo) ni corrimiento forzado o caprichoso de los trabajadores hacia un pacto más favorable.

g) *Representación*

La existencia de representación efectiva de los sujetos en el pacto colectivo en el CCT, en tanto es un contrato indicador de la voluntad negocial del sector o empresas y los trabajadores comprendidos, es uno de los criterios de mayor predicamento. La representación es un elemento, si no dirimente, al menos determinante de primer orden en la aplicabilidad normativa convencional⁴⁵. En todo caso nunca es indiferente al momento de definir un conflicto normativo entre CCT⁴⁶.

⁴⁵ CNAT, sala I, 13-7-99, “Fresser, Ricardo y otros c/Tres Cruces y otro SA”, *Enciclopedia Errepar*, diciembre de 2005, B: “A fin de determinar cuál es el convenio colectivo aplicable a los trabajadores de una empresa que realiza una actividad principal y también otras que coadyuvan a la realización de un proceso económico único, no debe tenerse en cuenta la actividad desarrollada por los dependientes sino si las partes estuvieron o no representadas en la concertación del negocio colectivo”.

⁴⁶ CNAT, sala VIII, 19-10-2015, “Consorcio de Propietarios del edificio de la

La representación habilitante indica el ámbito de validez o aplicación⁴⁷ de la convención dada por intermedio de una asociación profesional, o al menos un grupo de empleadores de la actividad⁴⁸. En cuanto a la atribución de esa representatividad, se la hace reposar en una resolución del MTESS⁴⁹ o mediante el acto homologatorio si se ha intervenido en convenios anteriores.

La expansión del ámbito de aplicación de un convenio colectivo más allá de lo indicado para los sujetos suscriptores puede entrañar la nulidad de ese acuerdo⁵⁰.

calle Arenales 1855 c/Sindicato Único de Trabajadores de Edificios de Renta y Horizontal y otros s/Acción declarativa”: “Los trabajadores que prestan servicios de seguridad y vigilancia en el consorcio accionante son empleados de una empresa cuya actividad es prestar servicios de seguridad y vigilancia a terceras empresas. Desde esta perspectiva, estos empleados se encuentran fuera del ámbito de aplicación del convenio aplicable al personal del consorcio, y ello permite concluir que las entidades demandadas (SUTERH, OSPERYH y FATERYH) carecen de toda legitimación para exigir el cobro de aportes y contribuciones de estos empleados, por cuanto dichas entidades no ostentan representación gremial respecto de los trabajadores, a quienes no le son aplicables las normas convencionales de los trabajadores de casa de renta y propiedad horizontal, sino las que regulan la actividad de las empresas de seguridad y vigilancia”.

⁴⁷ CNAT, sala II, 14-7-2016, “Ferder, Alejo c/Villaroel, Ignacio s/Despido”: “La realidad es que tampoco a sus empleados les resultaría de aplicación la convención colectiva en cuestión, pues los estudios jurídicos –incluidos los unipersonales– no estuvieron representados en el pacto colectivo. No debe, pues, hacerse lugar al reclamo del actor”; sala VIII, 31-5-2002, “Nicoloff, Marta c/HSBC Servicios Financieros Personales Argentina SA”, *Manual de Jurisprudencia LexisNexis*, p. 426: “El ámbito de aplicación de un convenio de empresa queda limitado a la representatividad de las partes que lo han suscripto, lo que excluye la aplicación para quien no ha participado ni intervenido en la negociación del acuerdo”.

⁴⁸ CNAT, sala V, 30-3-90, T. y S. S. 1991-144.

⁴⁹ CNAT, sala II, 17-3-89, T. y S. S. 1989-516: “En nuestro ordenamiento legal no existe la posibilidad de que un empleador, de pleno derecho, se considere representativo de la actividad si ello no es plenamente reconocido por el Ministerio de Trabajo”.

⁵⁰ CNAT, sala VIII, 21-2-2017, “Federación Argentina de Empleados de Comercio y Servicios c/Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social s/Otros reclamos. Acción ord. de nulidad”: “El ámbito de representatividad de la Unión de Trabajadores Hoteleros Gastronómicos de la República Argentina es el de los trabajadores que se desempeñan en establecimientos hoteleros, bien que aquéllos se dedican, en tales sitios, a la actividad gastronómica, lo cual se encuentra plasmado en su estatuto y otorgada la personería por el Ministerio de Trabajo en el año 1949. Por lo tanto, la

h) *Temporalidad*

El criterio aplicable a toda norma en el tiempo es el de que la ley posterior deroga la anterior. La vigencia en el tiempo de la convención colectiva incide en su preponderancia como norma de aplicación, salvo que se hayan prorrogado las cláusulas anteriores para acumularse mejorativa y permanentemente con las posteriores. Ésta era una forma tradicional de preservar las condiciones laborales incorporadas con anterioridad a los contratos individuales de trabajo y que en la actualidad parece no utilizarse con tanta intensidad.

i) *Conjunto normativo más favorable*

En el Derecho argentino, en caso de existir dudas sobre la aplicación de dos normas estatales o convencionales de trabajo al mismo caso, el juez debe necesariamente apelar a la regla de la norma más favorable derivada del principio protectorio laboral instituido en el artículo 9° de la LCT. Así se lo ha propuesto también en la doctrina uruguaya, no sin objeciones. Sarthou se inclina directamente por la regla de las del *in dubio pro operario* y elegir el convenio más favorable, sin decidir *a priori* si la operación debe realizarse de manera acumulativa o de paliación global u orgánica. Recuerda, no obstante, que Héctor-

suscripción del CCT 479/2006 entre la entidad mencionada y la Unión de Hoteles, Confiterías, Bares, Cafés, Restaurantes y Afines (de la Prov. de Tucumán) en el cual no se distingue entre los empleados que se desempeñan en la actividad comercial proveedora de servicios de alimentación (bares, restaurantes, confiterías, etc.) y aquellos que lo hacen en función de un servicio que se presta en entidades dedicadas al alojamiento de personas (hoteles, hostels, hosterías, albergues, cabañas, etc.), entraña una ampliación ilegítima, inconsulta y unilateral de su ámbito de representatividad y de aplicación. Asimismo, la Federación Argentina de Empleados de Comercio y Servicios no fue convocada, citada ni escuchada en el trámite de la negociación que se llevaba a cabo en tales actuaciones, por lo que no tuvo posibilidad de participar en el debate ni, por lo tanto, ejercer su derecho de defensa en tiempo oportuno. Por lo tanto, la homologación del CCT 479/2006 por parte del Ministerio de Trabajo deviene nula, en la medida en que se pronunció sin intervención de la actora, máxime cuando tal decisión administrativa la involucra y le origina un perjuicio, al detraer parte del personal comprendido en su ámbito de representación (Federación Argentina de Empleados de Comercio y Servicios), a favor de otro sindicato que carece de personería para representar a aquellos trabajadores que no se desempeñan en la actividad hotelera y que sí lo están bajo una regulación convencional distinta”.

Hugo Barbagelata hace jugar el principio protector junto al de racionalidad, que impide fraccionar y aplicar ventajas alternativas simultáneas⁵¹. También se puede objetar que los principios de inderogabilidad y cláusula más favorable se refieren a la relación del convenio colectivo con los contratos individuales de trabajo y no a la relación entre convenios. El punto de vista contrario, sin embargo, ha sido igualmente aceptado en doctrina y jurisprudencia, dándose paso a la elección de la convención colectiva más favorable.

j) *Razonabilidad*

En algunos casos es necesaria una indagatoria sobre las razones tenidas en cuenta por los negociadores, su contexto y la aplicabilidad lógica de las normas convencionales. Sobre este criterio, la CSJN ha dicho: “Es regla interpretativa de las cláusulas de un convenio colectivo para no arribar a la admisión de soluciones injustas que prescindan de las consecuencias que se derivan de cada criterio particular, procurar una aplicación racional de las cláusulas controvertidas”⁵². En la misma dirección, el alto cuerpo dejó sin efecto “la sentencia que interpreta un convenio colectivo de trabajo en forma irrazonable en tanto suprime el poder discrecional que es imprescindible reconocer a los empleadores, en lo concerniente a la integración de su personal en menoscabo de la garantía del artículo 14 de la Constitución, que consagra la libertad de comercio e industria”⁵³.

k) *Multiplicidad de criterios*

Respecto de los criterios o principios de encuadramiento convencional, es posible que, en cada caso, se combinen o sobrepongan diversidad de criterios. Es decir que no se resuelva sobre la base de un solo argumento o fundamento e, inclusive, que no se otorgue a uno de los elementos un rol preponderante⁵⁴.

⁵¹ SARTHOU, *Trabajo...* cit.

⁵² CSJN, 21-11-89, T. y S. S. 1990-877.

⁵³ CNAT, sala V, 17-12-90, T. y S. S. 1991-532.

⁵⁴ Como en el ya mencionado precedente CNAT, sala X, 22-2-2017, “Gómez, Silvia Noemí c/Sindicato Único de Trabajadores de Peajes y Afines (SUTPA) s/Despido”, en el que se coteja el criterio de actividad principal con el de representación.

1) *El fraude laboral convencional*

De otro lado, debe indagarse acerca de la posibilidad de que el extrañamiento convencional que realiza una empresa pueda vincularse directamente con la existencia de fraude laboral. Se funda en el concepto de solidaridad convencional o la aplicación del convenio colectivo de la empresa principal en caso de cesión de parte de las actividades normales específicas propias de establecimiento principal⁵⁵.

En los fallos de la CSJN, “Gil Combes, Eduardo Ignacio y otro c/Atento Argentina SA y otros s/Despido” y “Vallejos, Rosana Lía c/Atento Argentina SA y otros s/Ordinario. Despido”, del 12 de marzo de 2016, se anularon sentencias que habían denegado la responsabilidad solidaria en caso de cesión de actividades propias y específicas y la aplicación del convenio colectivo de trabajo que rige las empresas telefónicas concesionarias del servicio. En estos casos, a diferencia de muchos otros en los que el máximo tribunal evitó ingresar en el fondo del asunto, metió mano, sintética pero firmemente, a una idea central en el Derecho del Trabajo: el fraude laboral.

El caso surgió de la larga controversia convencional en el sector de los *call centers*⁵⁶. Al adoptar los fundamentos de la procuradora fiscal, la Corte Suprema reprocha al tribunal provincial “un excesivo rigor formal al no tratar una cuestión conducente que había sido planteada en forma oportuna”. En concreto, “le correspondía determinar si las codemandadas incurrieron en una interposición fraudulenta de personas, en perjuicio del trabajador –abonándole una re-

⁵⁵ ARESE, César, *Interposición sospechosa o fraudulenta y encuadramiento convencional*, en *Revista de Derecho Laboral*, N° 2016-2, *La solidaridad en el contrato de trabajo – II*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe; *Solidaridad “convencional” y el cambio de doctrina de la Corte Suprema con “Benítez”*, en *Revista Laboral y Seguridad Social*, LexisNexis, Buenos Aires, 2010.

⁵⁶ Rigen en el sector y en el ámbito de Córdoba: Telefónicos, CCT 201/92; es de ámbito nacional y suscripto con empresas concesionarias y explotadoras del servicio; Comercio, 130/75 y 451/2006. El conocido convenio nacional de rama articuló un acuerdo especial de la actividad de contactos para terceros (*call centers*), el 451/2006, que especializó el CCT 130/75 de Comercio en esta rama; Convenio de Trabajadores de Contactos para Terceros 688/2014, Convenio Metalúrgico 260/75 y Acuerdos Particulares en la Empresa Task Solutions SA. Su aplicación se originó en que la empresa realizaba tareas de atención de clientes de una empresa metalúrgica (Siemens SA).

muneración inferior a la que, alega, tenía derecho a percibir– y con el fin de disminuir sus costos laborales”.

Ése es el punto central de la cuestión, al margen de la existencia de la externalización de actividades propias y las consecuencias en materia de solidaridad (arts. 30 y conc., LCT). En dos puntos del párrafo aparece lo que, en criterio del que escribe, sitúan correctamente la cuestión. La CSJN advierte, con la procuración fiscal, que la tercerización, fragmentación o especialización de actividades de la empresa suscriptora de un determinado convenio colectivo, trasladando los trabajadores a otro convenio más desfavorable, implica ahorrarse parte del salario mediante la interposición de otro sujeto y, a la vez, otro convenio colectivo. Es decir, disponer un vaciamiento convencional disvalioso.

En forma inmediata, comenzó a variar la jurisprudencia local. En “Coppari, Claudia Patricia c/Task Solutions SA y otro” de la sala VI de la Cámara Única del Trabajo de Córdoba, del 12 de mayo de 2016, se volvió sobre el centro de decisión, en tanto la actora realizaba tareas de atención al cliente de los usuarios de la empresa Telecom Personal SA, su actividad normal y específica, a tal punto que en caso de incumplimiento o mala calidad de esa atención puede ser sancionado, pero estaba encuadrada en el CCT 260/75 metalúrgico aplicado en la demandada, una intermediaria en definitiva frente a la empresa principal. Sobre la base de referidos fallos de Mendoza (“Escudero”) y de la CSJN (“Vallejos” y “Gil Combes”), afirmó: “Las personas así contratadas ingresan a lo que en doctrina se denomina ‘categoría sospechosa’, que unida a la teoría de las cargas dinámicas de la prueba determinan que es la parte demandada quien en mejores condiciones está de justificar la necesidad de la tercerización de su actividad normal y específica, considerando que venía prestando la misma actividad de atención al cliente (impuesta por la normativa citada) con anterioridad, a estar a la fecha de constitución de su contrato social (6-7-94) y del inicio de la concesión de los servicios de telecomunicaciones (14-8-97)”.

De tal forma, se ordenó indagar sobre una categoría distinta a la cuestión del encuadramiento convencional: la opción de vaciamiento de la actividad principal que se rige con un convenio colectivo hacia

empresas satélites que realizan en la práctica la actividad normal y específica de la principal constituyendo unidades económicas, organizativas y técnicas inescindibles. Esto constituye una cesión, en principio “sospechosa”, cuando un trabajador gana menos que otro que realiza la misma tarea en la misma actividad y se sella todo con un convenio colectivo que disminuye salarios comparativamente. Eso tiene un nombre en Derecho del Trabajo: es el fraude, y toda situación de hecho (externalización, interposición de personas, etc.) o acuerdo individual o colectivo que pretendan ocultarlo o desdibujarlo deben ser primero etiquetados jurídicamente así, como fraudulentos, y, luego, anulados para preservar la esencia de la protección e irrenunciabilidad laboral y evitar el desguace del sistema de negociación colectiva y la disminución de salarios y condiciones laborales.

G. Procedimientos de resolución de conflictos de encuadramiento convencional

Las contiendas de encuadramiento convencional se dirimen en controversias judiciales individuales, es decir, los juicios de reclamos de trabajadores porque se trata de una controversia de derecho. Tal como ocurre con cualquier otra contienda de derecho, se considera qué Derecho es aplicable al caso. No existe obligación o alternativa, forma de resolución administrativa, como ocurre con el conflicto de encuadramiento sindical.

Sin embargo, el desconocimiento o debate sobre la aplicación de un convenio colectivo se puede (y suele) convertir en bandera de reivindicación del sindicato que lo ha negociado, suscripto y lo sostiene. De tal forma, es visible la existencia de conflictos colectivos dirigidos al empleador y, oblicuamente, a otro sindicato que posee un CCT que aplicaba o pretende igualmente aplicar al trabajador o trabajadores en conflicto. La propia negociación colectiva, a través de la modificación o interpretación del convenio colectivo, puede otorgar respuestas normativas o interpretativas; la solución administrativa acordada cuatripartita (administración, empresa y los sindicatos); las acciones judiciales no individuales sino colectivas (acción declarativa de certeza; acción colectiva o de clase y amparo) también se han ensayado para dar respuesta a la cuestión.

Adviértase que si existe la alteración de la negociación colectiva como derecho fundamental puede habilitarse la acción expeditiva del amparo genérico del artículo 47, ley 23.551, ya que la negociación colectiva es una faceta de la libertad sindical, o del artículo 43 de la CN, en tanto se lesionaría el artículo 14 bis de la CN y los Convenios de la OIT 87, 98 y 154⁵⁷.

Es de remarcar que entre las formas oblicuas de llegar a encuadramientos convencionales figuran las acciones de cobros de aportes o contribuciones ligadas a un convenio colectivo. Ya se referenció más arriba el caso del gremio de comercio que se benefició y perjudicó con este tipo de acciones. En “Federación Única de Viajantes de la República Argentina y otro c/Yell Argentina SA s/Cobro de Salarios” (7-4-2015), la CSJN resolvió lo que aparecía como un conflicto de encuadramiento convencional debatido entre dos entidades sindicales mediante la vía del cobro pago del aporte patronal destinado al Fondo de Investigación de Perfeccionamiento Gremial y Profesional previsto en el artículo 30 de la CCT 308/75 de viajantes de comercio.

Si bien la Corte estimó que no debía citarse a los trabajadores involucrados en el reclamo y se pronunció admitiendo las facultades de representación colectivas, parecería convalidarse incursionar en estas vías como procedimiento hábil para entender en la aplicación de una cláusula convencional sin dirimir el conflicto de fondo, la aplicación del CCT.

IV. Conclusiones

Como puede advertirse, la irrupción de nuevas tecnologías de la producción, especialmente en materia de servicios, promete otra ronda de conflictos colectivos de encuadramiento, superpuesta a las ya tradicionales.

Para su abordaje profesional, es importante tratar de entender las

⁵⁷ La CSJN descalificó la impugnación de la homologación de un CCT mediante un recurso de amparo (art. 47, ley 3551), indicando la necesidad de agotar los remedios administrativos y asociacionales destinados a reenviar la cuestión (“UOM c/Estado Nacional. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social s/Juicio sumarísimo”, *Fallos*: 319:371).

distinciones entre conflictos de encuadramiento sindical y convencional porque aparecen en las materias y conceptos que se dirimen fuentes, criterios de aplicación, sujetos, efectos y procedimientos de resolución.

Los vasos comunicantes entre ambos rangos de controversias son obvios e ineludibles. De hecho, se presentan criterios interpretativos que varían y se menean bastante con el tiempo y los contextos. Aquí se los trata de sistematizar de la mejor forma posible para convertirlos en cajas de herramientas, nada más.

Empero, como toda cuestión inherente al Derecho Colectivo del Trabajo, ofrece diversidad de facetas y muchas de ellas tienen poco que ver con categorías de laboratorio *in vitro*. Aparecen “contaminadas”, lo que es decir moldeadas e impactadas por las condiciones de hecho. El Derecho parece correr tras de ellas.

Bibliografía

- AA. VV., Grupo de Expertos en Relaciones Laborales, *Estado actual del sistema de relaciones laborales en la Argentina*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009.
- ÁLVAREZ DE MAGLIANO, María Cristina y FERA, Mario, *El Derecho del Trabajo según la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002.
- ARESE, César, *Derecho de la negociación colectiva*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008.
- *Derecho de los conflictos colectivos*, 1ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011.
- *La especialidad de la interpretación jurídica de las convenciones colectivas y los conflictos de encuadramiento*, en L. L. Online del 25-3-2009, Año 4, Nº 691.
- Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, reseña de jurisprudencia, http://asociacion.org.ar/resena_enduadramiento2.php, acceso del 21-4-2015.
- BAYLOS, Antonio, *¿Para qué sirve un sindicato?*, Catarata, Madrid, 2002.
- GARCÍA BORRÁS, Hebe Alicia, *Convenciones colectivas de trabajo y representación*, en www.rubinzalonline.com.ar, RC D 1011/2014.

- HUECK, Alfred y NIPPERDEY, Hans C., *Compendio de Derecho del Trabajo*, trad. de Miguel Rodríguez Piñero y Luis Enrique de la Villa, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963.
- KROTOSCHIN, Ernesto, *Tratado de Derecho del Trabajo*, Depalma, Buenos Aires, 1979.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo, *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 1997.
- Oficina de Jurisprudencia de la CNAT, Boletines temáticos de jurisprudencia: *Derecho Colectivo del Trabajo*, Parte I, *Asociaciones sindicales*, y Parte II, *Representantes sindicales*, 2016.
- OIT y CEACR, *Estudio general sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo a la luz de la Declaración de la OIT sobre Justicia Social para una Globalización Equitativa*, Ginebra, 2012.
- SARTHOU, Elios, *Trabajo, Derecho y sociedad*, t. I, *Estudios de Derecho Colectivo del Trabajo*, FDU, Montevideo, 2004.
- SLAVIN, Luis Pablo, *Encuadre sindical y convencional*, La Ley, Buenos Aires, 2013.

LA TITULARIDAD DEL DERECHO DE HUELGA Y LA DESARTICULACIÓN PRETORIANA DEL “MODELO SINDICAL ARGENTINO”

por CARLOS CÉSAR ARONNA

SUMARIO: I. El “modelo sindical argentino”. II. El embate contra el modelo sindical en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. III. El derecho de huelga en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional. IV. La titularidad del derecho de huelga en la doctrina nacional. V. El fallo “Orellano...”, un nuevo paso hacia la desarticulación del “modelo sindical”.

I. El “modelo sindical argentino”

En consonancia con el contexto político, en 1945 surge lo que se ha dado en llamar el “modelo sindical argentino”¹.

El decreto-ley 23.852/45, su punto de partida, se inclinó por una regulación de unidad sindical promovida, con estructura piramidal, que, si conforme al principio de libertad sindical permitió, sin limitarla, la constitución de asociaciones gremiales del mismo oficio o actividad, reservó a la autoridad administrativa conceder la personería gremial (con el consiguiente pleno ejercicio de las facultades propias de la acción sindical) a la más representativa de cada una de ellas, quedando las demás registradas con carácter de “simplemente inscriptas”.

¹ Así titula su obra Néstor Corte, con expresión que han reiterado trabajos posteriores sobre el tema. Ver CORTE, Néstor, *El modelo sindical argentino*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1988.

El decreto-ley 9270/56, de breve vigencia, dictado bajo el gobierno de facto surgido en septiembre de 1955, dejó sin efecto el anterior eliminando la distinción y disponiendo la igualdad de derechos de todas las asociaciones sindicales, para cuya inscripción se habilitaba un registro.

La reforma de la Constitución, en 1957, introdujo en su artículo 14 bis el reconocimiento de las organizaciones sindicales “por la simple inscripción en un registro especial”, lo que un sector de la doctrina interpretó como incompatible con la distinción apuntada.

El retorno al régimen constitucional trajo a través de la ley 14.455 (B. O. del 24-9-58) –con algunas variantes– el del modelo del decreto-ley 23.852/45, y con él la vuelta al tratamiento diferenciado entre asociaciones profesionales con personería gremial y simplemente inscriptas.

Pero la previa irrupción del Convenio 87 de la OIT (1948), ratificado en nuestro país por la ley 14.932 (B. O. del 29-12-59), suscitó problemas en razón de la colisión con la regulación de las asociaciones gremiales que adujeron amplios sectores de la doctrina.

La diferencia señalada persistió, no obstante, en las sucesivas posteriores regulaciones instrumentadas en la ley 20.615 (B. O. del 17-12-73), el decreto-ley 22.105/79 (B. O. del 20-11-79) y la vigente ley 23.551 (B. O. del 22-4-88), que reiteraron la distinción del esquema original.

Las críticas más extremas al modelo sindical no dejaron de resaltar sus afinidades con la Ley Rocco italiana (ley 563) de 1926, sin reparar –o, al menos, sin expresarlas– en las diferencias con ésta, cuyas características principales eran la regulación uniforme de las asociaciones de trabajadores y empleadores, su encuadramiento en un número preestablecido de trece confederaciones (seis de trabajadores, seis de empleadores y una de profesionales y artistas), el carácter de instituciones de derecho público dado a las asociaciones de trabajadores y empleadores, la fijación por el Estado del monto de los aportes obligatorios (parte de los cuales le estaba destinada) y la solución de los conflictos colectivos a través de la Magistratura del Trabajo. El tenor de la crítica soslayaba, además, que la regulación de las prácticas desleales o comportamientos antisindicales, presente en las sucesivas normas en la

materia, reconocía como fuente legislativa a la Ley de Wagner estadounidense (National Labor Relations Act) de 1935.

II. El embate contra el modelo sindical en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

La reforma constitucional de 1994, con la indirecta incorporación del Convenio 87 de la OIT (a través del art. 8.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el art. 22.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) entre los tratados a los que su artículo 75, inciso 22, otorga jerarquía superior a las leyes, brindó un nuevo argumento al debate.

Con principal fundamento en este Convenio, los organismos de la OIT han hecho reiteradas críticas a nuestra legislación nacional en la materia.

Aunque ellas se remontan a la vigencia de las leyes anteriores, se han objetado de modo particular en la ley 23.551: su artículo 16, inciso i, que manda contener en los estatutos de las entidades con personería gremial el “Procedimiento para disponer medidas legítimas de acción sindical...”; el artículo 31, que establece los “derechos exclusivos” de las asociaciones con personería gremial (entre ellos, el de “Defender y representar ante el Estado y los empleadores los intereses individuales y colectivos de los trabajadores...”); el artículo 38, que obliga a los empleadores a obrar como agentes de retención de las cuotas de afiliación u otros aportes destinados a la asociación con personería gremial; el artículo 39, que libera de toda tasa, gravamen, contribución o impuesto a los bienes de estas asociaciones destinados al ejercicio de sus funciones específicas; el artículo 41, inciso a, que exige el requisito de la afiliación a la asociación con personería gremial para ejercer la representación interna en la empresa; el artículo 48, que otorga licencia automática a los trabajadores que dejaren de prestar servicios por desempeñar cargos electivos o representativos en las asociaciones sindicales con personería gremial, en organismos que requieren representación gremial o en cargos políticos en los poderes públicos; y el artículo 52, que limita a los representantes de dichas asociaciones la tutela legal instrumentada.

Desde el inicio, sectores de procedencia ideológica opuesta –aunque con el coincidente objetivo de la desconcentración del poder sindical– han reclamado el cambio del esquema regulatorio a través de una reforma legal que modifique el “modelo argentino”, propósito dificultado por razones de política coyuntural (al intento de hacerlo a través del frustrado Proyecto Mucci siguió, por parte del mismo gobierno que lo promoviera, la sanción –con signo opuesto de la vigente ley 23.551, con lineamiento similar al de las leyes anteriores–).

Ante la inactividad o la demora legislativa para abordar el punto, su concreción parece haber hallado cauce por vía pretoriana, según se manifiesta en la verdadera embestida que contra el “modelo sindical” se ha reflejado, de manera principal, en los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir de los autos “ATE c/Ministerio de Trabajo”², “Rossi, Adriana M. c/Estado Nacional. Armada Argentina”³, “ATE c/Municipalidad de Salta”⁴ (“ATE II”) y “Orellano, Francisco c/Correo Oficial de la República Argentina SA”⁵, en los que se reitera entre sus principales fundamentos lo dispuesto por el Convenio 87 de la OIT.

En el primero de ellos la Corte Suprema declaró inconstitucional lo dispuesto en el artículo 41, inciso a, de la ley 23.551, reconociendo a las asociaciones sindicales simplemente inscriptas el derecho a convocar elecciones de delegados y suprimiendo como condición para ser candidato el estar afiliado a la asociación profesional con personería gremial.

Invocando en apoyo el texto constitucional del artículo 14 bis, que garantiza la “organización sindical libre y democrática reconocida por la simple inscripción en un registro especial”, sostuvo que la norma legal no podía impedir válidamente la participación de una entidad sindical simplemente inscripta en una elección de delegados gremiales.

En este pronunciamiento fueron incorporados fallos de los órganos de control de la OIT, precisando lo relativo a la aplicación de las leyes nacionales, compatibilizándolas con los preceptos de los tratados

² CSJN, 11-11-2008, T. y S. S. 2008-956 y ss.

³ CSJN, 9-12-2009, T. y S. S. 2010-51 y ss.

⁴ CSJN, 18-6-2013, T. y S. S. 2013-744 y ss.

⁵ CSJN, 7-10-2016, T. y S. S. 2016-427 y ss.

internacionales y de lo que expresaran sobre el tema el Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Expertos⁶.

En los autos “Rossi...” la Corte Suprema extendió la tutela sindical –con la consiguiente prohibición de despedir, suspender o modificar las condiciones de trabajo– a los representantes gremiales pertenecientes a las entidades simplemente inscriptas, a cuyo efecto declaró, en lo pertinente, la inconstitucionalidad del artículo 52 de la ley 23.551.

A su vez, el llamado fallo “ATE II” (“ATE c/Municipalidad de Salta”) determinó, con arreglo a los precedentes mencionados, que correspondía declarar la inconstitucionalidad del artículo 31, inciso a, de la ley 23.551, que establece como derecho exclusivo de las asociaciones sindicales con personería gremial la defensa y representación de los intereses individuales y colectivos de los trabajadores ante el Estado y los empleadores.

En la misma dirección, las salas II y I de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo se pronunciaron por la inconstitucionalidad del artículo 38 de la ley por entender que contraría los principios recogidos por el Convenio 87 y los artículos 31 y 75, inciso 22, de la Constitución Nacional⁷.

III. El derecho de huelga en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional

El derecho de huelga, como ocurre en la generalidad de los países que no adscriben a regímenes autoritarios de cualquier signo, ha alcanzado en el nuestro, a partir del artículo 14 bis, la etapa de su consagración constitucional.

Paradojalmente ausente en el texto de la Constitución Nacional

⁶ Sappia señala, con exactitud, el vacío legal que provoca el pronunciamiento acerca del modo en que se repartirán los delegados cuando coexistan dos o más sindicatos en el mismo ámbito, uno mayoritario y otro u otros minoritarios. Ver SAPPÍA, Jorge J., *Libertad sindical*, en *Anuario 2013*, Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, ps. 251/252.

⁷ CNAT, sala II, 31-7-2017, “Unión Informática c/IBM”. En igual sentido, sala I, 10-4-2019, “Asociación de Empleados y Funcionarios del Poder Judicial de la Nación c/Estado Nacional y otros s/Acción de amparo”, RC J 7390/19.

de 1949, fue introducido por la Convención Constituyente de 1957, llevada a cabo durante un gobierno de facto.

Más allá de que la explicación pueda hallarse en la necesidad de superar las distintas posiciones manifestadas en el respectivo debate, lo cierto es que la deliberada vaguedad en la redacción del citado artículo dejó pendientes aspectos fundamentales del tema, como los referidos a la titularidad del ejercicio del derecho de huelga y el de la mayor o menor amplitud a otorgársele al concepto en razón de la variedad existente de medidas de acción directa. Estos aspectos resultan inseparables de la expresión del segundo párrafo del artículo 14 bis, que reconoce el derecho de huelga “a los gremios”. También lo es de la estructura del modelo sindical, construido en torno del otorgamiento de la personería gremial a la entidad más representativa en su ámbito personal y territorial y de la atribuida colisión con lo expresado en dicha norma sobre el reconocimiento de las organizaciones sindicales “por la simple inscripción en un registro especial”.

El primero de estos temas remite a la discusión en torno del alcance de las locuciones “gremio” y “sindicato”, lo que, según la postura que se adopte, determinará lo relativo al sujeto a quien corresponde la titularidad del derecho.

Es evidente que el vocablo “gremio” tiene un alcance más amplio, ya que es un concepto ligado a lo sociológico, equivalente a colectivo laboral o categoría profesional, en tanto que “sindicato” hace referencia a su organización jurídica.

No cabe, a mi entender, superar las dudas resultantes del texto recurriendo al alcance que los constituyentes quisieron otorgarle en el debate al primero de estos términos, por cuanto la interpretación normativa trasciende la intención de sus autores para remitirse, de manera objetiva, a lo que resulta de lo expresado en el texto (y es reiterado criterio que la primera fuente de interpretación de la norma es su letra).

La “intención del legislador” no tiene, por otra parte, una dirección única y su aceptación como método interpretativo resulta, cuando menos, cuestionable. Bastará releer el debate en la Convención Constituyente de 1957 para advertir la ausencia de un criterio unánime en las diferentes opiniones sobre el particular de los convencionales Jau-

reguiberry, Bravo, Palacios, Acuña, González Bergez, Cortés, Ponferrada, Colombo y Corona Martínez, por no citar sino a los principales expositores sobre el tema.

La imprecisión fue el modo que los constituyentes hallaron para sortear las dificultades derivadas de las divergencias sobre el punto, adoptando una fórmula superadora que, si pudo resultar adecuada para lograr la redacción del texto en cuestión, ha dejado desde entonces abierta a variadas interpretaciones la discusión posterior.

De otro modo, no se advertiría por qué no se adoptó, en el segundo párrafo del artículo 14 bis, el término “sindicato” o “trabajadores”, optándose por referirse “a los gremios”, vocablo cuya vaguedad queda patentizada en los criterios discrepantes subsistentes hasta la actualidad.

La Convención Constituyente de 1994 pudo haber sido la oportunidad para otorgar certezas sobre el particular, ya que, al tiempo de celebrarse, el debate llevaba años planteado; pero la exclusión de la reforma constitucional de los artículos correspondientes a la parte dogmática alejó toda posibilidad de aclaración de la redacción cuestionada.

IV. La titularidad del derecho de huelga en la doctrina nacional

En el contexto normativo descripto resultaba evidente que la titularidad del derecho de huelga habría de constituirse en motivo de controversia.

En razón de la particular estructura jurídica de nuestra organización sindical, y sin abordar el debate existente sobre el punto en otras latitudes⁸, que reconoce un distinto sustento legal o suprallegal, hemos de referirnos al tema, conforme al objetivo del presente trabajo, únicamente con la doctrina y la jurisprudencia nacionales vinculadas con la regulación positiva vigente.

Para la llamada “concepción orgánica”, la titularidad del derecho

⁸ Izquierdo halla en Mazeaud la línea divisoria entre los ordenamientos que conceptúan la huelga como un derecho individual o como un derecho de los sindicatos. Ver IZQUIERDO, Roberto, en *Derecho del Trabajo*, dir. por Jorge Rodríguez Mancini, Astrea, Buenos Aires, 2010, p. 235.

la tienen los sindicatos organizados legalmente y reconocidos como tales, lo que excluye de la protección jurídica a la huelga decidida por grupos inorgánicos de trabajadores, sean o no afiliados a ellos.

Dentro de esta postura cabe, entre nosotros, distinguir a la que sostiene la titularidad de las asociaciones sindicales, en general de quienes la atribuyen sólo a las que poseen personería gremial, de modo que el primero de los criterios mencionados aparecería como una postura intermedia.

La corriente opuesta a la concepción orgánica arguye que, siendo la huelga un derecho individual de ejercicio colectivo, la titularidad corresponde a la pluralidad de trabajadores pertenecientes a un mismo gremio o actividad, no necesariamente vinculados a una organización sindical, que invoque la defensa de un interés colectivo.

La doctrina de la titularidad sindical es sostenida, entre otros, por Deveali⁹, Tissenbaum¹⁰, Monzón¹¹, Vázquez Vialard¹², Rodríguez Mancini¹³, Goldin¹⁴ y Altamira Gigena¹⁵. Un sector de ella señala la correspondencia entre el titular del derecho y la entidad autorizada para suscribir la convención colectiva, por lo cual no toda asociación sindical tendría aquel carácter sino sólo la que ostenta la personería gremial (Deveali). Vázquez Vialard comparte esta opinión en tanto afirma que sólo éstas pueden declarar huelgas legítimas por ser las que asumen la representación de los intereses colectivos¹⁶. Goldin admitió, vigente el decreto-ley 22.105/79, que el ordenamiento legal habilitaba “sólo

⁹ DEVEALI, Mario L., *La huelga y las otras medidas de acción directa*, en D. T. 1960-451.

¹⁰ TISSENBAUM, Mariano R., en *Tratado de Derecho del Trabajo*, 2ª ed., dir. por Mario Deveali, Fedye, Buenos Aires, 1971, t. I, p. 369.

¹¹ MONZÓN, Máximo D., *La calificación constitucional de comportamientos colectivos y un caso de huelga atípica*, en D. T. 1984-B-1443.

¹² VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, *El sindicato en el Derecho argentino*, Astrea, Buenos Aires, 1981.

¹³ RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge (dir.), *Derecho del Trabajo*, Astrea, Buenos Aires, 2010, t. 3, p. 58.

¹⁴ GOLDIN, Adrián, *Aspectos jurídicos de la huelga en la República Argentina*, en T. y S. S. 1983-1034/1035.

¹⁵ ALTAMIRA GIGENA, Raúl E., *La huelga como derecho y como hecho en la República Argentina*, en T. y S. S. 1990-194.

¹⁶ VÁZQUEZ VIALARD, ob. cit., p. 268.

al sindicato –y más precisamente sólo a aquel que cuente con personería gremial– para declarar una huelga cuya legalidad no sea atacada”.

En la corriente opuesta a la concepción orgánica se enrolan Guillermo López¹⁷, Nápoli¹⁸, Ramírez Gronda¹⁹ y Goyena²⁰. En similar sentido, Krotoschin, tras admitir que en la doctrina y la jurisprudencia prevalecía el criterio favorable a la intervención sindical, quien expresaba que la huelga declarada al margen de la organización, “si bien puede ser inconveniente desde el punto de vista sociológico”, no por ello “es, sin más, ilícita”²¹.

Con criterio ecléctico, Bidart Campos sostuvo que “gremio equivale a organización gremial organizada”, pero que “hay en la Constitución otros sujetos distintos de las asociaciones gremiales que están habilitados para ejercer derechos gremiales”²², aunque aclarando que la huelga es un derecho colectivo y no “el derecho individual de no trabajar o de holgar”²³.

La Comisión de Expertos que redactó el informe *Estado actual de las relaciones laborales en la Argentina* incorporó entre sus propuestas la de “considerar con amplitud el sujeto activo de la huelga comprendiendo inclusive a la coalición y al gremio, concebido este último como trabajadores que se desempeñan en una misma actividad con intereses comunes aunque no estén organizados institucionalmente”²⁴.

¹⁷ LÓPEZ, Guillermo, *Derecho de huelga. Importante cambio jurisprudencial*, en D. T. 1984-1775.

¹⁸ NÁPOLI, Rodolfo A., *Manual de Derecho Sindical*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1962, p. 195.

¹⁹ RAMÍREZ GRONDA, Juan D., *Los conflictos del trabajo y el derecho de huelga*, en L. T. 24-248.

²⁰ GOYENA, Juan C., *Ruptura abusiva del contrato de trabajo*, Depalma, Buenos Aires, 1972, p. 85.

²¹ KROTOSCHIN, Ernesto, *Tratado práctico de Derecho del Trabajo*, Depalma, Buenos Aires, 1979, t. II, p. 219.

²² BIDART CAMPOS, Germán J., *Principios constitucionales de Derecho del Trabajo (individual y Colectivo) y de la Seguridad Social en el artículo 14 bis*, en T. y S. S. 1981-515.

²³ *Íd.*, p. 520.

²⁴ Grupo de Expertos en Relaciones Laborales, pres. por VALDOVINOS, Oscar, *Estado actual de las relaciones laborales en la Argentina*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, p. 307.

La jurisprudencia anterior al fallo “Orellano”, al que hemos de referirnos, había exhibido las diferencias apuntadas.

En favor de la titularidad sindical hubo, entre otros, pronunciamientos de las salas I, II, III y VIII de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo²⁵ y de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires²⁶, en tanto que por la titularidad del grupo inorgánico de trabajadores se manifestaron las salas IV y VI de la primera y el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro²⁷.

En los autos “Font, Jaime y otros c/Carnicerías y Estancias Galli” y, posteriormente, en “Riobó, Alberto c/La Prensa SA” la Corte Suprema de Justicia de la Nación había abordado tangencialmente el tema de la titularidad del derecho de huelga al pronunciarse sobre sus límites. En los considerandos de este último expresaba que “...las asociaciones sindicales, en forma exclusiva, pueden decidir el cumplimiento de medidas de acción directa...”²⁸

V. El fallo “Orellano...”, un nuevo paso hacia la desarticulación del “modelo sindical”

Si bien el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos “Orellano, Francisco D. c/Correo Oficial de la República Argentina SA”²⁹ adhiere a la concepción orgánica, lo hace definiéndose en la misma dirección que los fallos antes mencionados.

Considera necesaria la intervención de la entidad sindical en la declaración de la huelga, pero estimando que el “único requisito al que el artículo 14 bis supedita el ejercicio de los derechos sindicales por parte de las organizaciones de trabajadores es el de su simple inscripción en un registro especial”.

²⁵ CNAT, sala I, 14-6-88, D. T. 1989-A-809; sala II, “Zavaglia, Gustavo c/Artes Gráficas Rioplatenses SA”, expte. 26.795/05, sent. del 20-7-2007; sala III, 28-10-93, T. y S. S. 1994-802; sala VIII, 25-3-91, T. y S. S. 1992-161.

²⁶ SCJBA, L 50.079, S 27-10-92, “Mansilla, Ernesto E. c/Piero SA”.

²⁷ CNAT, sala IV, 31-5-77, T. y S. S. 1978-25; sala VI, 12-7-90, T. y S. S. 1990-651; STJ de Río Negro, 14-8-86, T. y S. S. 1987-356.

²⁸ CSJN, 15-10-62, *Fallos*: 254:56; 16-2-93, “Riobó, Alberto c/La Prensa”, T. y S. S. 1993-509 y ss.

²⁹ CSJN, 7-6-2016, T. y S. S. 2016-427 y ss.

Expresa que “los ‘gremios’ que menciona 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 libre y democrática’ reconocida a los trabajadores”, es decir, las que la Constitución habilita para el ejercicio de derechos colectivos cuando satisfacen el mencionado requisito.

Si bien la doctrina opuesta a la concepción orgánica ha querido ver en este criterio una restricción al derecho de huelga, fundada en que limita su ejercicio a las asociaciones sindicales y en que descarta que la referencia a “los gremios” pueda referirse a cualquier grupo de trabajadores, el pronunciamiento deja en claro que la declaración de la huelga no es facultad exclusiva de las entidades con personería gremial, como sostuvieran, de acuerdo con los textos legales vigentes, parte de los autores que abordaran el tema.

La afirmación de que la inscripción de las asociaciones profesionales en un registro es el “único requisito” para el ejercicio de sus derechos importa tomar partido por una de las posturas al respecto que si por una parte descarta la posibilidad de que la titularidad del derecho de huelga únicamente corresponde a las entidades con personería gremial, por otra sostiene que ella no puede pertenecer a un trabajador individual ni a un grupo cualquiera de trabajadores por más que se alegue la existencia de un interés colectivo.

El fallo da, asimismo, por sentado que los representantes gremiales a los que alude el segundo párrafo del artículo 14 bis, CN, son los que desarrollan una función sindical, lo que dejaría en claro que la norma ha querido referirse a quienes ocupan cargos en asociaciones sindicales, concluyendo que en el artículo 14 bis el término “gremios” ha sido empleado aludiendo exclusivamente a éstas.

Aparece decisivo para fundar el criterio expuesto el argumento acerca de que “no resulta lógico admitir que el artículo 14 bis, CN, 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”.

Esto último remite, a su vez, a otra de las afirmaciones referida a la amplitud de la garantía constitucional, cuando el considerando 7º asimila a la huelga otras medidas de acción directa que no consisten en la abstención colectiva del trabajo sino en su prestación deliberadamente defectuosa o retaceada, como surge de la mención de los “paros intermitentes”, “trabajo a reglamento”, “trabajo a desgano”, etcétera (esta última expresión indica que la nómina es meramente enunciativa). De admitirse que la titularidad de aquélla pudiera atribuirse a un grupo informal de trabajadores, cabría preguntarse si éste estaría, también, habilitado a declarar esas otras medidas de acción directa.

La adhesión del fallo “Orellano...” a la postura orgánica, si por un lado motiva el rechazo del sector opuesto a ella, deja en claro que la CSJN ha optado por una posición intermedia al equiparar las facultades de las asociaciones sindicales simplemente inscriptas con aquellas que poseen personería gremial, avanzando en la *deconstrucción* (¿destrucción?) del modelo sindical que hasta hoy mantuvieron, con variantes, las distintas normas legales en nuestro país.

La igualación de derechos de los distintos tipos de entidades sindicales que surge de la tendencia de los fallos mencionados no logra impedir la clara limitación que el artículo 1º de la ley 14.250 –respecto de la cual no se evidencian planteos de inconstitucionalidad similares– impone en la negociación de los convenios colectivos.

A los fines de la coherencia sistémica, y más allá de las posturas favorables o adversas al “modelo” cuestionado, se impone una reformulación a través de la reforma legislativa que deberá emprenderse ante la dirección aparentemente invariable de los pronunciamientos indicados.

EL INCLAUDICABLE CAMINO DE LA HUELGA

por ABEL N. DE MANUELE

SUMARIO: I. Introducción. II. Algunos antecedentes. III. La tutela jurídica en nuestro Derecho. IV. La titularidad del derecho de huelga. Una vieja polémica. a) Titularidad individual. b) Titularidad colectiva. b.1) Inorgánica. b.2) Orgánica restringida. b.3) Orgánica amplia o plural. c) Teorías intermedias. V. La huelga y el daño. VI. A modo de reflexión.

I. Introducción

La huelga, a partir del desarrollo e institucionalización del llamado “Derecho Colectivo del Trabajo” y éste formando parte indispensable del Derecho del Trabajo, adquirió con el correr del tiempo la trascendencia jurídica y como hecho social que hoy conocemos. De tal forma, nos lleva a concluir sobre la íntima relación y mutua influencia entre los institutos de esta rama del Derecho del Trabajo.

En su tiempo, De la Cueva afirmaba la existencia de una trilogía “indisociable” entre el sindicato, la huelga y la negociación colectiva, a lo que agrega Ackerman¹ que se trata de algo así como un “triángulo equilátero”, cuyos ángulos, todos idénticos en graduación, serían el *sindicato*, la *negociación y contratación colectiva* y la *huelga*, de manera que ninguna de las tres figuras de la trilogía podría faltar, porque de ello devendría la desaparición de los otros integrantes. Es decir, resulta difícil imaginar la existencia del sindicato sin la posibilidad de

¹ ACKERMAN, Mario, *Tratado de Derecho del Trabajo*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007, t. VII, p. 20.

negociar colectivamente, y aún más complicado sería la permanencia de ellos sin la posibilidad de la huelga. Es como decir que estaríamos ante una sociedad de caballeros, sin intereses contradictorios y ambiciones. En definitiva, y más allá de las particularidades, importancia y alcances de la huelga, de lo que no podemos dudar, como lo decía Ermida Uriarte, es que estamos en presencia del instituto más atípico, del sector más atípico, de la rama del Derecho más atípica.

Se toma, a modo de punto de partida, como pioneras de la huelga, como hecho social y político, las acciones que en el año 1939 desarrollaran, en el Reino Unido, el movimiento que se dio en llamar “cartista”². Este movimiento, a partir de los postulados de William Benbow, tuvo como finalidad arrancar ciertos derechos en favor de los obreros y sectores sociales desplazados, entre ellos, el sufragio universal, la jornada limitada de trabajo y otros derechos de naturaleza laboral; pero lo cierto también es que desde tiempos remotos de la humanidad este tipo de conflicto ya existía. Ejemplo de ello fueron los levantamientos de los esclavos en la Antigüedad, sublevaciones e intentos de romper las formas de sometimiento.

Pero, y en forma independiente a lo dicho en esta sintética introducción, corresponde señalar que “la huelga” constituye una derivación de las contradicciones existentes en la sociedad, especialmente de aquellas que son producto de las diferencias que emergen entre el capital y el trabajo. También corresponde aclarar que esas situaciones conflictivas no son únicas ni patrimonio del trabajo. Existen conflictos humanos, de diversas formas y con consecuencias variadas. Como casos de lo expuesto, entre muchos, se pueden citar los procesos de grupos o Estados con el objeto de adueñarse de bienes o territorios, o para defenderse del ataque de otros grupos o naciones. Es decir, el conflicto siempre estuvo presente como parte o instrumento de la raza humana. Como decía Carnelutti: “derecho de huelga y derecho de guerra tienen el mismo valor”. Al respecto, Padura³ dice que “la historia ha demostrado que los fundamentalismos, la prepotencia y las ansias de poder

² Movimiento fundado en el año 1833, en Inglaterra, que tenía como principal objetivo conseguir la “Carta Constitucional del Trabajo”.

³ PADURA, Leonardo, *La transparencia del tiempo*, Tusquets Editores, Buenos Aires, 2017, p. 106.

y las estrategias infinitas utilizadas por unos, para engañar, explotar, gobernar y, en esencia, joder a los otros, eran actitudes omnipresentes desde los tiempos de las cavernas”.

En definitiva, trataré de abordar un escueto análisis de esta manifestación crítica y natural del conflicto laboral, en especial de aquella herramienta que los trabajadores han determinado en la búsqueda de reducir las diferencias existentes en el contrato de trabajo. No existe, en los países democráticos, la posibilidad de ejercicio de los derechos derivados de la libertad (entre ellas, la sindical) sin un libre ejercicio del derecho de huelga como mecanismo de realización de la justicia social.

Como afirma Arese⁴, “trabajo y huelga se rechazan y se necesitan”, o más bien aún la mención de Sagardoy Bengoechea: “Igual que la sombra acompaña al sol, la huelga acompaña al trabajo”⁵.

II. Algunos antecedentes

Si bien no es objeto de este artículo realizar un estudio de la evolución histórica de la huelga, al menos interesa ubicarnos en algunos de los principales antecedentes. Es así que al hablar del instituto, y más allá de las circunstancias, de naturaleza política, religiosa o social, que en las distintas épocas de la humanidad aquejaron a las sociedades de entonces, tales como los alzamientos que protagonizaran esclavos, plebeyos, villanos, siervos y otros desplazados de aquellos sistemas, la huelga, como fenómeno derivado del trabajo dependiente y tal cual la conocemos en la actualidad, es un fenómeno emergente de la sociedad capitalista que surge a partir del proceso de la Revolución Industrial.

Hay autores, como Ruprecht⁶ y Cabanellas⁷, que mencionan que

⁴ ARESE, César, *Derecho de los conflictos colectivos de trabajo*, Rubinzal-Culzoni, 2011, p. 58.

⁵ SAGARDOY BENGOCHEA, Juan, *Estudios sobre la huelga*, Agarl, Madrid, 1996, p. 19.

⁶ RUPRECHT, Alfredo, *Conflictos colectivos de trabajo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1967, p. 73.

⁷ Cita de GARCÍA, Héctor O., *Tratado de Derecho Colectivo del Trabajo*, La Ley, Buenos Aires, t. II, p. 481.

el origen del vocablo “huelga” deriva del francés *greve*, que significaba la reunión de los trabajadores en la *Plaza del Ayuntamiento (Place de l’Hôtel-de-Ville*, anteriormente llamada *Place de Grève*). Esos trabajadores, ante la disconformidad de las condiciones de los contratos de trabajo, se reunían en dicho lugar, por lo que se colocaban en *greve*, es decir, “en huelga”, a la espera de que se le ofrecieran mejores ofertas.

Otro acontecimiento de la humanidad, contemporáneo a la Revolución Industrial, lo constituye el proceso que deriva de la Revolución francesa de 1789. La Ley Le Chapelier (14 de junio de 1791), fiel al espíritu liberal y de protección a los derechos individuales, procedió a prohibir las coaliciones patronales y obreras compuestas por personas de un mismo Estado o profesión. Se formalizaba, de tal manera, el principio de la libertad contractual y se rendía culto al liberalismo económico, que aspiraba a reflejar en toda su amplitud los efectos de la más auténtica ley de la oferta y la demanda. Fue el principio del inicio de la etapa, que se acompañó con el dictado de leyes de carácter represivo, también llamada de la “prohibición”. Ese cúmulo de normas restrictivas, o bien de aquellas análogas pero con premisas y objetivos comunes, se dictaron en Europa y América.

Fue un tránsito complejo, de duras luchas, cargadas de actos violentos, con lo cual miles de personas pagaron con su vida, otras en cárcel o el destierro. Todas guiadas y comprometidas en la defensa de un ideal. Eso es lo que debieron enfrentar los obreros, con una incipiente organización y muchas convicciones a principios del siglo XIX, buscaron un camino para lograr, al menos y en una primera etapa, la posibilidad de que los Estados modernos morigeraran sus actitudes represivas. Y el Estado, o los poderes de entonces, tomaron nota. Así se da el inicio de lo que se dará en llamar como los tiempos de “la tolerancia”. Es recién en el año 1824 cuando la legislación inglesa admitió el accionar de las *Trade Unions*. Desde allí y hasta el proceso que se inicia con la Constitución mexicana de Querétaro (año 1917) por el que se establecerán, con rango constitucional, los “derechos sociales”, entre ellos, los de la libertad sindical y el ejercicio del derecho de huelga. Fue un largo y tortuoso peregrinar de los trabajadores que constituían el naciente proletariado. A esta etapa del

desarrollo de la libertad sindical (y en particular relacionada a la huelga) la doctrina la dio en llamar de “reconocimiento y tutela”.

Ahora bien, el auge de la huelga se dará con el nacimiento y consolidación de la gran industria, siendo para ello de trascendencia, por sus aportes teóricos, las doctrinas marxistas, anarquistas y socialistas, partícipes activos de los procesos políticos, sociales y gremiales de esa centuria. Son los anarquistas, en particular a partir de Bakunin, quienes sostendrán la teoría de la huelga general revolucionaria como instrumento para la derrota del capitalismo. De todas formas, hay que señalar que las huelgas nacen de los excesos de ese naciente proceso, en especial la falta de derechos para la nueva clase social. En este aspecto, también vale señalar el carácter individualista del Derecho que desconocía la existencia de intereses profesionales y rechazaba la posibilidad de los conflictos derivados del trabajo, descartando o limitando la posibilidad del accionar de la clase trabajadora. Pero, sin duda, es a partir de la mitad del siglo XIX cuando se enfrentaron con aguda vehemencia los intereses de la clase postergada y los empleadores.

Moret⁸ mencionaba que con el nacimiento del sindicalismo, como expresión real y efectiva, lo que habría de transformarse, más adelante, es la doctrina de la huelga general revolucionaria como sistema de acción de carácter político con una inspiración genuinamente social. En las primeras épocas las huelgas tienen carácter insurreccional y llevan, muchas veces, a un desarrollo sangriento, que conduce a calificar a estos conflictos como contrarios al orden constituido. Poco a poco, los Estados fueron considerando que la huelga ya no era un delito. De la Cueva⁹ menciona que en los inicios de ese proceso se permitió su existencia, pero no por las razones actuales, y menciona que la primera fundamentación jurídica de la huelga que se conoce se debe al abogado francés Berger, según cita Paul Norrisson. Aquél decía que el Derecho natural garantiza a todos los hombres la libertad de trabajo, en su aspecto positivo y negativo; el hombre, por tanto, no puede ser

⁸ MORET, Carlos, *Historia general del desarrollo de las organizaciones de trabajadores*, Buenos Aires, 1933, p. 27.

⁹ DE LA CUEVA, Mario, *Derecho mexicano del Trabajo*, 2ª ed., México, 1959, p. 761.

obligado a trabajar y si se hubiere comprometido y faltare a lo pactado será civilmente responsable por los daños y perjuicios que cause, pero no se le puede ejercer coacción alguna sobre su persona para obligarle a trabajar.

De todas maneras, y más allá de los intentos de limitación o cerceamiento, el instituto ha sido el instrumento de mayor eficacia para que los trabajadores pudieran no sólo canalizar sus reclamos, sino que además ha constituido un elemento de unión y solidaridad de la clase obrera, el que a partir de esa alianza inquebrantable logró hacer del Derecho Laboral un fenomenal instrumento legal de protección de los sectores más vulnerables de las modernas sociedades industriales. Ése es el gran mérito que, a los trabajadores, puede ofrendar el derecho de huelga. Y la verdad, no es poco.

III. La tutela jurídica en nuestro Derecho

En nuestro Derecho no existen antecedentes de prohibición expresa de la huelga. Lo que sí es cierto, y desde que se conoce como la primera huelga con sentido orgánico y sindical en Argentina, realizada por el gremio de los tipógrafos, en el año 1878, es que han existido algunas reglamentaciones que, por vía indirecta, operaban como instrumentos adicionales y que su fin último fue el de combatir o limitar el ejercicio del derecho de huelga. Ejemplo de lo dicho lo constituyen las llamadas “Ley de Residencia” 4144 (1902) y “Ley de Defensa Social” de 1910, entre otras disposiciones. Por otra parte, y hasta tanto se sancionara el artículo 14 bis, no hubo tampoco reconocimiento normativo que en forma expresa reconociera al derecho de huelga, tal cual ya lo habían hecho otros países, como, por ejemplo, las Constituciones Nacionales de México (1917), Weimar (1919), Francia (1946) y Uruguay (1942).

Independientemente de lo expuesto en el acápite anterior, no podemos ignorar que sí hubo, hasta 1957, algunas disposiciones por las cuales se establecieron mecanismos para la solución de los conflictos, como la ley 8999 (1912), la que disponía que ante un conflicto entre capital y trabajo el presidente del Departamento Nacional de Trabajo convocará y presidirá el “Consejo de Trabajo”, órgano compuesto por

trabajadores y empleadores en igual número. También, en 1949 y con la creación de la entonces Secretaría de Trabajo y Previsión, se dictó la resolución 16/44, que regulaba el procedimiento para los reclamos colectivos.

Despontín¹⁰ afirmaba que el origen del derecho de huelga, en nuestro país, se encontraba en el artículo 14 de la Constitución Nacional. El mismo autor sostenía que ese artículo determina sobre la libertad de trabajar y de asociarse con fines útiles y lícitos. Mientras tales finalidades se respeten y el derecho acordado se practique con arreglo a las leyes de la materia, la huelga es legal y lícita. Otros respetables autores han encontrado que la huelga constituía un derecho implícito en los términos del artículo 33 de la Constitución Nacional. En ambos casos, texto según la redacción de los constituyentes de 1853.

Ahora bien, nuestra Ley Fundamental, en su reforma del año 1949, no previó el reconocimiento, con rango constitucional, al derecho de huelga. Esta posición fue defendida y argumentada, en su momento, por quien fuera presidente del bloque parlamentario del oficialismo (peronismo), Arturo Sampay, al decir: “El derecho absoluto de huelga no puede ser consagrado en una Constitución, a pesar de lo cual, dentro del Derecho positivo argentino se reglamenta esa zona extrajurídica que es la huelga [...] para que pueda cumplirse en los casos en los que los patrones no se advienen a satisfacer las reclamaciones legítimas de los sindicatos...”¹¹ De más está decir que la Constitución sancionada en esa reforma fue derogada por el gobierno que surgió del proceso dictatorial que se conociera como Revolución Libertadora.

Es indudable que más allá de los proyectos y propuestas sobre el derecho de huelga, que desde las primeras décadas del siglo XIX elaboraron los legisladores socialistas y la doctrina laboralista, no llegaban a conceptualizarla como un derecho subjetivo. García¹² afirma que

¹⁰ DESPONTÍN, Luis, *Consecuencias jurídicas de la huelga frente al contrato de trabajo en la legislación y en la jurisprudencia argentina*, en TISSEMBAUM, Mariano (dir.), *La huelga*, Instituto de Derecho del Trabajo, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1951, t. I, p. 305.

¹¹ *Diario de Sesiones* de la Honorable Convención Constituyente, Buenos Aires, p. 275.

¹² GARCÍA, *Tratado de Derecho Colectivo del Trabajo* cit., t. II, p. 538.

esas posiciones doctrinarias se situaban a dos aguas entre la sociología y el Derecho, por lo que apenas alcanzaban a observarla, no sin desconfianza, como un “hecho” al que trataban de encajar, a veces incurriendo en contradicciones teóricas, en el marco del ordenamiento jurídico no represivo.

En ese contexto, y en el marco de una convención con una representación política limitada, por la proscripción del peronismo, se realizó (en Santa Fe), en el año 1957, la Convención Constituyente que incorporó, únicamente¹³, el “artículo nuevo”, que posteriormente se denominó “artículo 14 bis”.

Ese artículo insertó en la Constitución de 1853 (con las modificaciones de 1860) el contenido social que, por el tiempo político y social en que aquélla se sancionó, no se tuvo en cuenta. Como afirma Scotti¹⁴, si bien sus disposiciones de la reforma de 1957 no alcanzaron los destacados contornos de otros textos constitucionales plenamente imbuidos de lo que se conoce como “constitucionalismo social”, resultó, en definitiva, una modesta pero muy trascendente puesta a tono de la Carta del siglo pasado con las exigencias de la hora en la que fue sancionada.

Particularmente y en lo que nos ocupa, el texto del artículo “nuevo” o posteriormente 14 bis determina: “...organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial. Queda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el *derecho de huelga*...” La definición del artículo del derecho de huelga, en especial relativa a la titularidad, generó no pocos debates en la doctrina y jurisprudencia nacionales. De ello nos ocuparemos en el punto IV, pero podemos indicar que a partir de ese artículo se les reconoce a los trabajadores el poder legitimado de llevar a cabo la huelga, como cesación concertada de la obligación de prestar tareas en los contratos de trabajo, para defender sus derechos e intereses.

¹³ También se agregó al artículo 67, inciso 11, el “Código del Trabajo y la Seguridad Social”.

¹⁴ SCOTTI, Héctor, *La protección de la actividad gremial*, en *Derecho Colectivo del Trabajo*, La Ley, Buenos Aires, 1998, p. 367.

Afirma Cornaglia¹⁵: “Esto, de por sí, es un derecho individual, de ejecución colectiva, el poder del trabajador como tal, de sumarse a un acuerdo colectivo”.

Este importante avance de reconocimiento constitucional del derecho de huelga se completa con otra magnífica decisión, como es la de los convencionales constituyentes del año 1994, al incorporar, con fuerza constitucional, diez tratados de Derecho Internacional, los que son considerados como los que sustentan la conciencia jurídica internacional. En efecto, la reforma, en lo que a los fines del presente interesa, y mediante el artículo 75, determina, en el Capítulo Cuarto, *Atribuciones del Congreso*: “Corresponde al Congreso [...] 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; *el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; *en las condiciones de su vigencia*, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara...”

Más allá de la trascendencia, para nuestro Derecho y el futuro de nuestra sociedad, de la reforma en general, es importante, para lo que nos ocupa, que refiere a la incorporación, a través del mentado inciso 22 del artículo 75, de los tratados internacionales sobre derechos humanos,

¹⁵ CORNAGLIA, Ricardo, *Derecho Colectivo del Trabajo. Derecho de huelga*, La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 30.

donde me interesa resaltar el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el que en su artículo 8º, apartado 1, señala: “*Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar [...] d) El derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país*”.

Corresponde consignar que, hasta el año 1983, los tratados internacionales, a criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se encontraban en un pie de igualdad con las leyes, siendo esos tratados, por imperio del artículo 86, inciso 14 (hoy art. 99, inc. 11) y por el artículo 67, inciso 19 (hoy art. 75, incs. 22 y 24) aprobadas por el Congreso de la Nación, por lo que a través de una ley (posterior) se podía dejar sin efecto las cláusulas de un tratado internacional. Por otra parte, y según surge de la Convención de Viena, los tratados internacionales tienen primacía sobre el Derecho interno. Estos principios fueron receptados e incorporados por la ley 19.865 (que entró en vigencia en el año 1980).

Ahora bien, la aplicación de muchos convenios debe realizarse forzosamente a través de medidas legislativas; pero existen ciertas cláusulas que son autoejecutivas, lo cual hace posible su aplicación directa, sin intervención legislativa o administrativa previa. En este sentido, podemos citar que una determinación judicial podría tornar autoejecutiva a una norma que no tenga dicho carácter de manera manifiesta. Este criterio fue determinado por nuestro Superior Tribunal de Justicia en el caso “*Ekmekdjian, Miguel A. c/Sofovich, Gerardo y otros*”¹⁶, señalando que los tratados son operativos y tienen jerarquía superior a las normas de Derecho interno cuando contienen disposiciones lo suficientemente concretas de los supuestos de hecho que hacen posible su aplicación inmediata. El mismo Tribunal señaló: “...cuando un país ratifica un tratado internacional se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que el tratado lo contemple, obligación cuyo cumplimiento puede originar la responsabilidad internacional del Estado, circunstancia que configura cuestión federal suficiente”¹⁷.

De lo expuesto, nos conduce, como primera conclusión, a sostener

¹⁶ Al igual que en el caso “*Fibraca*”.

¹⁷ CSJN, 26-12-95, autos “*Méndez, Valles F. c/Pescio AMSCA*”.

que el derecho de huelga, en nuestro Derecho, *se halla bajo la tutela constitucional desde un doble reconocimiento*: por un lado, a partir del artículo 14 bis, y del que surge del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁸, que en su artículo 8º, apartado 1, determina: “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar [...] d) El derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país”.

También corresponde señalar la tutela del instituto a través de la Declaración Sociolaboral del Mercosur (art. 11), del Protocolo de San Salvador (art. 8.1, inc. b) y de la Carta Americana de Garantías Sociales (art. 27).

IV. La titularidad del derecho de huelga. Una vieja polémica

Si bien ya fue superada cualquier duda o controversia sobre el derecho de huelga y su reconocimiento, la titularidad dio lugar a un arduo debate, que fue lentamente variando con el correr de los años, la evolución doctrinaria y la jurisprudencia, y en especial después de la consolidación e incorporación de los derechos humanos de la tercera generación en los sistemas legislativos y constitucionales. Igual, con ciertas particularidades, el mismo continúa por estos días.

En el caso de nuestro Derecho, debemos partir de un punto, al que podríamos señalar como determinante, como lo fue en el año 1957: la sanción del artículo “nuevo” o 14 bis, a partir del cual el debate giró sobre la titularidad de ese derecho de tutela constitucional. Previo a la sanción del artículo 14 bis, la doctrina lidiaba entre la consideración de la huelga como un derecho “garantizado a los gremios” y los que sostenían que esa titularidad recaía en la “pluralidad de trabajadores”. García¹⁹ sostiene que la primera de esas posiciones refería a que el sujeto activo (no titular, ya que no era contemplada nítidamente como

¹⁸ El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al igual que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fueron adoptados por Resolución N° 2200 (XXI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, abiertos a la firma en la ciudad de Nueva York el día 19 de diciembre de 1966.

¹⁹ GARCÍA, Héctor O., *El derecho de huelga*, en *Tratado de Derecho Colectivo del Trabajo* cit., p. 590.

un derecho) era el sindicato organizado, con fundamento en la necesidad de que el sujeto se encontrara investido de cierta representación y tuviera capacidad para enfrentar las responsabilidades eventualmente derivadas del ejercicio de la medida de conflicto. En cuanto a la segunda (pluralidad de trabajadores), el mismo García dice que se las diferenciaba de las asociaciones sindicales, en tanto que aquéllos son los únicos con capacidad o no de prestar el servicio. Ambas posiciones fueron las que surgieron a la luz durante el debate de la Convención Constituyente del año 1957.

De todas formas y más allá de las tradicionales posturas a las que se las denominó “orgánica” e “individual” (la primera de origen latino y la segunda anglosajona), trataré de realizar una clasificación acerca de esa titularidad del derecho de huelga. La misma se realiza según la evolución doctrinaria en nuestro Derecho y, también por qué no, según nuestra propia realidad a partir del dictado del fallo cimero en el caso: “Orellano”, y de otras consideraciones que surgen de la propia realidad y particularidad de cada conflicto.

a) *Titularidad individual*

Esta postura parte de la premisa de que, desde el Derecho, la huelga es estrictamente individual, es decir, desde su acción y por cada trabajador, más allá de que su ejercicio sea concertado con otros trabajadores, ya que su esencia radica en la de ser una medida colectiva. Sostiene tal postura, en nuestro Derecho, Carlos Etala. La funda en la intervención, en el debate de la Convención Constituyente, de los diputados Palacios y Bravo.

Alonso García, por su parte, sostenía que la titularidad está en los trabajadores individualmente considerados, pero que su ejercicio ha de realizarse colectivamente, sin que ello implique transferir la titularidad a sujeto diferente. Funda su posición diciendo que si la huelga consiste en la “cesación del trabajo”, es claro que la titularidad del derecho sólo podrá recaer en quien trabaja, es decir, en quien personalmente ha asumido la obligación de prestar el servicio en virtud de título jurídico apto para ello. Como es sabido, la prestación del trabajo se caracteriza por ser *personalísima*. Sólo las personas físicas pueden

trabajar en el sentido jurídico-laboral de la palabra, dado el carácter personal de la prestación contenida en el contrato de trabajo. No así las personas jurídicas. Mal pueden éstas, entonces, ostentar un derecho de no trabajar cuando no cuentan con la posibilidad de actuar positivamente el contenido de ese derecho²⁰. Esta teoría, relacionada con lo que bajo el rótulo “derecho de los trabajadores” esgrimía De la Cueva, afirmaba que “el derecho de huelga es un derecho colectivo, pero pertenece originariamente a los trabajadores, igual que acontece con el derecho de asociación profesional. En el pasado, según hemos repetido, el derecho de huelga correspondía a cada trabajador y era el ejercicio del derecho natural a no trabajar: pero por ser un derecho negativo, no podía producir efectos positivos y se agotaba en la suspensión individual del trabajo, ya fueran muchos o todos los trabajadores quienes suspendían los trabajos. La Constitución y la ley, según también indicamos, hicieron de la huelga un derecho positivo de la mayoría obrera y consiste en la facultad legal de suspender totalmente las labores en la empresa, imponiendo su voluntad al patrono y a las minorías obreras. El derecho de huelga descansa en las voluntades individuales, pero solamente puede ejercitarse cuando coincide la mayoría de los trabajadores de la empresa afectada”²¹. Battaglini, siguiendo la definición del Código Penal italiano sobre la huelga, ha sostenido que son los trabajadores los sujetos activos, siempre que se encuentren en relación de dependencia con un patrono y que con su abstención suspendan el cumplimiento del trabajo²². Gomes, otro partidario de esta teoría, partía del supuesto de que “el derecho corresponde, por definición, a los trabajadores. En su sentido histórico y social, la huelga es la paralización colectiva y concertada del trabajo por parte de los trabajadores”²³. Giugni mantenía obstinadamente la defensa de la titularidad individual²⁴.

Esta teoría considera, como titulares de este derecho, a los traba-

²⁰ *Derecho Procesal del Trabajo*, Barcelona, 1963, L, I, ps. 97 y 98.

²¹ *Derecho mexicano del Trabajo* cit., t. II, p. 797.

²² *Diritto Penale del Lavoro*, en PERGOLESI, Ferruccio y BORSI, Umberito, *Tratato di Diritto del Lavoro*, 2ª ed., Padea, 1954, t. V, p. 223.

²³ *Consideraciones sobre el derecho de huelga en el Brasil*, en *La huelga* cit., t. II, p. 126.

²⁴ GIUGNI, Gino, *Intervento*, p. 292.

jadores, a quienes en forma individual pueden decidir declararse “en huelga”. Aclaran, sus partidarios, que si bien el derecho es individual, por su naturaleza y también para su eficacia se requiere de una determinación o accionar colectivo; es decir, sostienen que es un derecho individual de ejercicio necesariamente colectivo. Esta corriente es de amplia aceptación en países europeos.

b) *Titularidad colectiva*

Con la sanción del actual artículo 14 bis, y en especial luego de la aprobación, en el año 1958, de la nueva ley que reglamentaba los sindicatos en Argentina bajo el número 14.455, la discusión ya no giró en torno al derecho de huelga (ya reconocido como tal) sino que respecto a la titularidad de ese derecho de huelga. Al respecto, estimo que aquí surgen, originariamente, varias corrientes: la primera que se denomina “inorgánica”; otra “orgánica restringida” o, al decir de Héctor García, “restrictiva”; una tercera “amplia” o “plural”, y finalmente una cuarta y particular posición, a la que denomina como “intermedia”.

b.1) *Inorgánica*

Esta posición fue sostenida, entre otros, por Rafael Caldera, Guillermo Cabanellas, Mario De la Cueva, Ernesto Krotoschin y en tiempos más actuales por Rodolfo Capón Filas. Esta teoría parte de la afirmación de que la huelga puede ser declarada por un grupo de trabajadores aunque no medie asunción anterior ni ratificación posterior del conflicto por ninguna instancia institucional²⁵. Esta teoría tiene matices y particularidades de mucha coincidencia con la que se denominara como “individual”.

En realidad, como acertadamente indica Tossi, la verdadera dicotomía no se produce entre titularidad individual y colectiva, sino entre titularidad difusa, en cabeza de los individuos, y titularidad en cabeza de los agentes consolidados del sistema contractual. Y desde tal perspectiva, de nada sirve reservar a los sindicatos la convocatoria de

²⁵ MACHADO, Daniel y PUSINERI, Pedro, *Titularidad del derecho a declarar la huelga*, Ponencia en las XXXV Jornadas del Colegio de Abogados de San Isidro, Buenos Aires, 2009.

huelgas si existe tal variedad de ellos que nada pueden garantizar. Afirma Ojeda Avilés que, como un bucle sorprendente, mientras los países del modelo latino tratan de abandonar el individualismo a la búsqueda del modelo sajón, la legislación británica rehúye el sindicalismo al exigir un referéndum de huelga en cada centro, para validarla únicamente en aquellos donde obtiene mayoría²⁶.

Krotoschin es uno de los que ha sostenido que, a partir del artículo 14 bis, la Constitución Nacional garantiza el derecho de huelga a los gremios, y que tal palabra estaba muy lejos de significar o ser sinónimo de asociación más representativa (o con personería gremial). Tomó tal posición a partir del debate en el seno de la Convención Constituyente. Allí, según Krotoschin, se habría sostenido que el derecho de huelga está conferido a una “pluralidad de trabajadores” unidos por el hecho de pertenecer a un mismo gremio, y sosteniendo que, por lo tanto, entendieron que la huelga no es un derecho del sindicato ni de la asociación profesional.

Por su parte, López²⁷ sostuvo que ha sido motivo de discrepancias, en la doctrina, la redacción constitucional por la cual se reconoce a los gremios el derecho de huelga. A su criterio, un sector de la jurisprudencia, por motivaciones prácticas más que jurídicas, es la asociación profesional, es decir, el sindicato.

Éste es el criterio que habría seguido, en su momento, la SCJBA, en julio de 1984, cuando en la causa “Leiva, Horacio y otros c/Swift Armour SA” la mayoría resaltaba: “Se infiere de los debates de la Convención Constituyente de 1957 y lo expuesto por el miembro informante de la Comisión pertinente que el derecho de huelga puede ser ejercido por una pluralidad de trabajadores unidos por el hecho de pertenecer al mismo gremio”.

Esta corriente ha tenido una práctica importante en Inglaterra, especialmente en los tiempos del gobierno de Margaret Thatcher. Esta gestión de gobierno, ante los permanentes reclamos en contra de las políticas ultraliberales de su gobierno, comenzó a demandar a los sin-

²⁶ OJEDA AVILÉS, Antonio, *Derecho Sindical*, 7ª ed., Tecnos, Madrid, 1995, p. 513.

²⁷ LÓPEZ, Justo, *Pasado, presente y futuro del Derecho Colectivo del Trabajo*, en *Derecho Colectivo del Trabajo* cit., p. 9.

dicatos por los daños causados a raíz de las huelgas declaradas ilegales, lo que ocasionó en Inglaterra la ruina económica de muchas organizaciones. De modo que la respuesta defensiva consistió en trasladar la responsabilidad de la declaración del conflicto a trabajadores individuales o grupos de ellos.

Ojeda Avilés²⁸ dice que la historia parece trabajar en contra del modelo latino, y se dan los pasos para una aproximación al modelo sajón al objeto de “robustecer las garantías y los controles institucionales sobre el conflicto, especialmente en los servicios esenciales”²⁹. Se pretende evitar la fácil utilización de las medidas de conflicto por quienes adolecen de escasa representatividad o estabilidad. El mismo autor, y en relación con lo previsto por la Carta Magna española, considera que los trabajadores pueden organizarse como mejor lo deseen para llevar a cabo la huelga, pues cualquier sujeto colectivo adoptado, desde una coalición o una asamblea, hasta un sindicato, viene legitimado por la Constitución española.

La OIT ha indicado que “no parece que el hecho de reservar exclusivamente a las organizaciones sindicales el derecho de declarar una huelga sea incompatible con las normas establecidas en el Convenio N° 87”³⁰.

En nuestro país, en cambio, esta convicción aparece ligada al interés de grupos de activistas enfrentados con las conducciones orgánicas que reivindican el derecho a declarar la huelga con, sin o contra la posición de las dirigencias sindicales.

b.2) *Orgánica restringida*

También llamada en nuestro Derecho como “teoría tradicional”. La misma ha sido sostenida, entre otros, por Antonio Vázquez Vialard, Máximo Monzón, Justo López y Jorge Sappia. Ellos entienden que la posibilidad del conflicto corresponde al sindicato con personería gremial.

Estos autores recurren a una reconstrucción interpretativa de la voluntad legislativa, que parte de la circunstancia o indicios de que a la

²⁸ OJEDA AVILÉS, ob. cit., p. 514.

²⁹ TREU, Tiziano *et al.*, *Sciopero e servizi essenziali*, Pauda, 1991, p. 22.

³⁰ *La libertad sindical*, párr. 361.

entidad más representativa se le asigna en forma genérica la capacidad de representar, de manera exclusiva, los intereses colectivos de los trabajadores (arts. 5° y 31, LAS) y según el monopolio que la ley de negociaciones colectivas (14.250) otorga, a ese sindicato, el monopolio de la negociación. Jorge Sappia dice que si se aspira a un modelo de conflictividad orientado a su solución negociada, no puede reconocerse capacidad jurídica de convocar y conducir el conflicto a instancias orgánicas que no están habilitadas para resolverlo luego de manera vinculante³¹. Posición, ésta, sostenida en la jurisprudencia, entre otros, en el caso “Zavaglia c/Artes Gráficas Rioplatense”, de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala II, expediente 26.795/05.

Esta teoría sostiene que existe una íntima conexión entre el medio empleado y la gravitación con que se lo utiliza por el mismo; va de suyo que éste es el sujeto activo, circunstancia que cabe caracterizarse no sólo por su significado sino por la modalidad operante que debe ser bien definida. La huelga no es la consecuencia de la libertad de trabajar o de no trabajar, considerada en su sentido individualista. Su carácter gremial determina la naturaleza del recurso, y por consecuencia, la del sujeto activo que la utiliza. No puede concebirse la huelga de una o varias personas, como no puede admitirse que el conflicto colectivo de trabajo de naturaleza económica lo planteen uno o varios trabajadores. Si la huelga es el medio que se utiliza para gravitar en la solución de un conflicto colectivo, lógicamente este medio únicamente puede ser empleado por quien plantea este conflicto, es decir, por el gremio³².

En su tiempo, Deveali mostró también su inclinación por esta teoría al decir: “El derecho de huelga resulta pues uno de los *derechos gremiales* y como tal puede ser legalmente sancionado y regulado a la par de todos los derechos de esta clase. Tal reglamentación resulta especialmente necesaria cuando se pretende atribuir a la huelga declarada por una asociación gremial efecto obligatorio para la totalidad de los trabajadores que realizan una determinada clase de actividades. Evidentemente, para admitir esta eficacia obligatoria es necesario el concurso de una serie de requisitos análogos a los que se requieren

³¹ MACHADO y PUSINERI, ob. cit., p. 7.

³² Íd., p. 91.

para reconocérsela a las convenciones colectivas. Se trata de establecer qué asociación gremial tiene la potestad de declarar una huelga que obligue también a los terceros, qué requisitos previos son necesarios y cuáles son las modalidades para su declaración, etcétera”.

Esta teoría, en colisión con los tratados internacionales de derechos humanos (en especial, el PIDESC), la Declaración Sociolaboral del Mercosur (art. 11), de los precedentes de nuestro superior tribunal “ATE” y “Rossi” y, en especial, en la causa “Orellano”.

b.3) *Orgánica amplia o plural*

Esta posición parte de la necesidad de existencia o presencia de un asociación sindical, aunque ésta no fuere mayoritaria o no contara con la personería gremial indicada en el artículo 25 de la LAS. Parte del supuesto de que este criterio se encuentra implícito en el concepto que entiende a la huelga a partir de la “abstención concertada” que presupone un ámbito institucional en el que esa concertación tiene lugar. Corriente sostenida por Néstor Corte y determinaciones de nuestro máximo tribunal en varios pronunciamientos, tales como “Riobó c/La Prensa SA” y “Orellano c/Correo Oficial de la República Argentina”.

En esta instancia, y a partir del caso “Orellano”, la cuestión ha quedado circunscripta a lo que podríamos mencionar como teoría orgánica plural o amplia, es decir, el ejercicio por una entidad sindical, independientemente de si estuviera inscripta o tuviera la personería gremial. Este criterio, sostenido por López, que citara la doctrina ya sentada por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT y del Comité de Libertad Sindical, que visualizaban a la huelga como un derecho compartido por los trabajadores y las organizaciones de todo tipo conformadas por ellos (art. 10, Convenio N° 87).

A partir de “Orellano” ya no es posible referirse al sindicato “con personería gremial”, sino que deberíamos partir de la organización sindical, con personería gremial o bien simplemente inscripta. Este decisorio, si bien recibió algunos cuestionamientos, redujo el debate en torno al “sindicato” en sentido amplio o, como muchos denominan,

de acuerdo a la terminología del constituyente, como “gremios”, y excluyó, de la tutela legal, a la medida llevada adelante por una pluralidad de trabajadores (sin organización formal) o las simples coaliciones.

Orellano y después.

La causa “Orellano, Francisco Daniel c/Correo Oficial de la República Argentina SA s/Juicio sumarísimo” fue promovida por el actor a raíz de su despido, junto a otros trabajadores, todos ellos del Correo Oficial. El motivo del despido fue en razón de su participación en la convocatoria y realización de medidas de fuerza. El criterio de la patronal fue que debía considerarse ilegítima porque no contaron con el aval del sindicato que representaba al personal, que eran cuatro entidades con personería gremial (FOECYT, FOECOP, AATRAC y FEJEPROC). El trabajador reclamó la nulidad del despido dispuesto por su empleador en los términos de la ley 23.592 (conocida como “Ley Antidiscriminatoria”), solicitando su reinstalación. La sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo admitió la demanda porque se trató de un hecho colectivo encuadrable en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional y en el Convenio N° 87 de la OIT que debía ser interpretado con amplitud a la luz de la doctrina sentada en los fallos “ATE” y “Rossi” oportunamente dictados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Recurrido ante el máximo tribunal, rechazó ese argumento señalando que las medidas de fuerza en las que participó el trabajador en modo alguno podían considerarse legítimas.

Entre los principales conceptos, el máximo tribunal sostuvo que la huelga no sólo perjudica al empleador, también afecta a los destinatarios de dichos bienes y servicios, es decir, a los consumidores o usuarios. Vinculó a los derechos del empleador con derechos de terceros o de la sociedad que también están amparados por la Constitución Nacional (el derecho a la educación, a la protección de salud, a la adquisición de bienes para una adecuada alimentación y vestimenta, a que se asegure la calidad y eficiencia de los servicios públicos, etc.). Esa tensión entre derechos de difícil armonización ha sido resuelta subordinando el ejercicio del derecho de huelga al cumplimiento de determinadas condiciones o recaudos. Y uno de esos recaudos es el de que la decisión de ir a la huelga sea adoptada por una asociación gremial.

La Corte recordó que el derecho a huelga fue incorporado al texto de la Constitución Nacional cuando la reforma de 1957 agregó el artículo 14 bis. Este artículo consagró una serie de derechos de carácter laboral y social que habían adquirido reconocimiento universal durante la primera mitad del siglo XX por vía de su inclusión en las cartas constitucionales de diversos Estados. En el primer párrafo, el artículo 14 bis 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”. También sostuvo que el segundo párrafo del artículo 14 bis de la Constitución Nacional estableció: “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 otros 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”.

El tribunal hizo hincapié en 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. 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 cum-

plen con todos esos recaudos como a simples grupos informales a los que no les exige satisfacer ninguno de ellos.

Hector García³³ dice, en el considerando 7º de la sentencia, que se envuelve en un mismo concepto a “la huelga y a las medidas de acción directa asimiladas a ella”, entre las que menciona ejemplificativamente a los “paros intermitentes”, el “trabajo a reglamento” y el “trabajo a desgano”, unificándolas en la noción común de “abstención a retaceo de la prestación laboral por parte de los trabajadores como medio de presión para lograr que se satisfagan ciertas reclamaciones previamente expresadas”. Esta construcción conceptual posee reminiscencias de Francesco Santoro-Passarelli y Justo López, el primero de los cuales se encuentra citado en otro párrafo de los mismos considerandos.

Coincidiendo con Cuartango³⁴, el fallo “Orellano” tiene su nudo y su esencia en el acápite 8, porque en este punto el cimero tribunal interpreta los contenidos del segundo párrafo del artículo 14 bis, ejerciendo de esta manera la función que le es propia; pero, además, en el acápite 14 de la sentencia la Corte realiza una precisión muy importante que tiene directa incidencia sobre toda la interpretación del Derecho Colectivo del Trabajo en nuestro país, cuando extiende a todas las entidades que hayan cumplido los requisitos necesarios para acceder a la inscripción en el Registro especial.

En definitiva, después de más de cincuenta años, nuestro tribunal cimero estableció jurisprudencia respecto al tema de la titularidad de la huelga. Es indudable que han quedado interrogantes sin solución, ya que no se trata de otorgar soluciones legislativas. Es cierto que aún existen zonas grises, tales como la situación de trabajadores sin representación sindical en su ámbito o empresa, nuevas actividades producto de los cambios tecnológicos (trabajadores de plataformas, aplicaciones, Uber, etc.) o en los casos de fuertes enfrentamientos entre las bases y las cúpulas sindicales. “Orellano” fue avance, ya no se circunscribe la discusión de esa titularidad en referencia al sindicato

³³ GARCÍA, Héctor O., *Quiénes son titulares del derecho de huelga*, en *Derecho del Trabajo*, Año LXXVI, N° 07, julio de 2016, p. 1532.

³⁴ CUARTANGO, Gonzalo, en *Derecho del Trabajo*, Año LXXVI, N° 07, julio de 2016, p. 1571.

con personería gremial (teoría clásica), el resto será producto del debate y del compromiso de los sectores involucrados, y de la propia política, para ir, de tal forma, logrando consensos en reglamentaciones plurales y con vigencia en la realidad social.

c) *Teorías intermedias*

Amén del resumen de lo que entiendo como las principales teorías relativas a la titularidad del instituto, me interesa resaltar aquellas que sin negar las bases principistas de las indicadas, en especial de la llamada “orgánica plural o amplia”, no dejan de observar la existencia, en los conflictos que devienen en la huelga, de ciertas circunstancias que muchas veces no están contenidas en las posiciones que analizáramos, y no por ello dejan de contener los elementos estructurales de la huelga y menos aún pueden ser ignoradas por el Estado y la sociedad. Al respecto me tomo el atrevimiento de vincular las que sostienen los prestigiosos Jorge Elías y Eduardo Álvarez.

En efecto, Álvarez³⁵, a quien se asocia a la posición llamada “causista”, dice que no es posible dar una respuesta única y definitiva al tema de la huelga. Debe analizarse la tipología del conflicto, ámbito y finalidad con la que la huelga transcurre. Ejemplifica la huelga desarrollada por trabajadores “no registrados”, a lo que bien podríamos incluir los de las modernas aplicaciones, o de aquellos sin representación gremial, por suspensión de actividades gremiales o de acefalía sindical. Y entonces deberíamos preguntarnos: ¿Cuál es el destino de esos trabajadores? ¿No son sujetos de derecho y sin tutela legal?

El mismo autor resume su posición en que “prescindir de la naturaleza múltiple que puedan asumir las controversias, para solidificar con rigidez el concepto de sujeto, lleva, pues, a resultados erróneos y habría que analizar la cuestión desprovistos de una perspectiva dogmática”.

Similar alcance, a mi entender, podríamos adjudicar a la teoría que se denomina “el realismo democrático”, sostenida por Jorge Elías, quien dice que nunca hay que perder de vista que la huelga, desde su origen como institución social y en su práctica cotidiana, es una cuestión “de

³⁵ ÁLVAREZ, Eduardo, en *Derecho Colectivo del Trabajo* cit., p. 575.

hecho”. Cuando el conflicto estalla lo conduce quien lo conduce, siempre que un número importante de trabajadores lo acompañe, y tanto el Estado como los propios empleadores, que tienen interés en buscar una solución, han de terminar negociando con esa conducción de hecho sin preocuparse demasiado por la capacidad “de derecho” que tenga para asumir esa representación.

V. La huelga y el daño

Al analizar el derecho de huelga, y en particular la referencia a elementos estructurales o “factores estructurales” según definición de Krotoschin, nos tenemos que remitir a la “modalidad” de ejercicio de la huelga y, en otro caso, a “el daño” o intención de dañar.

Debemos partir de la premisa, como menciona Smuraglia³⁶, de que el derecho de huelga es un instrumento que viene reconocido a los trabajadores para que ellos mismos, que son sus más directos destinatarios, realicen un cierto grado de justicia social. Es por ello que si se trata de lograr un mayor equilibrio en el complicado trance de la justicia distributiva, el mismo no es posible si esa contienda no comprende, al menos, un intento de discutir la distribución de la riqueza en sociedades complejas y determinadas por las reglas del capitalismo. Y como es lógico suponer, esto no resulta posible sin fricciones, confrontaciones y controversias diversas. Es entonces que muchos autores hablan de una forma particular de violencia y otros aún más allá, como expresaba Carnelutti: “derecho de huelga y derecho de guerra tienen el mismo valor”. Esa apreciación también fue, a su turno, abonada por Unsain³⁷, quien afirmaba: “hay que insistir en la idea, ciertamente no nueva, de que la huelga participa en mucho de la guerra”. Es la guerra interna, insistía el autor, la exteriorización aguda –aunque no la más grave– de la lucha de clases. Desde luego, como la guerra, constituye la huelga una demostración de violencia. Como refería Sorel, cuando decía que la belleza de la huelga reside precisamente en que ella es la perfecta expresión de la violencia.

³⁶ SMURAGLIA, Carlo, *La Costituzione e il sistema del Diritto del Lavoro*, Milano, 1950, p. 207.

³⁷ UNSAIN, Alejandro, *Naturaleza de las huelgas*, en *La huelga* cit., p. 288.

Otros entienden que las contradicciones que provoca el ejercicio de la huelga derivan del estado de luchas de clases subsistente en las sociedades dependientes. François Latour³⁸ decía que la huelga es, jurídicamente, una simple facultad; políticamente, una libertad necesaria; socialmente, una amenaza saludable; y filosóficamente, un ensayo colectivo de presión.

Es importante remarcar que la huelga persigue como objetivo inmediato causar un daño al empleador, y de tal forma sostener un estado de amenaza, que de continuar o repetirse el perjuicio derivado de las consecuencias de la huelga se agravaría por la extensión temporal o por sucesivos hechos de igual naturaleza. La conocida expresión popular “medida de fuerza” no traduce sino eso, que se trata del ejercicio de una presión tendiente a forzar u obligar a la otra parte (empleador) que haga algo o conceda un beneficio, el que de otra forma, ya sea espontánea o derivada de la negociación, no lo haría. Lo dicho explica las razones que llevan a los detractores de este derecho de cuestionar el carácter extorsivo de ciertos conflictos. Quienes ordenan su visión del mundo a partir de la idea de la voluntad libre de las personas jurídicamente iguales sienten como inaceptable que alguien pudiese ser forzado contra su voluntad o interés. Eso también cuando cuestionan a la huelga no como derecho, sino en referencia a sus métodos. En su imaginación sueñan con el imposible de un conflicto que sea “armónico”, inofensivo, que no perjudique ni altere a nadie, que no cause daños. Es decir que si bien admiten a la huelga, lo es a condición de que no sea huelga. Pero está de más afirmar que privar a la huelga de su esencia coactiva es condenarla como al más absoluto de los fracasos.

Lo que vincula, sin lugar a dudas, las reglas esenciales de la teoría general del Derecho al fenómeno de la huelga se relaciona con la finalidad inmediata de ésta, o sea, el daño. Reitero, la huelga se produce para provocar un daño, más allá de que no se agote en su sentido teleológico, propósito que persigue la reafirmación u obtención de un beneficio en función del grupo que la efectiviza.

Álvarez³⁹, citando a Sinay, lo vincula a la nocividad necesaria y

³⁸ *Les grèves et la législation*, Paris, 1912, p. 2.

³⁹ ÁLVAREZ, Eduardo, *Conflicto colectivo y derecho de huelga*, en *Derecho Colectivo del Trabajo* cit., p. 569.

esencial de la huelga, y menciona que el concepto de derecho de huelga como “poder jurídico de causar un perjuicio absteniéndose de cumplir con la prestación laboral como instrumento de presión sobre la voluntad del empleador, para compeler a la aceptación de un beneficio o a la efectivización de lo establecido por una norma preestablecida”.

El daño que conlleva la huelga consiste en una lesión económica (y ocasionalmente moral) al titular de los medios de producción, por lo cual, como bien afirma García⁴⁰, más que una excepción al principio general que impide dañar a otro (*alterum non lædere*) la huelga implica un derecho a dañar al más alto nivel normativo. Coincidiendo con el prestigioso académico, la acción del conflicto se lleva a cabo para causar algún daño, aunque ello no agote su finalidad, ya que el propósito de su ejercicio reside en obtener o salvaguardar un beneficio para el grupo de trabajadores que lo efectiviza.

Simi sostenía que el daño es el elemento característico de la huelga y que constituye el modo de ejercer la presión por parte de los trabajadores. Alonso García⁴¹ agrega que la abstención, que conlleva el ejercicio de la huelga, ha de realizarse con la aplicación del principio de buena fe, de tal manera que el ejercicio de ese derecho no implique una agravación deliberada o daño especial al que le causa al empleador la sola paralización de las tareas.

Toda huelga está precedida de un conflicto, por lo general derivado de la negativa patronal a la concesión de ciertas reivindicaciones obreras. Podríamos decir que es el estallido o exteriorización de ese conflicto previo. Esa presión va dirigida al interés económico del empresario y ello es lógico, por cuanto que sin ese componente sería ilusoria una conclusión beneficiosa para el interés profesional de quienes generaron y llevaron adelante el desarrollo del proceso conflictivo que devino en la huelga. Ese daño, al que me estoy refiriendo, es destinado al empleador, y otras veces va más allá, ya que los objetivos de perjuicio son destinados al Estado o a la economía general o regional, para de tal forma lograr que el Estado modifique conductas o adopte otras,

⁴⁰ GARCÍA, Héctor O., *El derecho de huelga*, en *Tratado de Derecho Colectivo del Trabajo* cit., p. 559.

⁴¹ ALONSO GARCÍA, Rosa M.ª, *Derecho Procesal del Trabajo*, Barcelona, 1963, t. I, p. 142.

que los trabajadores consideran necesarias, siendo esta modalidad más amplia del conflicto, o también de las llamadas “huelga de solidaridad” o la “huelga política”. En este último caso ya no estaríamos en presencia de la llamada “huelga contractual”, sino de la que la doctrina denomina “institucional o civil”. Estas huelgas pretenden la defensa de cuestiones que van más allá del contrato de trabajo, para involucrarse en motivos que afecten a la clase trabajadora y que hacen a la “...defensa de los intereses de los trabajadores...” (art. 2º, ley 23.551).

Respecto al análisis del daño, la doctrina ha desarrollado la teoría del llamado “daño razonable”, que se vincula a las consecuencias que produce “el no hacer de los trabajadores”, siendo ejemplo de ello la falta de producción, ventas, imposibilidad de cumplir compromisos con clientes, faltas de percepción de impuestos o resolución de trámites (casos de empleo público), etcétera, situación que no tiene relación alguna con eventuales destrucciones de maquinarias u otros elementos de la patronal, siendo allí materia de responsabilidad personal sus autores. Por otra parte, siguiendo la doctrina italiana, se habla de “daño injusto”. Estos autores mencionan la necesidad de relación entre el daño y las pérdidas derivadas de la abstención temporal en el normal cumplimiento de las prestaciones laborales, la que se encontraría compensada con la falta de pago de los salarios a los huelguistas. Giuni, al hablar de los “límites externos” del derecho de huelga, cuestionó las limitaciones que se pretendían imponer a la huelga mediante la aplicación de esa teoría del daño injusto. Decía Giuni que no puede supeditarse su licitud a las dimensiones cualitativas que no surgen de norma alguna y que, en definitiva, implica el debilitamiento del derecho de huelga.

VI. A modo de reflexión

Analizar tan fascinante y trascendente instituto social no es tan sencillo, ni el mismo puede ser realizado en abstracción de los sentimientos y compromisos ideológicos de quien lo realice. Además, también resulta admirable el derrotero, no sin adversidades –muchas veces crueles– que logró superar la huelga hasta llegar a su definitiva tutela legal. En tal sentido, puede que resulte complicado determinar un punto

de inicio, pues la historia de la humanidad está llena de actos heroicos y rebeliones contra las tiranías y poderosos de turno. Y la huelga, en alguna medida, tiene mucho de ese contenido.

Ahora bien, iniciar el estudio de la huelga (y sus implicancias) es impensado hacerlo sin recordar, por lo menos, aquellos valerosos utópicos que siglos antes soñaron con la asociación gremial como herramienta de construcción colectiva, y a la huelga como instrumento de lucha, al menos para intentar torcer el curso de los acontecimientos que día a día los alejaban de una vida digna y en libertad. Fue la posibilidad de enfrentar la injusticia y el sometimiento. Y así fue escalando, desde una posición natural, su inclusión en textos constitucionales y supranacionales y llegar, de tal forma, a ser considerada como derecho esencial, fundamental o humano laboral.

Por otra parte, y más allá del estudio y análisis de carácter teóricos que se puedan formular, también debemos decir, y así lo creo después de haber navegado por innumerables conflictos, que resulta difícil su comprensión si no observamos la realidad que, a modo de borbotones, emerge de las contradicciones sectoriales, producto de las grietas de una sociedad profundamente desigual. Es por ello que si bien es cierto que debemos partir de los esquemas teóricos, que son los que permiten una mayor comprensión, pero no es menos cierto que la huelga, de manera alguna, pueda analizarse, alejarla ni excluirla de nuestra realidad, es decir, de la sociedad en la que nos desenvolvemos y en la que la huelga se canaliza. Se trata de lograr un justo equilibrio de lo que Antoine Jeammaud denominaba “la biblioteca y la calle”.

La huelga, como fenómeno y máxima expresión del conflicto, tiene muchas y diversas causas. Nunca son lineales ni responden a un único patrón. Cada conflicto tiene sus propias particularidades y orígenes. En muchas oportunidades lo son por razones estrictamente profesionales. Otras, tienen motivaciones que surgen de disputas de vieja data, necesidades internas, más relacionadas –a veces– a “tacticismos gremiales”, y otras a motivaciones políticas o ideológicas; o también, a la intransigencia, terquedad o mala fe empresaria, pero en el fondo, siempre estarán presentes las contradicciones emergentes de los intereses contrapuestos y la puja por la distribución de la riqueza.

En definitiva, después de varios siglos, las banderas siguen flameando y la utopía por una sociedad más justa sigue intacta. Sólo basta recordar a Cervantes, cuando Quijote le decía a Sancho: “Todas estas borrascas que nos suceden son señales de que presto ha de serenar el tiempo y han de sucedernos bien las cosas, porque no es posible que el mal ni el bien sean durables, y de aquí se sigue que, habiendo durado mucho el mal, el bien ya está cerca”.

EL DERECHO DE HUELGA: MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL. AVANCES Y RETROCESOS

por **VIVIANA MARIEL DOBARRO**

SUMARIO: I. Introducción. II. La reglamentación del derecho de huelga con anterioridad a su reconocimiento constitucional. III. El reconocimiento constitucional del derecho de huelga. IV. La reglamentación del derecho de huelga con posterioridad a su reconocimiento constitucional. V. Estado actual de la reglamentación. 1. Constitución Nacional y tratados con jerarquía constitucional. 2. Otros tratados internacionales y convenios de la Organización Internacional del Trabajo. 3. Leyes 14.786 y 25.877. 4. Decreto 272/2006. VI. Lineamientos jurisprudenciales en torno al derecho de huelga. 1. Concepto. 2. Titularidad. a) Corte Suprema de Justicia de la Nación. b) Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. 3. Salarios durante la huelga. 4. Finalidad de la huelga. Daño producido. 5. Despido por huelga. 6. Reincorporación de los despidos por huelga. 7. Acto discriminatorio por razones gremiales. 8. Actos intimidatorios. Violencia en contexto de huelga. 9. Despido del delegado gremial por su participación en la huelga. 10. Conflictos colectivos de trabajo y conciliación obligatoria. 11. Calificación de la huelga y sus efectos. VII. Conclusiones.

I. Introducción

Nos proponemos analizar un instituto central para el Derecho del Trabajo, tanto en su faceta individual como colectiva. En particular, por su relevancia en los orígenes, desarrollo y consolidación de esta rama del Derecho.

Reiteradamente hemos remarcado el carácter dinámico de esta materia; ese dinamismo tiene –en gran medida– vinculación con la per-

manente oscilación entre la negociación y el conflicto. Las relaciones del trabajo, tanto individuales como colectivas, han ido modificando sus contenidos y sus límites al influjo del conflicto y la negociación, lo que pone en evidencia, también, el rol preponderante que a los actores sociales (particularmente, trabajadores y trabajadoras, sindicatos y sector empresarial) les cabe en este derrotero de avances y retrocesos que la historia de las normas laborales registra.

En tal sentido, debemos recordar que el Derecho del Trabajo nació y se desarrolló al influjo de la lucha obrera, trabajadores y trabajadoras que ante las extremas condiciones en las que prestaban tareas fueron agrupándose y poniendo en marcha acciones de corte sindical. Es decir, la presión y la lucha llevada a cabo por las asociaciones de trabajadores y trabajadoras que, desde el siglo XIX, funcionaron primero al margen de la ley por encontrarse proscriptas (etapa de represión), más tarde toleradas al derogarse las prohibiciones y luego reconocidas como entidades de Derecho en la mayoría de los países industrializados (etapas de tolerancia y de reconocimiento legal, respectivamente). Finalmente, se receptó normativa y constitucionalmente el derecho a constituir asociaciones profesionales como un derecho independiente del genérico derecho a asociarse, plasmado en la mayoría de los ordenamientos jurídicos y las constituciones modernas, así como en los pactos y tratados internacionales. El derecho de huelga y el de negociar colectivamente han recorrido un trayecto similar. Este devenir histórico, que se advierte con notable claridad en Inglaterra y Francia desde el siglo XVIII en adelante, no ha sido lineal en nuestro país, en especial por la influencia que los golpes de Estado y los gobiernos de facto han tenido en la legislación laboral.

Los trabajadores y las trabajadoras encontraron en la asociación sindical y en la acción colectiva una vía apta para lograr cierto equilibrio en la discusión de condiciones de trabajo aplicables a la categoría, en un plano de relativa igualdad de la que individualmente carecían. Así se formaron coaliciones, asociaciones o sindicatos que persiguieron la defensa de los intereses de trabajadores y trabajadoras. Por dichos carriles lograron, a veces por la vía pacífica y otras recurriendo a medidas de fuerza, que la intervención del Estado se concretara en leyes tendientes a impedir su explotación.

También directamente, o con intervención estatal, se lograron acuerdos con el sector empresarial, estableciéndose de tal forma normas regulatorias de las condiciones de trabajo en su ámbito específico. Estos acuerdos, denominados convenios colectivos de trabajo, la mayoría de ellos precursores de la legislación del trabajo, han fijado condiciones de trabajo imperativas para quienes fueron representados en su negociación.

Es decir, ha sido la intervención del sindicato la que ha contribuido para lograr una cierta igualación del poder de negociación de las partes, mejorando la hiposuficiencia que caracteriza a trabajadores y trabajadoras en el marco de una negociación individual.

El poder sindical ha alcanzado distintos niveles, de conformidad con las circunstancias sociales, políticas y económicas reinantes en las diferentes etapas históricas y, en consecuencia, en determinadas épocas se ha visto incrementado, y en otras ha disminuido notablemente, mientras, a la par, las medidas de fuerza fueron exitosas o han fracasado, y en la negociación colectiva se consiguieron mayores o menores reivindicaciones.

Explica Fernández Madrid¹, con referencia al Derecho Colectivo del Trabajo, que “...estamos ante una compleja trama normativa que forma vínculos diversos, todos los cuales de una u otra forma apuntan a la situación del trabajador en el contrato individual. Y a este respecto [...] el Derecho Colectivo es instrumental respecto del Derecho individual, desde que se estructura en todas sus manifestaciones para intentar superar la desigualdad que se da en el contrato y conseguir la creación y plena vigencia de derechos inderogables. Estos derechos han de provenir del convenio, han de ser arrancados a través del conflicto o se han de originar en la acción política del sindicato [...] No hablaríamos hoy de un Derecho protector y por tanto del principio protectorio si la acción sindical tutelar no se hubiera dirigido a la creación de normas imperativas promocionadas por el Estado, ya sea como expresión de la autonomía colectiva o como manifestación de la norma estatal...” En definitiva, sostiene el citado autor que “...el Derecho del Trabajo es un Derecho del siglo XX, que nace y se es-

¹ FERNÁNDEZ MADRID, Juan C., *Tratado práctico de Derecho del Trabajo*, La Ley, Buenos Aires, 1989, t. I, ps. 7 y ss.

estructura después de una larga lucha social, cuyos protagonistas fueron los trabajadores, agrupados en asociaciones, que contaron con el apoyo de la Iglesia, de organismos internacionales y de ideólogos políticos. No es un Derecho gestado pacíficamente sino arrancado al régimen capitalista y liberal bajo las formas imperantes en los siglos XVIII y XIX. Este Derecho implicó el reconocimiento de la dignidad del trabajo que resulta fruto de ese largo proceso histórico que traduce [...] la lucha por la obtención de la ‘justicia social’...”

Por su parte, Gialdino² ha dicho que el derecho de huelga resultó y resulta un instrumento sin el cual sería más que dudoso poder “civilizar el liberalismo económico”; que su ejercicio ha servido de “derecho a la transformación del Derecho”, dando nacimiento a derechos sociales fundamentales que, posteriormente, se extendieron al conjunto de la población.

Es este carácter instrumental del Derecho Colectivo del Trabajo, respecto del Derecho individual, el que el Estado y los actores sociales, especialmente las asociaciones sindicales, no pueden olvidar en períodos en que las relaciones laborales parecen retornar a la desprotección reinante durante los siglos XVIII y XIX, y, por lo tanto, se requiere que el movimiento obrero –a través de la acción sindical– reasuma el rol que ha impulsado el desarrollo del Derecho del Trabajo, la lucha en procura de mejores condiciones de vida y de labor para trabajadores y trabajadoras (arts. 2º y 3º, ley 23.551) a fin de colaborar en la construcción de un verdadero Estado Social de Derecho, tal como lo consagra la Constitución Nacional reformada en el año 1994³.

El ejercicio del derecho de huelga, como una de las distintas manifestaciones que puede asumir la acción sindical, constituye una herramienta esencial para la lucha de los sindicatos y para la concreción de sus fines⁴. A la par que, en su faceta individual, constituye una de las expresiones de la libertad sindical.

² GIALDINO, Rolando, *La Corte Suprema y la titularidad del derecho de huelga. El caso “Orellano”: un regreso al siglo XIX*, en *Revista Derecho del Trabajo* 2016 (octubre), p. 2367.

³ Art. 75, incs. 17, 19 y 23, y arts. 42 y 43, CN.

⁴ RUIZ, Álvaro Daniel; GAMBACORTA, Mario L. y DENIS, Diego Martín, *Los límites de las facultades de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y*

No puede hablarse de libertad sindical sin aceptar los derechos esenciales que le son inherentes y que se traducen, en la esfera interna, en las aptitudes de constitución de sindicatos, de nucleamiento gremial y de organización de la vida interna de los sindicatos, y, en la esfera externa, en sus capacidades de representación, de negociación y de conflicto, cuya expresión fundamental es la huelga. No es ocioso recordar que la libertad sindical es un derecho fundamental de la persona humana, a la par que su titularidad también es colectiva. De allí la complejidad de cualquier análisis que al respecto se intente.

Ha dicho Caubet⁵ que “...los denominados medios de autodefensa o de autotutela colectiva son manifestaciones ligadas al surgimiento y al desarrollo de los sindicatos. Se trata de comportamientos en que las partes alteran la paz laboral –y en algunos casos, incluso la normal convivencia social– a través de la presión concertada, dirigida hacia el Estado, tratando de hacer valer sus pretensiones generales o sectoriales para lograr la aceptación total o parcial de éstas, apartándose de los medios pacíficos de solución de conflictos [...] La huelga, como medio de autotutela colectiva, es el último remedio para la solución de un conflicto. El reconocimiento del derecho de huelga y su posterior consagración en el plano constitucional implicó admitir la licitud de un daño originado por la abstención del trabajo...”

Al decir de Álvarez⁶, con cita de Javillier, para analizar el fenómeno de la huelga el Derecho ha debido pensar uno de sus tácitos axiomas esenciales: aquel que recriminaba la vía de hecho destinada a producir un daño para lograr una conducta.

La importancia que ha tenido y tiene el ejercicio del derecho de huelga en el ámbito de las relaciones sociales y laborales, en especial como exteriorización del conflicto laboral, y como mecanismo de presión dirigido hacia la empresa y el Estado ha hecho que se intentara

Recomendaciones, y la pretendida ausencia del reconocimiento del derecho de huelga en el marco de la Organización del Trabajo (OIT), en Revista Derecho del Trabajo 2013 (mayo), p. 966.

⁵ CAUBET, Amanda B., *El derecho de huelga en la Argentina*, en *Revista Doctrina Laboral*, Nº 169, t. XIII, Errepar, Buenos Aires.

⁶ ÁLVAREZ, Eduardo, *Conflicto colectivo y derecho de huelga*, en AA. VV., *Derecho Colectivo del Trabajo*, La Ley, Buenos Aires, 1998, p. 566.

reiteradamente su reglamentación, en algunos casos con mayor respeto de la libertad y autonomía sindical, y en otros períodos avanzando notablemente sobre dichos principios.

Resulta innegable que la forma o el modo en que se ha intentado reglamentar el derecho de huelga en el mundo entero, y a través de las distintas etapas históricas, ha estado condicionado por la concepción que del “conflicto” y de la “paz social” –desde una perspectiva filosófica, sociológica e, incluso, política– se ha tenido en cada momento.

Explica Corte⁷, tras una pormenorizada descripción de las distintas concepciones sobre la conflictividad social, desde la perspectiva de la sociología (Comte, Spencer, Pareto, Weber, Parsons, entre otros), a partir de la postura filosófica de Kant y Hegel que aplican a la sociedad el concepto de Darwin sobre la lucha como factor de evolución (Lewis Coser y Ralf Dahrendorf, entre otros), o la que vincula la confrontación y la negociación como fases complementarias de un mismo proceso, que “...de las ya reseñadas concepciones diametralmente opuestas acerca de la conflictividad social y laboral depende, en definitiva –como nos lo recuerda Javillier–, el criterio que se sustente acerca de la función del Derecho del Trabajo con relación a estos conflictos colectivos [...] para la teoría que encuentra en ellos un accidente o disfunción patológica y negativa, la intervención del ordenamiento jurídico y del Estado consistiría en eliminar tales conflictos o –por lo menos– reducirlos a su mínima expresión. Para la posición opuesta, que ve en esos conflictos y tensiones algo inmanente a las sociedades modernas, ninguna solución real y efectiva puede alcanzarse con la eliminación, supresión o represión de las manifestaciones externas de divergencias que permanecen latentes y al no hallar solución siguen expresándose cotidianamente en el desarrollo anormal de las relaciones de trabajo (ausentismo, impuntualidad, abandono de tareas, insubordinación, y otros actos de indisciplina, falta de dedicación y bajo rendimiento; ejercicio abusivo, irrazonable o discriminatorio de los poderes empresariales) para reaparecer con frecuencia en nuevos estallidos. El ordenamiento jurídico debe reconocer, por lo tanto, la existencia real de estas formas de lucha –sin fomentarlas– para prevenirlas, encauzarlas o institucio-

⁷ CORTE, Néstor T., *Regulación de la huelga en los servicios esenciales*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1991, ps. 12 y ss.

nalizar su ejercicio evitando manifestaciones abusivas o generadoras de un grave daño social, ofreciendo técnicas o procedimientos de composición pacífica que reconduzcan los conflictos abiertos a la paz social, mediante la consecución de un equilibrio aceptable para la coexistencia de las partes, aun cuando sea transitorio y no configure una solución estática y menos todavía definitiva, desiderátum éste tal vez inalcanzable y que pone de relieve el carácter inacabado, siempre perfectible, de toda regulación jurídico-laboral...”

Álvarez considera que la atribución del derecho a un sujeto monopólico se debe a razones históricas y pragmáticas, que hicieron canalizar la conflictividad colectiva, al menos en el caso argentino, en un diseño que concluía en una norma de efectos análogos al convenio colectivo. Asimismo, esta posición es coherente con un concepto limitativo de la huelga, que se concebía exclusivamente como arma en los denominados conflictos de intereses o de revisión y no resultaba admisible para aquellos que denominamos “huelga de acatamiento”, que está destinada a obtener el cumplimiento de los derechos emergentes de una norma y no a la creación de un nuevo ordenamiento de mayor beneficio⁸.

Sostiene Etala⁹ que la elaboración de una definición jurídica de la huelga debe ser el resultado de la aprehensión colectivamente compartida de un hecho social, apreciada a la luz de las normas vigentes y la efectiva aplicación por los tribunales.

Por último y a modo de síntesis, García¹⁰ ha dicho que el significado de la noción de huelga no puede ser despojado del contenido reivindicativo-emancipatorio que conllevan tanto el ejercicio histórico de este derecho por parte de los trabajadores como su plasmación normativa, orientada hacia la autotutela del interés colectivo de una determinada clase social dentro del sistema democrático y capitalista, en

⁸ ÁLVAREZ, Eduardo, *Los conflictos colectivos de trabajo y el derecho de huelga*, en SIMÓN, Julio C. (dir.) y AMBESI, Leonardo (coord.), *Tratado de Derecho Colectivo del Trabajo*, La Ley, Buenos Aires, 2012, t. II, p. 448.

⁹ ETALA, Carlos A., *Derecho Colectivo del Trabajo*, Astrea, Buenos Aires, 2001, p. 350.

¹⁰ GARCÍA, Héctor Omar, *El derecho de huelga*, en SIMÓN (dir.) y AMBESI (coord.), *Tratado de Derecho Colectivo del Trabajo* cit., t. II, p. 517.

aras de la cual el ordenamiento jurídico garantiza la oponibilidad *erga omnes* de su eficacia autoejecutiva. El derecho de huelga, así reconocido, se erige en instrumento de promoción de la efectiva participación de los trabajadores en las transformaciones económico-sociales.

En el concreto caso argentino, la reglamentación del derecho de huelga ha tenido fundamentalmente dos vertientes distintas: la jurisprudencial y la normativa.

II. La reglamentación del derecho de huelga con anterioridad a su reconocimiento constitucional

Entre las primeras disposiciones que –por una u otra vía– pusieron algún tipo de límite al ejercicio del derecho de huelga, podemos citar¹¹:

- La Ley de Residencia (ley 4144), de 1902, que permitió expulsar a todo extranjero que perturbase el orden público. Esta norma fue utilizada principalmente en contra de los obreros y dirigentes sindicales que llegaron a nuestro país provenientes de Europa imbuidos de las ideas socialistas y anarquistas allí imperantes.
- La Ley de Defensa Social (ley 7029), de 1910, que en el artículo 25 reprimía con prisión de 1 a 3 años y pérdida de la ciudadanía (si se trataba de un extranjero naturalizado) a quien, por medio de insultos, amenazas o violencia, intentase inducir a una persona a participar en una huelga o boicot.
- En 1921 se sancionó el Código Penal, que incorporó entre las figuras tipificadas los delitos contra la libertad de trabajo (art. 158) y reprimía al trabajador que ejerciere violencia sobre otro para compelerle a tomar parte en una huelga o boicot.
- El decreto 536/45 sobre represión de delitos contra la seguridad del Estado, que en su artículo 32 tipificaba el sabotaje e incriminaba a quienes realizaren cualquier acto no previsto especialmente en el Código Penal con el propósito de impedir o

¹¹ DOBARRO, Viviana M., *La reglamentación del derecho de huelga. Estado actual de la cuestión*, en *Revista Doctrina Laboral*, N° 185, Errepar, Buenos Aires, enero de 2001, ps. 37 a 56.

disminuir el rendimiento de la producción industrial, desaprovechar o destruir la energía, las materias primas y las maquinarias. Además, las penas se agravaban si los actos se cumplían en establecimientos o depósitos afectados a la defensa nacional. También se contemplaba la causa de daños a la producción, a las materias primas, a la energía o a las maquinarias por negligencia, imprudencia, impericia o inobservancia de los reglamentos y deberes del cargo. El artículo 33 sancionaba a quien hiciera cesar o suspender el trabajo por motivos extraños al mismo, o provocare tendenciosamente cuestiones económicas, sociales o políticas para entorpecerlo. Los artículos 34 y 35, específicamente dedicados al ejercicio de la huelga, consideraban delictuosa la conducta de quienes, en cualquier forma, promovieren la declaración de una huelga de empleados u obreros que prestaren servicios en reparticiones nacionales, provinciales o municipales, o en empresas semioficiales o particulares que tuviesen a su cargo servicios públicos o quienes estimularen el mantenimiento de una huelga en un establecimiento particular, siempre que la medida hubiese sido declarada ilegal por autoridad competente.

- Sin perjuicio de que la Corte Suprema de la Justicia de la Nación declaró inconstitucional al decreto 536/45, éste fue enviado al Congreso para su ratificación. Por consiguiente, dichas disposiciones no fueron derogadas, sino que las complementaron con la sanción y la promulgación de la ley 13.895, que reprimía a quien, por cualquier medio, desorganizare, destruyere, deteriorare o inutilizare, en todo o en parte, temporal o definitivamente, documentos, objetos, instalaciones y servicios o industrias de cualquier naturaleza, con el propósito de perturbar, retardar o impedir el desarrollo militar, económico, financiero, social, científico o industrial de la Nación.

A partir de la década de los '40 es posible identificar las primeras normas que contemplaron la intervención de la autoridad administrativa en los conflictos colectivos. Así, a guisa de ejemplo, se pueden señalar las siguientes disposiciones:

- El decreto 7135, del 15 de septiembre de 1943, que preveía la

intervención conciliatoria del Departamento Nacional del Trabajo en las divergencias que se suscitaran entre los trabajadores y los empleadores.

- Posteriormente, tras la creación de la Secretaría de Trabajo y Previsión (decreto 15.074/43), esta dependencia dictó la resolución 16/44, reglamentaria de la forma de presentación de los reclamos colectivos con el objeto de intentar su solución por la vía conciliatoria. Sus disposiciones establecían las formas y los requisitos de la presentación, las facultades de la autoridad de aplicación, la obligación de las partes de no recurrir a medidas de acción directa hasta que no se sustanciara la instancia conciliatoria previa y la facultad de la Secretaría –en caso de violación de estos procedimientos– de declarar la ilegalidad de la medida colectiva. Además, se estipulaba que no se daría curso a gestión conciliatoria alguna cuando –al inicio del procedimiento– ya se hubiera producido alguna medida de fuerza o se hubiera anunciado su inmediata realización.
- El decreto 21.877/44, complementario de la resolución 16/44, que consagraba sanciones para los empleadores, trabajadores y entidades sindicales que incumplieran con las pautas fijadas por dicha resolución. Estas disposiciones motivaron numerosas declaraciones de ilegalidad de distintos movimientos de fuerza y la intimación a las partes en conflicto a reanudar inmediatamente las tareas.
- El decreto 879/57, del 25 de enero de 1957, relativo al personal de empresas u organismos estatales prestatarios de servicios públicos, de servicios de interés público, o que desarrollasen actividades industriales o comerciales: en dichos ámbitos, dadas las características y finalidades de la prestación, vinculadas con necesidades públicas o cuestiones de interés o utilidad pública, se dispuso que los conflictos colectivos quedarían radicados ante los ministerios respectivos y, en el supuesto de no arribar las partes a un acuerdo, se sometería la cuestión a la decisión del Poder Ejecutivo, quien, previa vista al Ministerio de Trabajo, debía expedirse por decreto en un plazo de 30 días.
- El decreto 10.596/57, del 6 de septiembre de 1957, que contem-

plaba la intervención del Ministerio de Trabajo en los conflictos colectivos pertenecientes a su jurisdicción, quien podía someter la cuestión a un arbitraje obligatorio ante la posible derivación en una acción de fuerza que afectare los servicios públicos, la seguridad o la salud de la población, o la privación de algún artículo de primera necesidad. También se preveía la declaración de ilicitud de la medida conflictiva. Los requisitos para la licitud de una huelga eran: fines profesionales, decisión por mayoría del personal afectado o de las asociaciones profesionales representativas, o por los trabajadores de la empresa o empresas afectadas, en votación secreta y realizarse únicamente a través del abandono de los lugares de trabajo. La falta de cualquiera de esos recaudos motivaría la declaración de ilicitud de la medida de fuerza y la obligación de los trabajadores de reintegrarse a sus tareas, en el término fijado por la autoridad de aplicación, bajo apercibimiento de extinción del contrato por abandono injustificado. Este decreto fue derogado por la ley 14.447, del 2 de julio de 1958, es decir, después de la consagración constitucional del derecho de huelga.

III. El reconocimiento constitucional del derecho de huelga

Antes de 1957, el orden de la realidad y el orden normativo habían conocido este derecho, elaborado asimismo por el Derecho judicial, explica Bidart Campos¹², quien además sostiene que –en un principio– el reconocimiento del derecho de huelga se procuró lograr asignándole el carácter de faz negativa del derecho de trabajar; hacer huelga u “holgar” era abstenerse de trabajar. Pero todos sabemos que la huelga apareció en el horizonte del mundo jurídico como una abstención colectiva de trabajo, que hizo su encuadre en los conflictos o movimientos colectivos de trabajo.

El derecho de huelga fue receptado en nuestro texto constitucional, a partir de la reforma del año 1957, en el artículo 14 bis. Esta reforma fue convocada por un gobierno de facto que surgió de un quebranta-

¹² BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino*, 1ª reimp., Ediar, Buenos Aires, 2006, t. I-B, p. 517.

miento constitucional –como tantos otros en la historia argentina–, y contó con apoyo civil y aun cuando haya habido participación de algunos partidos políticos en la Junta Consultiva ello no implica “justificar ni legitimar la interrupción constitucional”¹³. No obstante ello, la ilegitimidad de origen del artículo 14 bis fue saneada con la reforma constitucional de 1994, que incluyó en el texto ordenado y sancionado por la Convención Constituyente la mencionada norma.

El artículo 14 bis, CN, en su segundo párrafo, garantiza a los gremios negociar colectivamente, recurrir a la conciliación y al arbitraje, y el derecho de huelga.

Reseña Álvarez, con respecto al debate de la Convención Constituyente de 1957, que terminó consagrando al “gremio” como titular del derecho, que el constituyente Alfredo Palacios propuso, con el énfasis que lo caracterizaba, la sustitución de dicho concepto por la palabra “trabajadores”, fundado en que “el derecho de huelga es un derecho que tienen los trabajadores de concertarse para no trabajar. Ese derecho no es solamente del gremio, sino de cualquier trabajador”. Pero, en definitiva, triunfó la tesis del convencional Bravo, que alude a la pluralidad, en la inteligencia de que, para utilizar las expresiones de Jaureguiberry, la huelga no sería un derecho individual de los trabajadores sino un derecho colectivo, aunque con la aclaración de que tampoco sería un derecho del sindicato, porque la sindicalización es libre y podría presumirse indebidamente que para declarar la huelga habría que sindicalizarse¹⁴.

Memora Etala¹⁵ que el convencional Bravo efectuó una serie de precisiones respecto del contenido y alcance del derecho que se incorporaba al texto constitucional, entre ellas: por su naturaleza, el derecho de huelga pertenece a los derechos colectivos; puede ser ejercido por los trabajadores del gremio, estén o no afiliados a los sindicatos, basta con que lo resuelvan una pluralidad de trabajadores, decidiéndolo

¹³ GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, 4ª ed. ampl. y act., La Ley, Buenos Aires, 2008, t. I, p. 195.

¹⁴ ÁLVAREZ, Eduardo O., *Reflexiones críticas sobre el sujeto del derecho de huelga*, en *Revista Derecho del Trabajo* 2010 (junio), p. 1373.

¹⁵ ETALA, Carlos A., *Derecho Colectivo del Trabajo*, 2ª ed. act. y ampl., Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 381.

libremente, aunque sean sólo los integrantes de un único establecimiento o sección del establecimiento. No es un derecho del sindicato ni de la asociación profesional, no teniendo necesidad siquiera de ser homologado por los representantes del sindicato; la huelga debe tener por finalidad la defensa de los intereses de los trabajadores en conflicto con las patronales o con el Estado mismo, según los casos; las huelgas de solidaridad no están proscriptas; las huelgas deben desenvolverse en un marco ajeno a toda violencia o depredación y deben admitirse los piquetes cuando actúen pacíficamente; al reglamentar el derecho de huelga los legisladores del futuro no deben entrar a considerar los aspectos de la licitud o ilicitud del conflicto, por ser ello contrario al derecho mismo; y la legalidad de una huelga no puede ser declarada por el poder administrador sino por el judicial.

Se trata de un derecho calificado por la doctrina como típicamente operativo¹⁶ o de operatividad fuerte¹⁷, es decir, su ejercicio puede fundarse directamente en la previsión constitucional aun en ausencia de reglamentación legislativa¹⁸.

No obstante, a través de una nutrida elaboración jurisprudencial, proveniente fundamentalmente de la Corte Suprema de Justicia y de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, se han establecido algunos límites a su ejercicio. Aunque en ciertas cuestiones, tales como el sujeto legitimado para convocarla, los alcances y la extensión de su ejercicio, su contenido y la incidencia en los contratos individuales, se advierte disparidad de criterios jurisprudenciales y un nutrido debate doctrinario.

IV. La reglamentación del derecho de huelga con posterioridad a su reconocimiento constitucional¹⁹

La primera regulación importante, posterior a la incorporación del

¹⁶ BIDART CAMPOS, ob. cit., p. 519.

¹⁷ FERNÁNDEZ MADRID, ob. cit.

¹⁸ CSJN, “Font, Jaime y otro c/Carnicerías y Estancias Galli”, del 15-10-62.

¹⁹ DOBARRO, Viviana M., *La huelga en los servicios esenciales*, en *Revisita Doctrina Laboral*, N° 193, Errepar, Buenos Aires, septiembre de 2001, ps. 776 a 798.

artículo 14 bis de la Constitución Nacional, fue la ley 14.786, sancionada y promulgada en diciembre de 1958, y que sigue vigente hasta nuestros días.

Su texto no contiene una reglamentación sustancial del derecho de huelga, pues no trata cuestiones tales como su alcance, el sujeto legitimado para ejercerlo, los fines que puede perseguir o las modalidades de su efectivización, sino que se trata de una ley exclusivamente procedimental. Vale decir, establece una instancia de conciliación obligatoria previa de los conflictos colectivos de intereses y de derecho (arts. 1° y 12), fracasada la cual, y si las partes no suscriben un compromiso para someter la cuestión a un arbitraje voluntario, quedan en libertad para recurrir a las medidas de acción directa que estimen convenientes (art. 11). La ley establece que, suscitado un conflicto que no tenga solución entre las partes, cualquiera de éstas deberá, antes de recurrir a medidas de acción directa, comunicarlo a la autoridad administrativa para formalizar los trámites de la instancia obligatoria de conciliación (art. 2°). Antes de someter el diferendo a la instancia de conciliación obligatoria y mientras no se cumplan los términos máximos establecidos para la duración de este procedimiento, las partes no podrán adoptar medidas de acción directa (art. 8°). La ley define a las medidas de acción directa como todas aquellas que importen innovar respecto de la situación anterior al conflicto y faculta a la autoridad de aplicación a intimar, previa audiencia de parte, el cese inmediato de la medida adoptada (art. 8°). También autoriza a la autoridad de aplicación a 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 durante todo el término máximo de duración del procedimiento de conciliación obligatoria (art. 10). Este régimen –en líneas generales– ha sido considerado compatible con el reconocimiento constitucional del derecho de huelga, toda vez que este último sólo queda restringido temporariamente durante el lapso que dure la tramitación del procedimiento conciliatorio, que, según el texto de la propia ley, no podrá superar los 15 días hábiles, prorrogables por 5 días más cuando, en atención de la actitud de las partes, el conciliador prevea la posibilidad de lograr un acuerdo (art. 11). Vencidos estos plazos, sin que hubiera sido aceptada una

fórmula de conciliación ni suscripto un compromiso arbitral, podrán las partes recurrir a las medidas de acción directa que estimen convenientes (art. 11).

Posteriormente, un gobierno de facto, en una época de gran conflictividad laboral, dictó el decreto-ley 8946/62, con ciertas similitudes al decreto-ley 10.596/57 y que mereció críticas de parecido tenor, pues establecía restricciones de tal entidad que prácticamente imposibilitaban el ejercicio del derecho de huelga. Declaraba la obligatoriedad del arbitraje en los conflictos colectivos que –directa o indirectamente– pudieran ocasionar la suspensión, la paralización o la negación de los servicios públicos esenciales, fijaba condiciones restrictivas para la declaración de la huelga, establecía la facultad del Poder Ejecutivo para ampliar la enumeración de los servicios públicos esenciales y fijaba condiciones restrictivas para la declaración de la huelga. También autorizaba al Poder Ejecutivo para declarar la ilegalidad de la huelga con las mismas consecuencias para los trabajadores que en el caso del decreto 10.596/57: obligación de reintegrarse inmediatamente, bajo apercibimiento de la extinción del contrato de trabajo por abandono injustificado. Asimismo, se preveía el sometimiento de los conflictos suscitados entre la administración pública central, organismos descentralizados o autárquicos y su personal a una instancia conciliatoria previa, de 15 días de duración, en el Ministerio o en la Secretaría en que surgiera el conflicto, y si las partes no arribaban a un acuerdo, la posible sujeción de la cuestión a la resolución por parte del Poder Ejecutivo.

También se introdujeron disposiciones restrictivas en el decreto 969/66, reglamentario de la ley 14.455, que en el artículo 8° prescribía que las medidas de fuerza debían ser declaradas a partir de la decisión por voto directo y secreto de los afiliados en una asamblea convocada especialmente al efecto, recaudo que fue rechazado por las asociaciones sindicales y por los trabajadores por resultar contrario a las prácticas sindicales argentinas e implicar una excesiva injerencia estatal en el ámbito de la autonomía colectiva y la libertad sindical.

En agosto de 1966, el gobierno de facto, invocando atribuciones excepcionales y principios contenidos en el “Estatuto de la Revolución”, dictó –con carácter transitorio y excepcional– la “ley” 16.936.

Por esta normativa se facultaba a la autoridad nacional de aplicación para avocarse al conocimiento y a la decisión de los conflictos colectivos laborales –de interés y de derecho– en los lugares sometidos a jurisdicción nacional cuando excedieran el ámbito de la jurisdicción provincial y cuando, por su índole, afectasen las actividades económicas, la productividad, el desarrollo y el progreso nacional, o la seguridad y el bienestar de la comunidad. Al efecto, se le confería al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social la facultad de someter al arbitraje obligatorio dichos conflictos; tal decisión resultaba irrecurrible e implicaba la intimación al cese de todas las medidas de acción directa que se hubiesen adoptado. También se autorizaba a dicho Ministerio a designar al árbitro, que sería el propio ministro o un funcionario por él elegido. El incumplimiento de tal intimación o, posteriormente, del laudo que se dictare se consideraba causal de despido justificado para los trabajadores, originaba multas para los empleadores y sanciones para las asociaciones sindicales (vinculadas con la personería jurídica o gremial).

La vigencia de la ley 16.936, que fue prorrogada por el decreto-ley 17.131, mereció severos cuestionamientos entre los laboristas y planteos de inconstitucionalidad varios. Aunque en el caso “Hilanderías Olmos SA”²⁰, del 30 de octubre de 1979, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que el artículo 14 bis de la Constitución Nacional no ha distinguido entre el arbitraje obligatorio y el voluntario, por lo que la ley respectiva debe reputarse constitucional, pues en atención a que “...a la fecha de su sanción eran conocidos en la doctrina jurídica los dos tipos es dable concluir –como lo hace el procurador general– que la categorización genérica comprende a ambos [...] Que la creación de una instancia arbitral obligatoria instituida por el artículo 2° de la ley impugnada para dirimir conflictos colectivos laborales es un medio razonable buscado por el legislador para poner término y resolver situaciones que además de afectar a las partes en pugna comprometen la tranquilidad social perjudicando los intereses generales [...] Cuando las desavenencias de las partes patronal y obrera derivan en un conflicto colectivo de trabajo sin posibilidad de ponerle remedio por el acuerdo

²⁰ CSJN, “Hilanderías Olmos SA”, del 30-10-79, D. T. XL (1980), ps. 474 y ss.

razonable de las mismas, exacerbadas las posiciones y perdido el equilibrio de espíritu [...] es forzoso que el Estado cuente con el instrumento legal debido para evitar que los caracteres de tensión de este tipo de controversias originen la ruptura de la paz social, bien supremo que el poder público debe resguardar como base de toda convivencia. En tales condiciones, las normas impugnadas no desconocen el derecho constitucional de recurrir al arbitraje sino que simplemente reglamentan su ejercicio al imponerlo en casos particularmente graves...”

En 1974, restablecido el sistema constitucional, el Congreso, a través de la ley 20.638, dio carácter permanente al régimen de arbitraje obligatorio, ampliando aún más el texto originario, particularmente en cuanto a su posible aplicación en cualquier clase de conflictos colectivos, es decir, de intereses o de derecho. Esta ley tuvo vigencia hasta que, finalmente, la ley 25.250 (sancionada el 11-5-2000, promulgada el 29-5-2000 y publicada en el Boletín Oficial el 2-6-2000), a través de su artículo 34, la derogó.

También en 1974 se sancionó la Ley de Contrato de Trabajo (20.744), que introdujo en el Título X, Capítulo VI, artículos 243 a 245, importantes e innovadoras disposiciones referidas a los efectos de la huelga y de otras medidas de acción directa sobre los contratos de trabajo, en línea con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En 1976, al reformarse la Ley de Contrato de Trabajo, bajo la vigencia de un gobierno de facto y a través de la “ley” 21.297, dichas disposiciones fueron suprimidas del texto legal.

En esta triste y trágica etapa de nuestra historia también se sancionó la Ley 20.840 de Seguridad Nacional, que reprimía penalmente a quien, luego de declarado ilegal un conflicto laboral, instigase a incumplir las obligaciones impuestas por dicha decisión. Este precepto fue derogado en 1984 por la Ley 23.077 de Protección del Orden Constitucional y de la Vida Democrática. Durante el gobierno de facto también se dictó la ley 21.261, que suspendía transitoriamente en todo el territorio nacional el derecho de huelga, y la ley 21.400, que suspendía el ejercicio de toda medida de acción directa y penalizaba la participación en ella. Estas últimas leyes fueron derogadas el 17 de mayo de 1983 por la ley 22.825.

En 1990, tras frustrados intentos de reglamentar a través de una ley el ejercicio del derecho de huelga, el Poder Ejecutivo nacional dictó, el 16 de octubre de 1990, el decreto 2184/90 sobre conflictos en servicios esenciales. Según surgía de su texto, se trataba de una reglamentación de las leyes 14.786 y 16.936, modificada por la ley 20.638. En primer lugar, se definía qué se consideraba “servicio esencial” a los fines previstos por el decreto y se efectuaba una triple conceptualización: a) aquellos cuya interrupción total o parcial pueda poner en peligro la vida, la salud, la libertad o la seguridad de parte de la población o de las personas; b) luego se enunciaban algunas actividades que eran consideradas como “servicios esenciales”, tal el caso de los servicios sanitarios y hospitalarios, el transporte, la producción y la distribución de agua potable, energía eléctrica, gas y otros combustibles, los servicios de telecomunicaciones, la educación primaria, secundaria, terciaria y universitaria y la administración de justicia, a requerimiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; c) finalmente, se establecía como facultad del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social calificar cualquier otro servicio como esencial en aquellos supuestos en que “...la extensión, duración u oportunidad de la interrupción del servicio o actividad pudiera poner en peligro la vida, la salud, la libertad o la seguridad de toda la comunidad o de parte de ella...” (art. 2º). Con carácter previo a la adopción de medidas de acción directa –cinco días antes del vencimiento del plazo previsto por la Ley de Conciliación Obligatoria y Arbitraje Voluntario–, las partes estaban obligadas a comunicar al Ministerio de Trabajo la decisión de recurrir a dichas medidas (art. 4º). Y al tomar conocimiento del conflicto, en los términos de la ley 14.786, la autoridad administrativa procedía a encuadrar el conflicto, calificándolo de acuerdo con las previsiones del artículo 1º (arts. 2º y 3º, decreto 2184/90). Si el conflicto en cuestión afectaba servicios esenciales, las partes debían convenir las modalidades de la prestación de los servicios mínimos, atendiendo a las necesidades imprescindibles de los usuarios; a falta de acuerdo de partes, o si el Ministerio consideraba insuficiente lo pactado, la autoridad de aplicación podía establecer la entidad y la modalidad de tales servicios mínimos (art. 5º). Iguales facultades se le asignaban a la autoridad de aplicación para el supuesto en que las

guardias mínimas estuvieran establecidas por un convenio colectivo de trabajo (art. 6º). Para el supuesto de incumplimiento por los trabajadores asignados a la prestación de los servicios mínimos, el artículo 7º estipulaba que se aplicarían las sanciones establecidas por las disposiciones legales, estatutarias o convencionales. También se contemplaba la posibilidad de recurrir al procedimiento de arbitraje obligatorio, previsto por la ley 16.936, en el supuesto de que las medidas se llevaran a cabo sin respetar las prestaciones de servicios mínimos, convenidas o estipuladas por el Ministerio, y ante la inobservancia de los procedimientos previstos por las leyes 14.786 y 16.936, o la falta de acatamiento de las decisiones que en ejercicio de facultades propias adoptare la autoridad de aplicación, ésta podía declarar la ilegalidad de las medidas de acción directa (art. 11), en cuyo caso, con respecto a las asociaciones sindicales que dispusieran, alentaran o apoyaran medidas de acción directa consideradas ilegales, la autoridad de aplicación podía instrumentar los procedimientos previstos por los incisos 2º y 3º del artículo 56 de la ley 23.551 (art. 11). Este decreto tuvo aplicación también hasta que entró en vigencia la ley 25.250, que en su artículo 34 lo derogó.

El decreto 2184/90 recibió severas críticas en su aplicación, en especial con relación a las amplias facultades que le otorgaba a la autoridad de aplicación en cuanto a la calificación de los servicios involucrados en el conflicto como esenciales o no, en cuanto a la posibilidad de establecer la entidad, la cantidad y modalidad de las guardias mínimas –que con frecuencia se establecían en niveles similares a los de la prestación de servicios en condiciones de normalidad–, y de observar aquello que en materia de guardias mínimas hubieran acordado las partes colectivas, así como la posibilidad de declarar administrativamente la ilegalidad de la medida de acción directa.

Al respecto, han explicado que el Comité de Libertad Sindical se expidió en el caso Nº 1679 del año 1993 con motivo de sendas quejas presentadas contra el Gobierno argentino por la CGT, UTA y otras entidades sindicales relacionadas con el sector transporte, con motivo de una arbitraria y autoritaria aplicación del decreto 2184/90, en lo relativo al establecimiento de servicios mínimos en el sector aludido, y reseñaron que “...El Comité considera que el transporte de pasajeros

y mercaderías no es un servicio esencial en el sentido estricto del término. No obstante –dice el Comité– se trata de un servicio público de importancia trascendental y en caso de huelga puede justificarse la imposición de un servicio mínimo. Vale decir entonces que el Gobierno deberá tratar con carácter sumamente restrictivo todo lo relativo a la reglamentación de la huelga y del transporte como servicio esencial, a fin de no afectar este derecho tan celosamente resguardado por el Comité de Libertad Sindical. Además, el Comité también se expidió negativamente con respecto a que sea el Ministerio de Trabajo el que unilateralmente establezca cuáles serán los servicios mínimos. En este sentido razonan que como el transporte constituye un servicio público y una de las partes en conflicto es el sector público, entonces mal podría ser el Ministerio de Trabajo quien establezca el servicio mínimo: caería en el absurdo de ser juez y parte. Por ello, el Comité recomienda que la legislación deberá prever que dicha divergencia fuese resuelta por un órgano independiente (ver casos N° 1648 y 1650). Otro de los puntos cuestionados severamente por el Comité es el relativo a que la ilegalidad pueda ser declarada por vía administrativa conforme lo prevé el decreto 2184/90, más aún cuando el propio Gobierno sea parte. ‘La decisión final de declaración de ilegalidad de las huelgas no debería ser pronunciada por el Gobierno, particularmente en aquellos casos en que éste es parte en un conflicto’ (ver caso N° 1586). Esta conclusión es de suma importancia ya que de esta manera se pone un freno a la posibilidad de los despidos basados en la declaración de ilegalidad de la huelga. Señalamos que el Ministerio de Trabajo ha batido todos los récords en la declaración de ilegalidad de los conflictos. En cuanto a la posibilidad de suspensión o cancelación de la personería gremial de la organización sindical por no cumplir con los servicios mínimos durante la huelga, el Comité consideró que dichas medidas serían inaceptables. Resta dejar sentado en el presente que el Comité consideró irrazonablemente elevados los porcentajes de prestación de servicios señalados por el Ministerio de Trabajo, quien los fijó en aquella oportunidad en un 90 y hasta un 100 por ciento, ‘lo que equivale en la práctica a una neta prohibición de la huelga’. Al respecto, el Comité recomendó que estos porcentajes sean fijados por autoridades judiciales, pero nunca por el Ministerio de Trabajo. Para concluir, el

Comité recomendó al Gobierno que modifique la legislación (decreto 2184/90) ‘con objeto de que la decisión final sobre la ilegalidad de las huelgas y el establecimiento de servicios mínimos en caso de falta de acuerdo entre las partes corresponda a un órgano independiente’...”²¹

El artículo 34 de la ley 25.250 derogó la ley 16.936 y el decreto 2184/90, en criterio que fue aplaudido por tratarse en ambos casos de disposiciones que han sido sumamente cuestionadas por la doctrina laboralista y por el Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), por contener restricciones importantísimas al ejercicio del derecho de huelga y por otorgarle a la autoridad administrativa facultades exageradas en materia de dirección y organización de los conflictos colectivos de trabajo, tanto de intereses como de derecho.

Por su parte, el artículo 33 de la ley 25.250 establecía que “En los casos que en razón de un conflicto de trabajo, las partes decidieran la adopción de medidas legítimas de acción directa que involucren actividades que puedan ser consideradas servicios esenciales, éstas deberán garantizar la prestación de servicios mínimos que impidan su interrupción. El Ministerio de Trabajo, Empleo y Formación de Recursos Humanos estará facultado para disponer intimatoriamente la fijación de servicios mínimos que deben mantenerse en cada establecimiento o empresa cuando las partes hubiesen agotado la instancia tendiente al cumplimiento de lo establecido en el párrafo anterior sin acuerdo en tal sentido. A falta de acatamiento de lo acordado previamente entre las partes o de la determinación que efectúe el Ministerio de Trabajo, Empleo y Formación de Recursos Humanos, éste procederá a instrumentar los procedimientos de los incisos 2º y 3º del artículo 56 de la ley 23.551. Será de aplicación la ley 14.786 a los fines de encauzar el conflicto y propender a su resolución. Las facultades del Ministerio de Trabajo, Empleo y Formación de Recursos Humanos deberán ejercerse conforme las normas y resoluciones de la Organización Internacional del Trabajo”.

Tal norma en cuestión mantuvo en cabeza del Ministerio de Trabajo,

²¹ RECALDE, Héctor P. y CAUBET, Amanda B., *Derecho de huelga: su reglamentación y la huelga general*, en *La Ley* del 1-8-94, ps. 4 y ss.

Empleo y Formación de Recursos Humanos un rol importante en la organización y dirección de los conflictos en el ámbito de los servicios esenciales. Se lo facultaba para disponer “intimatoriamente” que las partes fijen los servicios mínimos, se estipuló que resultaba de aplicación el procedimiento previsto por la ley 14.786 (conciliación obligatoria y arbitraje voluntario de los conflictos colectivos) y se omitió aclarar qué debía entenderse por “servicios esenciales”, así como también cuál era el nivel de servicios mínimos que se debía garantizar en dichos ámbitos, cuestiones todas que quedaron libradas a la reglamentación.

En tal contexto se dictó el decreto 843/2000 (de fecha 29-9-2000 y publicado en el Boletín Oficial el 4-10-2000), que reglamentaba la interrupción total o parcial de servicios esenciales a raíz de un conflicto colectivo (art. 1º). Para definir a los “servicios esenciales”, el decreto recurrió a dos mecanismos diferentes: establece que serán considerados de tal forma, en sentido estricto –aclarar el decreto–, únicamente las siguientes actividades: a) servicios sanitarios y hospitalarios; b) la producción y la distribución de agua potable y energía eléctrica; c) los servicios telefónicos, y d) el control de tráfico aéreo. Aunque se faculta al Ministerio de Trabajo, Empleo y Formación de Recursos Humanos a calificar como servicio esencial, por resolución fundada, a una actividad no incluida en la enumeración anterior cuando se diere alguna de las siguientes circunstancias: a) la extensión y la duración de la interrupción de la actividad de que se trate pudiere poner en peligro la vida, la salud o la seguridad de la persona en toda o en parte de la comunidad; b) la actividad afectada constituyere un servicio público de importancia trascendental o de utilidad pública, y c) la interrupción o la suspensión del servicio pudiere provocar una situación de crisis nacional aguda que hiciera peligrar las condiciones normales o de existencia de la población (art. 2º). Se estableció que, a partir del vencimiento del plazo previsto por el artículo 11 de la ley 14.786 (15 días), sin perjuicio de la prórroga o no del mismo, la parte que se propusiere adoptar medidas de acción directa debía comunicar la decisión a la autoridad de aplicación y a la parte contraria con una anticipación de 48 horas a la efectivización de la medida (art. 3º). Ahora bien, dentro de las 24 horas de recibida tal comunicación, las partes debían ponerse

de acuerdo sobre los servicios mínimos que se iban a mantener durante el conflicto, las modalidades de su ejecución y el personal que se asignará a su prestación. Si vencido dicho plazo el acuerdo no fuera posible, le correspondía a la autoridad de aplicación determinar tales cuestiones dentro del plazo de 24 horas e intimar a las partes a su cumplimiento (art. 4º). Para ello, la norma establecía que la autoridad administrativa debía sujetarse a criterios de razonabilidad en función de las circunstancias particulares de la situación y que, en cuanto a la cantidad de servicios mínimos que se debían garantizar, en ningún caso podía imponerse a las partes una cobertura mayor al 50% de la prestación normal de que se tratara (art. 4º). La reglamentación también preveía la posibilidad de que las prestaciones mínimas hayan sido establecidas por convenio colectivo de trabajo u otro tipo de acuerdo, en cuyo caso las partes, dentro del plazo de 24 horas, debían convenir por escrito las modalidades de ejecución de aquéllas, señalando concreta y detalladamente la forma en que se ejecutarían tales prestaciones, incluyendo la designación del personal involucrado, pautas horarias, asignación de funciones y equipos. Ahora bien, si transcurrido dicho término las partes no arribaron a un acuerdo, tal determinación quedaba también a cargo de la autoridad administrativa del trabajo, con las mismas limitaciones señaladas para el supuesto anterior (art. 5º). Estaba prevista la posibilidad de que la medida consistiere en un paro nacional de actividades o cualquier otra ejercida por centrales sindicales u organizaciones empresariales con representatividad sectorial múltiple, en cuyo caso se aplicaban también las disposiciones de este decreto en cuanto dicha medida afectare servicios considerados esenciales y a fin de asegurar que tanto las entidades prestadoras de tales servicios como aquellas que los afectaren en forma directa efectivicen el cumplimiento de las prestaciones mínimas (art. 7º). Para el supuesto de inobservancia por alguna de las partes de los procedimientos conciliatorios establecidos en la legislación vigente y en esta reglamentación o el incumplimiento de disposiciones dictadas por la autoridad de aplicación en ejercicio de sus facultades legales estaba prevista la aplicación de lo establecido por la ley 23.551 –al igual que lo estipulado por el artículo 33, ley 25.250– y por la ley 25.212 (art. 8º). Se agregaba que la falta de cumplimiento del deber de trabajar por las personas obligadas

a la ejecución de los servicios mínimos daría lugar a las responsabilidades previstas en las disposiciones legales, estatutarias o convencionales que les resulten aplicables (art. 8°).

El análisis del artículo 33 de la ley 25.250 y las previsiones contenidas en el decreto 843/2000 –soslayando su polémico origen y las implicancias políticas y judiciales que tuvo la citada ley– permiten vislumbrar un avance notorio respecto de la anterior reglamentación (decreto 2184/90). Así, en primer término, la definición de “servicio esencial” era más acotada que la anterior pues, por una parte, el artículo 2° mencionaba que serán considerados en tal categoría “únicamente” cuatro actividades, dejando de lado algunas sumamente cuestionadas desde la doctrina laboralista y desde la perspectiva de la OIT: tal el caso del transporte, la educación en sus distintos niveles, el servicio de justicia, las telecomunicaciones y la producción y distribución de gas. Por otra parte, si bien se facultaba a la autoridad administrativa a considerar como servicio esencial otras actividades, se aclaraba que debía hacerlo mediante resolución fundada y si se verificaba alguna de las circunstancias mencionadas por el artículo 2° de la reglamentación, lo que además debía conjugarse con el último párrafo del artículo 33 que establecía que la actuación de la autoridad de aplicación debía ajustarse a los criterios y pautas sentados por el Comité de Libertad Sindical de la OIT. Por consiguiente, en el caso del decreto 843/2000, la posibilidad de que la autoridad de aplicación encuadrara como “servicio esencial” una determinada actividad –no prevista expresamente en el primer apartado de la norma– sólo resultaba procedente de verificarse los supuestos allí contemplados, por resolución fundada, y de conformidad con los criterios vigentes en la materia en el ámbito de la OIT. Por lo demás, también era auspicioso que se intentara que la determinación de los servicios mínimos que habrían de mantenerse durante el conflicto, las modalidades de su ejecución y el personal que se asignara a la prestación de los mismos quedaran librados a la autonomía de la voluntad colectiva o autorregulación, y que solamente en caso de falta de acuerdo fuera la autoridad de aplicación quien definiera estas cuestiones, sin que estuviera autorizada a objetar aquello que en el punto pactaran las partes colectivas. Ahora bien, al determinar la cantidad de servicios mínimos, en ningún caso

podía imponer a las partes una cobertura mayor al 50% de la prestación normal del servicio de que se trate. Esta limitación también era superadora del decreto 2184/90, pero –como ya se ha dicho– el análisis de estas normas está signado por las denuncias respecto de su origen que, por su contundencia y gravedad institucional, sellaron la suerte de su vigencia.

V. Estado actual de la reglamentación

1. Constitución Nacional y tratados con jerarquía constitucional

Como ya hemos mencionado, el artículo 14 bis de la Constitución Nacional (disposición incorporada al texto constitucional en la reforma de 1957), en su 2º párrafo, garantiza a los “gremios” el derecho de huelga.

Con respecto a los tratados internacionales que poseen rango constitucional, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, podemos mencionar diversas cláusulas en las que se reconoce y garantiza la libertad sindical; pues, si bien el único que se refiere expresamente al derecho de huelga es el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 8.1.d, este derecho es considerado como una de las tantas manifestaciones de la libertad sindical al constituir una de las formas en que puede exteriorizarse la acción sindical. En tal sentido, cabe señalar –entre otras disposiciones– el artículo 22 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el artículo 23.4 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 5.e.ii, de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, y el artículo 16 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

2. Otros tratados internacionales y convenios de la Organización Internacional del Trabajo

También debemos mencionar el artículo 11 de la Declaración Sociolaboral del Mercosur, el artículo 8º del Protocolo de San Salvador

y el artículo 27 de la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, aprobada por la IX Conferencia Internacional Americana de Bogotá.

En tanto que en el ámbito de la OIT no se verifican convenios o recomendaciones que traten expresamente el derecho de huelga. Ahora bien, el Preámbulo de la Constitución de la OIT se refiere al “...reconocimiento [...] del principio de libertad sindical...” como una de las condiciones necesarias para la “paz y armonía universales”, principio que es ratificado por la forma tripartita adoptada para su funcionamiento por la propia Organización. Además, los artículos 4º, 7º, 17 y 23 a 25 de la Constitución de la OIT procuran asegurar la independencia y acción efectiva de los delegados no gubernamentales y de las organizaciones profesionales, postulándose de tal forma sobre el eje del tripartismo: libertad, independencia y autonomía sindicales.

Asimismo, la Declaración de Filadelfia de 1944, que actualizó los fines y objetivos de la OIT y de las bases de la política social a seguir por los Estados miembros, señala que “...la libertad de expresión y de asociación es esencial para el progreso constante...”

Por otra parte, no caben dudas de que la cuestión debe relacionarse –entre otras– con las disposiciones vinculadas con la libertad sindical (Convenios 87 y 98), que se refieren al derecho de las asociaciones sindicales de formular libremente su plan de acción y de perseguir a través suyo el fomento y la mejora en las condiciones de los trabajadores y la protección contra todo acto discriminatorio que menoscabe la libertad sindical en relación con el empleo y la realización de actividades sindicales.

También con la eliminación del trabajo forzoso u obligatorio como castigo por haber participado en huelgas (Convenio 105), con la Recomendación sobre la reconciliación y el arbitraje voluntarios (la 92) y con las directivas y pautas emanadas del Comité de Libertad Sindical.

Y, a esta altura, no se puede soslayar la importancia que la Declaración sobre los Principios y Derechos Fundamentales de la OIT y su seguimiento, de junio de 1998, que en el artículo 2º declara que todos los miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios específicos, tienen un compromiso, que se deriva de su mera pertenencia a la Organización, de respetar, promover y hacer realidad, de

buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales, entre ellos, la libertad sindical.

El Comité de Libertad Sindical de la OIT ha señalado –con una amplitud por demás significativa en momentos en que parecería verificarse un criterio restrictivo, conceptual y jurisprudencial, respecto del contenido y la titularidad– que el derecho de huelga no debería limitarse a los conflictos de trabajo susceptibles de finalizar en un convenio colectivo determinado: los trabajadores y sus organizaciones deben poder manifestar, en caso necesario en un ámbito más amplio, su posible descontento sobre cuestiones económicas y sociales que guarden relación con los intereses de sus miembros²².

Por otra parte, desde la perspectiva del referido Comité²³, el reconocimiento pleno del ejercicio del derecho de huelga admite restricciones en dos supuestos: 1) los funcionarios públicos *stricto sensu*, entendidos como aquellos que actúan como “órganos del poder público”, lo que no involucra a todos los trabajadores del Estado sino solamente a aquellos que cumplen funciones de la índole de las referidas –funciones de autoridad en nombre del Estado–, y 2) en el ámbito de los servicios esenciales en el sentido estricto del término, calificándose de tal forma a los que su interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población, no importando en el caso si son prestados por instituciones públicas o privadas.

²² OIT, *La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, 5ª ed., Ginebra, 2006, p. 115.

²³ La cuestión puede ser analizada in extenso en los siguientes trabajos: GERNIGON, Bernard; ODERO, Alberto y GUIDO, Horacio, *Principios de la OIT sobre el derecho de huelga*, en *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 117 (1998), N° 4; ERMIDA URIARTE, Oscar, *La huelga en los servicios esenciales*, en *Libro de Ponencias de las XII Jornadas Rioplatenses de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Córdoba, 4 y 5 de mayo de 2001; OIT, Oficina Internacional del Trabajo, *Libertad sindical y negociación colectiva. Estudio general de las memorias sobre el Convenio (N° 87) sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación y el Convenio (N° 98) sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva*, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Informe III (Parte 4B) a la 81ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, 1994; *La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración*, 4ª ed. rev., Ginebra, 1996.

Si bien el Comité de Libertad Sindical de la OIT ha expresado que la determinación de lo que debe entenderse por “servicio esencial en el sentido estricto del término” es una cuestión que “...depende en gran medida de las condiciones propias de cada país...” y que “...un servicio no esencial puede convertirse en servicio esencial cuando la duración de una huelga rebasa cierto período o cierto alcance y pone así en peligro la vida, la seguridad de la persona o la salud de toda o parte de la población...”, ello no ha impedido que se pronuncie de manera general sobre el carácter esencial o no de una serie de servicios concretos.

En tal sentido, el Comité –sin ánimo de elaborar un listado taxativo, sino tan sólo a modo de casuismo– ha considerado como servicio esencial *stricto sensu* –y por lo tanto el ejercicio del derecho de huelga puede verse sometido a ciertas restricciones o incluso a su prohibición con garantías compensatorias adecuadas– a las siguientes actividades: los servicios hospitalarios, de electricidad, de abastecimiento de agua, los servicios telefónicos y el control del tráfico aéreo. Mientras que se han excluido de la consideración de “servicios esenciales en el sentido estricto a actividades tales como la radio-televisión, el sector petrolero, la carga y descarga portuaria, la actividad bancaria, los servicios de informática para la recaudación de aranceles e impuestos, los grandes almacenes, los parques de atracciones, la metalurgia, el sector minero, los transportes en general, las empresas frigoríficas, los servicios de hotelería, la construcción, la fabricación de automóviles, la reparación de aeronaves, el abastecimiento y la distribución de productos alimentarios, la Casa de la Moneda, la agencia gráfica del Estado, los monopolios estatales del alcohol, la sal y el tabaco, el sector de la educación, los transportes metropolitanos y los servicios de correos, entre otros”.

También ha dicho la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones que “...con el fin de evitar daños irreversibles o que no guarden proporción alguna con los intereses profesionales de las partes en el conflicto, así como de no causar daños a terceros, es decir, los usuarios o los consumidores que sufren consecuencias económicas de los conflictos colectivos, las autoridades podrían establecer un régimen de servicio mínimo en otros servicios que

son de utilidad pública, en vez de prohibir radicalmente las acciones de huelga, prohibición que debería limitarse a los servicios esenciales en el sentido estricto del término...”

El Comité de Libertad Sindical ha admitido la prohibición general de la huelga en “situaciones de crisis nacional”, concepto que se refiere claramente a situaciones excepcionales y siempre que dicha prohibición sea por un período limitado y sólo en la medida de lo necesario para hacer frente a la situación. Se ha insistido en que debe existir “...una auténtica situación de crisis como la que se produce en casos de conflictos graves, de insurrección o incluso de catástrofe natural, en los que dejan de concurrir las condiciones normales de funcionamiento de la sociedad civil...”

Vale decir, las restricciones o incluso la prohibición del ejercicio del derecho de huelga, desde la perspectiva de los órganos de control de la OIT, serían aceptables –con las restricciones ya señaladas– en los siguientes supuestos: a) funcionarios públicos; b) servicios que han sido considerados o declarados esenciales “en sentido estricto”; c) excepcionalmente cuando la huelga dure más de un cierto período o adquiriera tal dimensión que puedan correr peligro la salud, la seguridad o la vida de la población; d) también excepcionalmente en otros servicios que puedan calificarse como de utilidad pública o de importancia trascendental, y e) en el supuesto de crisis aguda nacional. En los supuestos a, b, y e, los órganos de control de la OIT admiten incluso la prohibición del ejercicio del derecho de huelga –con las limitaciones señaladas–, en tanto que en los supuestos c, y d, acepta restricciones en su ejercicio vinculadas con el establecimiento de servicios mínimos.

Desde la perspectiva del organismo internacional, la distinción entre “servicios esenciales” y “servicios mínimos” resulta fundamental, y en tal sentido la Comisión ha dicho que “...utiliza la expresión ‘servicios esenciales’ cuando se refiere únicamente a los servicios esenciales en el sentido estricto del término, es decir, a aquellos cuya interrupción puede tener consecuencias para la vida, la seguridad o la salud de la persona, en los cuales podría estar justificado imponer restricciones e incluso prohibiciones, las cuales deberían ir acompañadas, no obstante, de garantías compensatorias. Sin embargo, considera aceptable el ‘servicio mínimo’ en ciertos casos y, concretamente, ‘en las situaciones

en que no parece justificada una limitación importante o la prohibición total de la huelga y en que, sin poner en tela de juicio el derecho de huelga de la gran mayoría de los trabajadores, podría tratarse de asegurar la satisfacción de las necesidades básicas de los usuarios o el funcionamiento continuo y en condiciones de seguridad de las instalaciones'. Concretamente [...] la posibilidad de imponer este tipo de servicios mínimos en los servicios de utilidad pública. Por otra parte, nada impide a las autoridades, si ellas consideran que tal solución resulta más apropiada a las condiciones nacionales, el establecer un servicio mínimo en los servicios considerados como 'esenciales' por los órganos de control [...] donde podrían justificarse mayores restricciones o incluso la prohibición de las huelgas..."

En cuanto a las garantías compensatorias que se le deben asegurar a los trabajadores que queden total o parcialmente impedidos de ejercer el derecho de huelga, la Comisión de Expertos ha señalado que "...Si el derecho de huelga es objeto de restricciones o de prohibiciones, los trabajadores que se vean así privados de un medio esencial de defensa de sus intereses socioeconómicos y profesionales deberían disfrutar de garantías compensatorias, por ejemplo, de procedimientos de conciliación y de mediación que, en caso de que se llegase a un punto muerto en las negociaciones, abrieran paso a un procedimiento de arbitraje que gozase de la confianza de los interesados. Es imprescindible que estos últimos puedan participar en la definición y en la puesta en práctica del procedimiento que debería, además, prever garantías suficientes de imparcialidad y de rapidez; los laudos arbitrales deberían tener carácter obligatorio para ambas partes y, una vez emitidos, aplicarse rápida y totalmente..."

Con relación a la cuantía de los servicios mínimos que pueden exigirse en el marco de un conflicto, se ha dicho que "...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 y debería posibilitar, por otra parte, en lo que se refiere a su determinación, la participación de las organizaciones de los trabajadores así como de los empleadores y de las autoridades públicas...", y que, en caso de divergencia en cuanto al servicio mínimo, la cuestión debería

ser resuelta por un órgano independiente y no por el Ministerio de Trabajo o la empresa pública concernida.

Reseña Martínez Chas²⁴ que el derecho de huelga, fuertemente ligado al derecho de sindicación y contenido en el Convenio 87 de la OIT, reconoce antecedentes desde el mismo nacimiento de la OIT en el año 1919, a instancias del Tratado de Paz de Versalles. Pero la recepción del derecho de huelga no se encuentra sólo en la letra del Convenio, el cual –paradójicamente– no lo menciona de manera expresa, sino que la OIT, a través de sus distintos órganos, fue reconociéndolo y reglando sus distintos aspectos. Con el devenir del tiempo, fue adquiriendo una presencia cada vez más firme y concreta en la jurisprudencia de los órganos de control de la OIT, asociado siempre, de manera inescindible, al derecho de sindicación. Sin perjuicio del amplio reconocimiento que fue teniendo a lo largo de los años, su existencia y reconocimiento fue puesto en cuestión mediante un fuerte planteo jurídico del sector empleador en la Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia Internacional del Trabajo del año 2012, postura que fue rechazada por el sector de los trabajadores y por la mayoría de los gobiernos, y que significó una fuerte crisis dentro de la Organización, y cuyas consecuencias y resolución continúan pendientes en la actualidad.

Por otra parte, Gernigon, Odero y Guido²⁵ destacaron que “...si bien ha sido discutido varias veces en el seno de la Conferencia Internacional del Trabajo durante las labores preparatorias de instrumentos relacionados de algún modo con el asunto, por diferentes razones ello no ha dado origen a normas internacionales (convenios o recomendaciones) reguladoras de este derecho. La ausencia de normas expresas no debe llevar a inferir, sin embargo, que la OIT desconozca el derecho de huelga o se exima de garantizar un ámbito de protección al ejercicio del mismo. Dos resoluciones de la propia Conferencia

²⁴ MARTÍNEZ CHAS, Juan Manuel, *La Organización Internacional del Trabajo y el derecho de huelga*, tesis presentada el 30-10-2018 en el Posgrado Experto Universitario en Derecho del Trabajo, Universidad Internacional de Andalucía, UNIA, Sevilla.

²⁵ GERNIGON, ODERO y GUIDO, *Principios de la OIT sobre el derecho de huelga* cit., ps. 1 y ss.

Internacional del Trabajo –que señalan pautas para la política de la OIT– han insistido de un modo u otro en el reconocimiento del derecho de huelga en los Estados Miembros. Concretamente, la resolución sobre la abolición de la legislación antisindical en los Estados Miembros de la OIT, adoptada en 1957, instaba a la adopción de una ‘legislación que asegure el ejercicio efectivo y sin restricción alguna de los derechos sindicales por parte de los trabajadores, con inclusión del derecho de huelga...’ Asimismo, la resolución sobre los derechos sindicales y su relación con las libertades civiles, adoptada en 1970, invitó al Consejo de Administración a que encomendara al director general una serie de iniciativas ‘con miras a considerar nuevas medidas destinadas a lograr el respeto pleno y universal de los derechos sindicales en su sentido más amplio’, consagrando atención particular, entre otros, al ‘derecho de huelga...’ El derecho de huelga ha sido reafirmado también en varias resoluciones de conferencias regionales y de comisiones sectoriales de la OIT, así como por otros organismos internacionales [...] Por otra parte, aunque no menciona expresamente el derecho de huelga, el Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación (1948, 87), consagra el derecho de las organizaciones de trabajadores y de empleadores ‘...de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción’ (art. 3º), y establece como objeto de dichas organizaciones ‘...fomentar y defender los intereses de los trabajadores o de los empleadores’ (art. 10) [...] A partir de estas normas de la OIT, el Comité de Libertad Sindical (desde 1952) y la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (desde 1959) han reconocido en numerosas ocasiones el derecho de huelga como derecho fundamental de los trabajadores y de sus organizaciones y han delimitado el ámbito en que debe enmarcarse su ejercicio, elaborando un cuerpo de principios sobre el derecho de huelga –es decir, una extensa ‘jurisprudencia’ entendida en el sentido amplio del término– que precisa el alcance de las disposiciones mencionadas. En cuanto a los demás órganos de control, los comités instituidos en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT no se ocupan en principio de cuestiones relativas al derecho de huelga, ya que el Consejo de Administración remite de manera general las correspondientes reclamaciones al Comité de Libertad Sin-

dical. Las pocas comisiones de encuesta instituidas a raíz de quejas en virtud del artículo 26 de la Constitución de la OIT por violación de convenios relativos a derechos sindicales utilizan de hecho, en sus conclusiones, principios del Comité de Libertad Sindical y de la Comisión de Expertos, y lo mismo pasa con la Comisión de Conciliación e Investigación en Materia de Libertad Sindical. En fin, la Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia Internacional del Trabajo ha apreciado en su seno un amplio consenso en relación con el principio del derecho de huelga; no obstante, los puntos de vista del Grupo de los Trabajadores, del Grupo de los Empleadores y de los miembros gubernamentales no son coincidentes...”

3. *Leyes 14.786 y 25.877*

Con respecto a la ley 14.786, de conciliación obligatoria y arbitraje voluntario de conflictos colectivos, cabe remitirnos al análisis realizado precedentemente.

Por su parte, el artículo 24 de la ley 25.877 (sancionada el 2-3-2004 y promulgada el 18-3-2004) establece que 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: a) 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, y b) cuando se tratase de un servicio público de importancia trascendental, conforme a los criterios de los organismos de control de la OIT. 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 re-

glamentación del presente artículo dentro del plazo de noventa (90) días, conforme a los principios de la OIT.

Es decir, cuando un conflicto involucra un servicio esencial y alguna de las partes decide adoptar medidas de acción directa que involucren servicios esenciales se deberá garantizar la prestación de servicios mínimos que aseguren su no interrupción.

Por otra parte, la ley define qué se entiende por servicio esencial por dos vías:

- a) En sentido estricto: es decir, aquellos que por sus características son considerados esenciales, sin margen de discusión o duda alguna. Tal el caso de los servicios sanitarios y hospitalarios, la producción y distribución de agua potable, energía eléctrica y gas y el control del tráfico aéreo.
- b) En sentido amplio: es decir, aquellos que pueden ser declarados esenciales, mediando la intervención de una Comisión independiente (a la que el decreto 272/2006 denominará “Comisión de Garantías”), para el caso concreto, previa apertura del procedimiento de conciliación previsto en la legislación, en alguno de los siguientes supuestos:
 - 1) 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.
 - 2) Cuando se tratare de un servicio público de importancia trascendental, conforme a los criterios de los organismos de control de la OIT.

En tanto que el artículo 1º de la ley 25.877 deroga la ley 25.250 y sus normas reglamentarias y el artículo 42 ratifica la derogación de la ley 16.936 y el decreto 2184/90.

Esta modificación legislativa ha sido valorada por Tribuzio²⁶ en cuanto a que “...el derecho de huelga se encuentra en la actualidad rodeado de una garantía legal intensa, cuyo apego a los criterios de la OIT configura un valladar frente a los poderes del Estado (eficacia

²⁶ TRIBUZIO, José, *La huelga en los servicios esenciales*, en SIMÓN (dir.) y AMBESI (coord.), *Tratado de Derecho Colectivo del Trabajo* cit., t. II, p. 820.

vertical) y de los particulares (eficacia horizontal), destinado a asegurar a los trabajadores la plena vigencia sustantiva del derecho fundamental en juego. Ello no significa, claro está, que el derecho de huelga se encuentre, hoy, ajeno a obstáculos que, de hecho, afectan su ejercicio”.

4. *Decreto 272/2006*

El decreto 272/2006 fue dictado el 10 de marzo de 2006 y vino a reglamentar el artículo 24 de la ley 25.877, la ley 14.786, el Convenio de la OIT 87 y el decreto 843 de fecha 29 de septiembre de 2000.

En sus considerandos se reseña que por la ley 25.877 se sustituyeron diversos artículos de las normas vigentes en materia laboral, estableciendo disposiciones relacionadas con los conflictos colectivos de trabajo. Que, en ese sentido, el artículo 24 de la ley citada estableció que cuando por un conflicto colectivo 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 garantizarse la prestación de servicios mínimos para evitar su interrupción. Que la norma mencionada define en forma taxativa los servicios que se consideran esenciales, receptando la doctrina emanada del Comité de Libertad Sindical de la OIT (1996, párr. 544) y brinda las pautas para la calificación excepcional de un servicio como esencial, previendo a esos fines la creación de una Comisión independiente integrada según establezca la reglamentación, previa apertura del procedimiento de conciliación previsto en la legislación vigente. Que, asimismo, establece que 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, conforme a los principios de la OIT. Que, en atención a ello y aspirando al logro de un mayor y más pleno equilibrio entre todos los derechos garantizados por la Constitución Nacional, la creación de una Comisión de Garantías, conformada con integrantes cuya independencia de criterios y heterogeneidad de disciplinas asegure su imparcialidad, se vislumbra como un camino adecuado para la consecución de los altos fines en juego. Que la reglamentación a dictarse debe plasmar una regulación del derecho de

huelga en los servicios esenciales, ajustada a los principios internacionales y que fomente el pleno desarrollo y uso de la negociación colectiva. Que el citado Comité de Libertad Sindical ha sostenido que la restricción de la huelga en estas circunstancias debería acompañarse de las garantías apropiadas, es decir, de procedimientos de conciliación y arbitrajes adecuados, imparciales y rápidos, en los cuales los interesados puedan participar en todas las etapas. Que, con el fin de evitar daños irreversibles y que no guarden proporción con los intereses profesionales de las partes en el conflicto, así como de no causar daños a terceros, es decir, los usuarios o los consumidores que sufren las consecuencias de los conflictos colectivos, resulta razonable instrumentar mecanismos que mantengan el equilibrio en el goce de las libertades involucradas, todas igualmente reconocidas por el constituyente, y en tal sentido garantizar un régimen de prestaciones mínimas en los servicios esenciales reglados en el párrafo segundo del artículo 24 de la ley 25.877 y en las actividades asimilables a éstos en los supuestos caracterizados por los incisos a, y b, del tercer párrafo de la misma norma.

Por otra parte, el artículo 1º del decreto 272/2006 establece que los conflictos colectivos que dieren lugar a la interrupción total o parcial de servicios esenciales o calificados como tales en los términos del artículo 24 de la ley 25.877 quedan sujetos a la presente reglamentación.

El artículo 2º estipula que la Comisión prevista en el tercer párrafo del artículo 24 de la ley 25.877 se denominará Comisión de Garantías y estará facultada para:

- a) Calificar excepcionalmente como servicio esencial a una actividad no enumerada en el segundo párrafo del artículo 24 de la ley 25.877, de conformidad con lo establecido en los incisos a, y b, del tercer párrafo del citado artículo.
- b) Asesorar a la autoridad de aplicación para la fijación de los servicios mínimos necesarios, cuando las partes no lo hubieren así acordado o cuando los acuerdos fueren insuficientes, para compatibilizar el ejercicio del derecho de huelga con los demás derechos reconocidos en la Constitución Nacional, conforme al procedimiento que se establece en el presente.

- c) Pronunciarse, a solicitud de la autoridad de aplicación, sobre cuestiones vinculadas con el ejercicio de las medidas de acción directa.
- d) Expedirse, a solicitud de la autoridad de aplicación, cuando de común acuerdo las partes involucradas en una medida de acción directa requieran su opinión.
- e) Consultar y requerir informes a los entes reguladores de los servicios involucrados, a las asociaciones cuyo objeto sea la protección del interés de los usuarios y a personas o instituciones nacionales y extranjeras, expertas en las disciplinas involucradas, siempre que se garantice la imparcialidad de las mismas.

Los artículos 3° y 5° establecen la forma de integración de la Comisión de Garantías y los requisitos que deben reunir sus integrantes. El artículo 4° establece, entre otros recaudos, que los integrantes de la Comisión se desempeñarán ad honórem y deberán cumplir con el requisito de independencia. No podrán integrarla los legisladores nacionales, provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, quienes ocupen otros cargos públicos electivos y aquellas personas que ejerzan cargos de dirección o conducción en partidos políticos, en asociaciones sindicales o en organizaciones de empleadores.

El artículo 7° estipula que, una vez cumplida la obligación impuesta a las partes del conflicto por el artículo 2° de la ley 14.786 y vencido el plazo de 15 días previsto en el artículo 11 de la misma norma, la parte que se propusiese ejercer medidas de acción directa que involucren a los servicios referidos en el artículo 1° del presente deberá preavisarlo a la otra parte y a la autoridad de aplicación en forma fehaciente y con 5 días de anticipación a la fecha en que se realizará la medida.

Por otra parte, dentro del día inmediato siguiente a aquel en que se efectuó el preaviso establecido en el artículo anterior, las partes acordarán ante la autoridad de aplicación 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 (art. 8°).

Cuando las prestaciones mínimas del servicio se hubieren establecido mediante convenio colectivo u otro tipo de acuerdos, las partes

deberán, dentro del plazo fijado en el artículo precedente, comunicar por escrito a la autoridad de aplicación las modalidades de ejecución de aquéllas, señalando concreta y detalladamente la forma en que se ejecutarán las prestaciones, incluyendo la designación del personal involucrado, pautas horarias, asignación de funciones y equipos (art. 9°).

El artículo 10 establece las sanciones para el supuesto de que no se cumplan las obligaciones previstas por los artículos 7°, 8° y 9° del decreto o si los servicios mínimos acordados fueren insuficientes: la autoridad de aplicación, en consulta con la Comisión de Garantías, fijará dichos servicios mínimos para asegurar la prestación del servicio, así como la cantidad de trabajadores y trabajadoras que se asignarán a su ejecución y demás pautas para el cumplimiento de tales servicios mínimos, 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 del decreto.

Ahora bien, si la actividad de que se trate no se encuentra comprendida dentro del párrafo segundo del artículo 24 de la ley 25.877, la autoridad de aplicación, de oficio o a pedido de las partes involucradas en el conflicto, convocará a la Comisión de Garantías para que proceda a evaluar si se dan los supuestos de los incisos a, o b, del artículo 24 de la ley 25.877 y, en su caso, califique excepcionalmente como esencial tal servicio.

La empresa u organismo prestador del servicio considerado esencial garantizará la ejecución de los servicios mínimos y deberá poner en conocimiento de los usuarios, por medios de difusión masiva, las modalidades que revestirá la prestación durante el conflicto, dentro del plazo de 48 horas, antes del inicio de las medidas de acción directa, detallando el tiempo de iniciación y la duración de las medidas, la forma de distribución de los servicios mínimos garantizados y la reactivación de las prestaciones. Asimismo, deberá arbitrar los medios tendientes a la normalización de la actividad una vez finalizada la ejecución de dichas medidas (art. 12).

Las previsiones del decreto, según el artículo 13, también se pueden aplicar a medidas de acción directa consistentes en un paro nacional de actividades o cualquier otra ejercida por centrales sindicales u or-

ganizaciones empresariales con representatividad sectorial múltiple; se aplicarán las disposiciones establecidas en la presente reglamentación en lo que corresponda.

Finalmente, la inobservancia por alguna de las partes de los procedimientos conciliatorios establecidos en la legislación vigente y las previsiones de la presente reglamentación, o el incumplimiento de las resoluciones dictadas por la autoridad de aplicación o de los pronunciamientos emitidos por la Comisión de Garantías en ejercicio de sus facultades, dará lugar a la aplicación de las sanciones establecidas por las leyes 14.786, 23.551 y 25.212, sus modificatorias y sus normas reglamentarias y complementarias, según corresponda. En tanto, la falta de cumplimiento del deber de trabajar por las personas obligadas a la ejecución de los servicios mínimos dará lugar a las responsabilidades previstas en las disposiciones legales, estatutarias o convencionales que les resultaren aplicables.

VI. Lineamientos jurisprudenciales en torno al derecho de huelga

1. Concepto

La huelga es el poder jurídico de causar un perjuicio absteniéndose de cumplir una prestación laboral como instrumento de presión sobre la voluntad del empleador para compeler a la aceptación de un beneficio o a la efectivización de lo dispuesto por la norma preestablecida (ver *Reflexiones sobre el derecho de huelga*, en D. T. 1991-1581 y ss.) (Fiscalía General, sala V, Dictamen N° 56.215 del 20-12-2012, expte. 54.120/10, “Defilippis, Fernando Javier c/Correo Oficial de la República Argentina SA s/Juicio sumarísimo”, Dr. Álvarez).

En nuestro país no hay ninguna norma de Derecho positivo que defina el concepto de huelga. Por otra parte, su significado es dinámico y responde al medio social de que se trate. Pueden calificarse como huelga todas las medidas que impliquen la suspensión colectiva y provisoria del trabajo o su cumplimiento irregular, dispuestas por la organización sindical con o sin personería gremial, o por grupos de trabajadores, para secundar la reclamación planteada ante los empleadores,

o ante el Estado, con el objeto de obtener su reconocimiento. Esta tesis contempla el amplio espectro de los conflictos ligados a la mejora de las condiciones de vida de los trabajadores, que pueden darse en diversos ámbitos a través de medidas de fuerza no lideradas necesaria ni exclusivamente por el sindicato con personería gremial (sala VI, expte. 29.062/2011, Sent. Def. 66.030 del 24-2-2014, “Cleri, Sebastián Darío c/Correo Oficial de la República Argentina SA s/Juicio sumarísimo”, Dres. Fernández Madrid y Raffaghelli).

2. Titularidad

a) Corte Suprema de Justicia de la Nación

En un caso en que la empresa demandada despidió al actor imputándole haber participado en la convocatoria y realización de medidas de fuerza que, según la empleadora, debían considerarse ilegítimas porque no contaron con el aval de los sindicatos que representaban al personal, con fundamento en la ley 23.592, el actor reclamó la invalidez del despido dispuesto calificándolo de discriminatorio. La Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo admitió el reclamo de invalidación del despido y condenó a la demandada a reinstalar al actor en su puesto de trabajo y a pagarle tanto los salarios caídos desde el cese hasta la efectiva reincorporación como también un resarcimiento por daño moral. La Corte dejó sin efecto el pronunciamiento con los alcances expuestos en sus considerandos. Al respecto y en lo que aquí nos interesa, cabe remarcar que se dijo lo siguiente.

Al obstaculizar el normal desarrollo de las actividades de producción de bienes o de prestación de servicios en las que los trabajadores se desempeñan, las medidas de acción directa no sólo perjudican al empleador sino que también afectan los intereses de los destinatarios de dichos bienes y servicios, es decir, de los consumidores o usuarios, por lo que el desarrollo de la huelga provoca una evidente tensión con el ejercicio de los derechos del empleador así como también con derechos de terceros o de la sociedad que también cuentan con protección constitucional.

La huelga debe considerarse como un acto colectivo en la deliberación que lleva a una agrupación de trabajadores a declararla para

tutelar sus intereses; celebrado el acuerdo sobre la huelga, corresponde a cada trabajador un derecho subjetivo de realizarla, de modo que la proclamación de la huelga es una condición previa para que surja el derecho del particular a abstenerse del trabajo o a retacearlo.

El ejercicio del derecho de huelga exhibe dos facetas: una individual, que se identifica con el derecho del trabajador singular de adherirse o no a una huelga declarada, y otra indudablemente colectiva, pues fijar reivindicaciones, declarar o poner fin a la huelga, o negociar la solución del conflicto, son atribuciones que necesariamente se ejercen a través de una agrupación de trabajadores.

El ejercicio del derecho colectivo de declarar una huelga condiciona el ejercicio del derecho individual de adherirse o no a ella en un sentido material y en un sentido formal: en sentido material, porque no es posible adherirse a una huelga no convocada, y en un sentido formal, porque el ejercicio individual será legítimo si legítima fuese la convocatoria de la huelga.

Dentro del diseño normativo del artículo 14 bis en tres mandas diferenciadas no puede dejar de advertirse que el derecho de huelga se inserta en el segundo bloque que contiene el catálogo de los derechos reconocidos a las entidades gremiales, y lo hace inmediatamente después de la disposición final del primer bloque que reconoce el derecho de sindicación de los trabajadores, por lo que, desde una perspectiva de análisis que hace pie en el examen integral del texto de la norma, es indudable que la titularidad del derecho a declarar una huelga pertenece a un colectivo de trabajadores organizados en función de intereses comunes, no al trabajador en forma individual ni a cualquier grupo de trabajadores.

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”.

Si el artículo 14 bis de la Constitución Nacional puso 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 e impuso el requisito de la inscripción en un registro especial como medida de control del cumplimiento de tales directivas, no resulta lógico admitir 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 adoptar medidas de acción directa) tanto a las organizaciones que cumplen con todos estos recaudos como a simples grupos informales a los que no les exige satisfacer ninguno de ellos.

Dado que el único requisito al que el artículo 14 bis de la Constitución Nacional supedita el ejercicio de los derechos sindicales por parte de las organizaciones de trabajadores es el de su simple inscripción en un registro especial, cabe concluir que el legítimo ejercicio del derecho de huelga está subordinado a que el sujeto que la dispone haya cumplido con tal recaudo de inscripción (CSJN, “Orellano, Francisco Daniel c/Correo Oficial de la República Argentina SA s/Juicio sumarísimo”, del 7-6-2016).

b) *Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo*

Por otra parte, en la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo se ha dicho lo siguiente.

Cabe afirmar el carácter colectivo del sujeto, aunque no implica identificar sujeto colectivo con sindicato y, menos aún, sindicato con personería gremial. Ello es coherente con los principios emergentes de la libertad sindical y con la doctrina elaborada por la denominada “libertad sindical negativa”, que se basa en el derecho a no afiliarse y a la cual parecería hacer referencia concreta la CSJN en el fallo “ATE c/Estado Nacional”. Si se tiene en cuenta que el alto tribunal, en la sentencia mencionada, ha juzgado vinculante a lo decidido por los órganos de control y aplicación de los organismos internacionales, es correcto vaticinar un serio reproche de inconstitucionalidad, por violación a la pirámide legislativa, a una interpretación como la que

considera al sindicato con personería gremial como único titular del derecho a la huelga. Para saber cuál es el sujeto, se debe elucidar con carácter previo qué tipo de conflicto se ha encendido. El “sujeto colectivo dinámico” a veces puede ser identificado con una simple coalición de trabajadores o un sindicato con personería gremial, según cual fuere la teleología de la contienda (Fiscalía General, sala V, expte. 54.120/10, Dictamen N° 56.215 del 20-12-2012, “Defilippis, Fernando Javier c/Correo Oficial de la República Argentina SA s/Juicio sumarísimo”, Dr. Álvarez).

La titularidad del derecho de huelga concierne al grupo de trabajadores de la actividad u oficio, unidos por una causa y no a ellos como sujetos individuales. O sea, lo colectivo subyace en lo que respecta al sujeto del derecho de huelga, más allá de que exista una decisión individual que debe materializarse en el intento de concertar la medida de acción directa. Ante el interrogante de si el grupo colectivo debe estar formalizado como asociación sindical o si basta la pluralidad concertada, la CSJN consideró inadmisibile la necesidad de una afiliación a una asociación sindical con personería gremial para ejercer la representación de los trabajadores. Dicha interpretación se proyecta en forma clara sobre el sujeto del derecho de huelga, porque de no seguir dicho criterio el grupo colectivo estaría obligado a afiliarse a un sindicato para poder ejercer el medio de presión que cuenta con protección constitucional. El artículo 5º, inciso d, de la ley 23.551 incluye como derecho de todas las asociaciones sindicales –sin circunscribirlo a las que cuentan con personería gremial– el derecho de huelga y de “adoptar demás medidas legítimas de acción sindical”, y el artículo 31, al describir los “derechos exclusivos” de los sindicatos con personería gremial, no menciona el derecho de huelga, por tanto no podría entenderse que las medidas de acción directa son exclusivas de la asociación con personería gremial (sala I, expte. 53.143/10, Sent. Def. 88.455 del 28-12-2012, “Orellano, Francisco Daniel c/Correo Oficial de la República Argentina SA s/Juicio sumarísimo”, Dres. Vázquez y Vilela).

Cuando la Constitución alude a los “gremios”, está colocando en cabeza del grupo de trabajadores la titularidad del derecho de huelga. La ley reglamentaria del funcionamiento de los sindicatos no otorga

a éstos dicha atribución en exclusividad. Ello conduce a desechar la tesis que, sin texto expreso, restringe a los sindicatos el derecho reconocido por la Constitución Nacional. Mucho más la que lo reserva para los sindicatos con personería gremial, categoría legal no contemplada en el marco constitucional. El carácter operativo y autoaplicable de los artículos 14 bis de la Constitución Nacional, 44, inciso c, de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, 27 de la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, y 11 de la Declaración Sociolaboral del Mercosur llevan a concluir que los trabajadores –en este caso: el actor en el marco del conflicto colectivo en el cual ejerció sus derechos– son titulares del derecho de huelga. Los artículos 5º, inciso d, y 16, inciso i, de la ley 23.551 no pueden ser interpretados en el sentido de que la huelga sea un derecho exclusivo de las asociaciones sindicales a la luz de los principios y reglas del Derecho Universal de los Derechos Humanos Laborales, y mucho menos de los sindicatos con personería gremial, máxime teniendo en cuenta la clara doctrina consagrada por el supremo tribunal federal en los casos “Asociación Trabajadores del Estado c/Ministerio de Trabajo” y “Rossi, Adriana María c/Estado Nacional. Armada Argentina”, sentencias dictadas el 11 de noviembre de 2008 y el 9 de diciembre de 2009, respectivamente (sala V, expte. 54.120/10, Sent. Def. 75.279 del 14-6-2013, “Defilippis, Fernando Javier c/Correo Oficial de la República Argentina SA s/Juicio sumarísimo”, voto del Dr. Zas).

Corresponde desestimar el planteo de nulidad del despido pretendido por el accionante con sustento en el artículo 1º de la ley 23.592, así como la reinstalación en su puesto de trabajo, el reconocimiento de salarios caídos y el reclamo por daño moral, consecuencias éstas que imputaran a la conducta discriminatoria atribuida a la empresa, en cuanto las medidas de fuerza llevadas a cabo no contaron con el aval de los sindicatos que representan al personal. La CSJN, al pronunciarse en el caso “Orellano”, indicó que la titularidad del derecho a declarar una huelga pertenece a un colectivo de trabajadores organizados en función de intereses comunes –los “gremios”–, no al trabajador en forma individual ni a cualquier grupo de trabajadores, ello desde una perspectiva de examen integral del texto del artículo 14 bis, CN, donde ese derecho se inserta en el segundo bloque que contiene

el catálogo de los derechos reconocidos a las entidades gremiales, y que lo hace inmediatamente después de la disposición final del primer bloque que reconoce el derecho de sindicación de los trabajadores (sala VII, expte. 26.935/2011, Sent. Def. 49.668 del 16-9-2016, “Conte, Maximiliano c/Correo Oficial de la República Argentina SA s/Juicio sumarísimo”, Dres. Rodríguez Brunengo y Ferreirós).

3. *Salarios durante la huelga*

En tanto la responsabilidad del empleador no se funde en ley que razonablemente la imponga, ni en su conducta culpable o en una convención, la imposición del pago de salarios en los días de huelga vulnera los derechos que garantizan los artículos 14 y 17 de la CN, que no pueden desconocerse con base en lo prescripto en el artículo 14 nuevo de la CN.

La sola circunstancia de que los salarios reclamados correspondan al lapso durante el cual ha tenido lugar una huelga no calificada por la administración no justifica el reconocimiento judicial del derecho a su cobro por parte de quienes intervinieron en el movimiento.

Procede el recurso extraordinario, con fundamento en la doctrina sobre la arbitrariedad, y corresponde dejar sin efecto el fallo que, omitiendo pronunciamiento acerca de la legalidad o ilegalidad de la huelga, hace lugar al cobro del salario de los días no trabajados (CSJN, “Buhler, Erico y otros c/Talleres Galc y Cía. SRL”, de 1963, *Fallos*: 256:307).

Los trabajadores no tienen derecho a percibir los salarios que se devengan durante el conflicto, y rige el principio “ningún salario sin trabajo”, ya que la referida suspensión opera sobre el ya mencionado deber de asistencia y puntualidad que implica ese “estar a disposición” que da nacimiento al crédito remuneratorio. Esta conclusión puede tener un matiz diferenciador susceptible de originar una consecuencia patrimonial. Si los trabajadores recurren a la huelga como instrumento de aquello que se ha llamado “presión ejecutiva” para conjurar el incumplimiento de una norma vigente y por esa razón se abstienen de prestar servicios, pierden el derecho al salario como tal, porque se rompe la ecuación “trabajo-remuneración”, pero se convierten en acreedores de una reparación por este perjuicio, que ha sido causado por

la antijuridicidad del empleador y, por lo tanto, tienen derecho a un resarcimiento que, como mínimo, coincida con la retribución que se hubiese devengado. Vale decir que se mantiene la relación de indemnidad, con la salvedad de que el crédito carece de naturaleza salarial, ya que su esencia es indemnizatoria (Fiscalía General, sala II, expte. 33.582/07, Dictamen N° 57.929 del 1-8-2013, “Asociación Trabajadores del Estado ATE c/Hospital de Pediatría SAMIC Dr. Prof. J. P. Garrahan s/Juicio sumarísimo”, Dr. Álvarez).

Sólo en los casos en los cuales los trabajadores recurren a la huelga como instrumento de aquello que se ha llamado “presión ejecutiva” para conjurar el incumplimiento de una norma vigente, y por esa razón se abstienen de prestar servicios, pierden el derecho al salario como tal, porque se rompe la ecuación “trabajo-remuneración”, pero se convierten en acreedores de una reparación por este perjuicio que ha sido causado por la antijuridicidad del empleador y, por lo tanto, tienen derecho a un resarcimiento que, como mínimo, coincida con la retribución que se hubiere devengado. Vale decir que se mantiene la relación de indemnidad, con la salvedad de que el crédito carece de naturaleza salarial, ya que su esencia es indemnizatoria (sala II, expte. 33.582/ 2007, Sent. Def. 102.039 del 15-8-2013, “Asociación Trabajadores del Estado ATE c/Hospital de Pediatría SAMIC Dr. Prof. J. Garrahan”, Dres. Pirolo y Maza).

Resultan injustificadas las suspensiones disciplinarias dispuestas en perjuicio de los trabajadores por el hecho de haber participado y colaborado en forma activa en un paro que se extendió durante doce horas, el cual no fuera dispuesto por entidad gremial reconocida, en reclamo de una mejora de las condiciones de trabajo. Si bien los trabajadores del caso no gozaban de la tutela sindical prevista en la ley 23.551, ello no los priva de la protección genérica que el artículo 14 bis, CN, establece a favor de los gremios y los trabajadores en el ejercicio de la libertad sindical, entendida ésta como un conjunto de derechos, potestades, privilegios e inmunidades otorgadas por las normas constitucionales, internacionales y legales a los trabajadores (en la faz individual) y a las organizaciones voluntariamente constituidas por ellos (en la faz colectiva), para garantizar el desarrollo de las acciones lícitas destinadas a la defensa de sus intereses y al mejora-

miento de sus condiciones de vida y trabajo. Consecuentemente, la pretensión de pago de los salarios caídos durante el lapso de la suspensión resulta procedente (sala X, expte. 17.025/2011/CA1, Sent. Def. del 11-3-2016, “Luzuriaga, Marina Laura y otros c/Sist. Nac. de Medios Públicos Soc. del Estado Unidad de Neg. Radio Nacional s/Diferencias de salarios”, Dres. Stortini y Corach).

No se configura en el caso un claro ilícito laboral colectivo porque la medida de acción directa implica la suspensión de la relación laboral que se refleja en el salario y no constituye, por sí, una antijuridicidad advertir que se deducirían de modo directo los importes remuneratorios concernientes a la adhesión a una huelga que implica la ausencia de prestación de servicios. El anuncio de la empresa indicativo de que ejercería sus derechos en el marco contractual no refleja una conducta “típicamente antijurídica y culpable”. Con relación a los descuentos en los salarios y premios cabe señalar que la huelga suspende sólo ciertos efectos del contrato que están relacionados con el sinalagma originario del contrato de trabajo, es decir, aquellas prestaciones que para las partes constituyen normalmente “la causa fin”, la tarea y la remuneración que corresponda por ésta (sala I, expte. 101.730/CA1, Sent. Def. 92.311 del 21-2-2018, “Sindicato Único de Trabajadores del Neumático Argentino c/Pirelli Neumáticos SA s/Juicio sumarísimo”, Dras. Hockl y González).

4. *Finalidad de la huelga. Daño producido*

Todo el daño producido por la abdicación de la prestación laboral debe ser soportado por el empleador, y si consideramos que la huelga es un derecho, no puede existir responsabilidad sindical, ni colectiva, ni individual, por los perjuicios que ésta apareja a los empleadores y a los terceros, en la medida que éstos, sea cual fuere su extensión y su nexo causal, se remiten a consecuencias inmediatas, mediatas o causales del no hacer. No puede soslayarse que el instar a la participación de los demás trabajadores en una huelga es típico del dirigente o activista y constituye el ejercicio de un derecho emergente de la libertad sindical, que no podría ser reprochado, salvo que concluyera en una presión inadmisibles sobre el grupo colectivo (Fiscalía General, sala IV, expte. 48.840/2010, Dictamen N° 61.816 del 31-10-2014,

“Jumbo Retail Argentina SA c/Vargas, Diego Armando s/Otros reclamos. Daños y perjuicios”, Dr. Álvarez).

Dado que en el caso el trabajador –delegado sindical–, en ejercicio de su derecho a huelga, no se limitó a un “no hacer”, es decir, a una abstención de prestar servicios, sino que incurrió en conductas que implicaron un “hacer”, al no permitir el ingreso al local cerrando las puertas de acceso, obstaculizando el libre ejercicio de la empresa a disponer de su propiedad (art. 18, CN), la empresa lo demandó en reclamo de “daño emergente” por las ganancias que presuntamente dejó de percibir por las ventas que no pudo realizar a raíz del accionar del trabajador y el decomiso de gran cantidad de mercadería, así como también por el supuesto “daño a su imagen” a raíz de las conductas que el demandado adoptó dentro del conflicto gremial. Si bien en principio cabría concluir que se encuentra configurado el obrar anti-jurídico que se le endilgó al demandado por encontrarse el caso sustentado en normas del Derecho Civil, toda vez que los hechos no quedaron acreditados de manera cabal ya que fueron introducidos de manera dogmática por parte de la accionante, cabe concluir que las conductas aludidas resultan típicas de la periferia de la conflictividad y por ende no cabría responsabilizar al trabajador demandado por intentar que los restantes se plieguen a la huelga, o afectar el normal desenvolvimiento de la actividad comercial, ya que se trata de expresiones propias del ejercicio de la libertad sindical, así como del derecho de abstenerse a trabajar (sala IV, expte. 48.840/2010, Sent. Def. 98.476 del 26-11-2014, “Jumbo Retail Argentina SA c/Vargas, Diego Armando s/Otros reclamos. Daños y perjuicios”, Dres. Guisado y Marino).

5. Despido por huelga

El despido no puede basarse en un hecho que ya fue objeto de apercibimiento y sanción anterior. Por lo tanto, la actitud de la demandada de disolver el vínculo de trabajo era injustificada. Sin embargo, los hechos imputados por la empleadora al actor se dieron en el marco de un conflicto como consecuencia del ejercicio del derecho de huelga, que efectuaron los trabajadores de la demandada, mediante la ocupación de la empresa (art. 14 bis de la CN), cuando ésta decide despidos masivos de sus trabajadores. Esto motivó la intervención del

Sindicato de Trabajadores de la Industria de la Alimentación, Filial Buenos Aires, y provocó el inicio de reclamos ante el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social. Sin embargo, la empresa continuó con los despidos, entre ellos el del actor. Estas circunstancias llevan a afirmar que el despido del actor se debió al conocimiento que tenía la empresa de la pretensión del actor de constituirse en candidato para formar parte de la Comisión de Relaciones Internas en el establecimiento, además de su activa participación sindical, aun cuando no contaba con la calidad de delegado sindical. En el caso, se configura una clara hipótesis de discriminación para con el demandante, lo que impone la aplicación a la especie de la ley 23.592. Las actividades relacionadas con la actividad sindical se encuentran autorizadas en los artículos 3º y 4º de la ley 23.551 (sala III, expte. 48.067/2009, Sent. Def. 92.896 del 21-12-2011, “Coronel, Nicolás Gastón c/Kraft Foods Argentina y otros SA s/Juicio sumarísimo”, Dres. Cañal y Rodríguez Brunengo).

No es la empresa demandada quien puede calificar un conflicto como colectivo o individual, y tampoco es de su competencia calificar el tipo de huelga decretada a raíz de los despidos dispuestos. El derecho de huelga está garantizado por el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, y en el caso no se advierte que pudiera hablarse de “huelga de solidaridad”, en tanto se reclamaba por la pretensión de despedir a quienes pretendían postularse como candidatos a delegados de personal. Todos esos datos que surgen de las pruebas producidas ratifican que la decisión de la demandada de insistir con el despido del actor encubría su intención de abortar su postulación como delegado, lo que constituye una clara violación de la libertad sindical (sala VII, expte. 5463/08, Sent. Def. 44.493 del 13-7-2012, “Zanotti, Guillermo Oma y otro c/United Airlines Inc. y otros s/Despido”, Dras. Fontana y Ferrerós).

El solo hecho de participar en una o más medidas de acción sindical –aunque analizadas en el plano colectivo sean injustas, ilegales o ilegítimas– no basta para que se considere que el trabajador fue despedido con justa causa en los términos del artículo 242, LCT, pues es necesario demostrar que las modalidades y circunstancias personales configuraron una injuria que por su gravedad no consiente la prosecución de la relación.

Si bien no es lo mismo despedir arbitrariamente que discriminar a través del despido, cuando la empleadora adopta la extrema sanción de extinguir la relación a raíz de la participación del trabajador en un reclamo de índole colectiva, la motivación antisindical de la medida se presume, y sólo podría ser conjurada cuando las características de lo acontecido y la actitud asumida a nivel individual por el dependiente permitiesen descalificar su conducta en función de hechos diversos o claramente exorbitantes del reclamo colectivo. En el caso, no se ha demostrado que el actor hubiere incurrido en una inconducta de gravedad tal que tornara imposible la continuidad de la relación, por lo que no se advierten elementos objetivos de juicio que permitan conjurar la presunción antes referida en cuanto a la motivación discriminatoria y antisindical del despido dispuesto con sustento en el ejercicio por parte del trabajador de los derechos derivados de la libertad sindical que, en nuestro ordenamiento, se encuentra garantizada a nivel constitucional (sala II, expte. 26.935/2011, Sent. Def. 101.849 del 31-5-2013, “Conte, Maximiliano c/Correo Oficial de la República Argentina SA s/Juicio sumarísimo”, Dres. Piroló y Maza).

En el caso se demostró la verosimilitud de que la cesantía de los actores constituyó un despido discriminatorio antisindical, teniendo en cuenta que se debe adoptar un criterio amplio de interpretación al estar en juego la libertad sindical y el derecho de huelga, a lo que cabe añadir que, como señaló recientemente el supremo tribunal federal, el derecho a la no discriminación arbitraria ha ingresado en el dominio del *jus cogens* (conf. CSJN, “Álvarez, Maximiliano y otros c/Cencosud SA”, del 7-12-2010). El peligro en la demora viene demostrado por la necesidad de presencia de los accionantes en el lugar de trabajo en calidad de activistas para ejercer la acción colectiva idónea para desarrollar el proceso eleccionario en el ámbito laboral del establecimiento cuyos trabajadores pretenden representar. Por lo tanto, las demandadas deben reincorporar a los actores a sus puestos de trabajo (sala V, expte. 68.774/2010, Sent. Int. 30.831 del 24-4-2014, “U. M. M. C. c/S. T. L. s/Acción de amparo”, Dres. Zas y Arias Gibert).

Cuando se trata de despidos discriminatorios, por la gravedad e ilicitud del hecho, la ley 23.592 ordena la reparación *in natura*, al ordenar volver las cosas al estado anterior, lo que indica, sin dudas,

la reposición en el cargo para los trabajadores, con más la reparación pecuniaria del daño material y moral. Cuando el dador de trabajo incumple ilegítimamente su obligación, en los casos ajenos al artículo 245, LCT, es decir, no ya sin causa, sino por discriminación o fraude, el acto es nulo y dicha nulidad descarta del mundo jurídico por ineficacia esos actos y por lo tanto la relación laboral continúa con prescindencia de ese acto ineficaz e inexistente (en el caso, la actora que trabajaba desarrollando tareas de seguridad en el Aeropuerto Internacional de Ezeiza actuó como activista sindical. Luego de un paro fue despedida y afirma que el despido decidido por la demandada fue discriminatorio y violatorio de la libertad sindical, por lo que deviene nulo) (sala VII, expte. 42.943/2012, Sent. Def. 47.795 del 30-6-2015, “Ramírez, Laura Argentina c/Seguridad Argentina SA s/Juicio sumarísimo”, Dres. Ferreirós y Rodríguez Brunengo).

Ser despedido por causa de una medida de acción sindical es afectar la fe en la única garantía inmediata de los humildes, de los que necesitan la acción coordinada de las pequeñas voluntades plurales para establecer una cuenta por uno del interés colectivo. Es que las libertades sindicales –particularmente la huelga– tienen por objeto restablecer la igualdad de potencia que la adopción del sistema de mercado trastorna en la relación entre quienes colocan productos en el mercado y quienes ponen en el mercado la fuerza de trabajo como elemento de producción (sala V, expte. 39.173/2013/CA1, Sent. Def. del 4-7-2016, “Santillán, Mónica Beatriz c/Artes Gráficas Modernas SA s/Diferencias de salarios”, Dres. Arias Gibert y Marino).

El solo hecho de participar en una o más medidas de acción sindical –aunque analizadas en el plano colectivo sean injustas, ilegales o ilegítimas– no basta para que se considere que el trabajador fue despedido con justa causa en los términos del artículo 242, LCT, pues es necesario demostrar que las modalidades y circunstancias personales del caso concreto –analizadas en el plano individual dentro de un conflicto de derecho– configuraron una injuria que por su gravedad no consiente la prosecución de la relación. Si bien el actor participó junto con otros compañeros del sector de un paro de actividades, ello no amerita la aplicación de la máxima sanción en desmedro del principio de continuidad de la relación laboral –conforme al artículo 10 de la LCT–,

máxime cuando no se ha demostrado que el demandante hubiere incurrido en una conducta de gravedad tal que tornara imposible la continuidad de la relación, pues no se advierten elementos objetivos que permitan aceptar un ejercicio abusivo por parte del trabajador de los derechos derivados de la libertad sindical garantizada a nivel constitucional (art. 75, inc. 22, CN, y Convenio 87 de la OIT) (sala VI, expte. 8792/2012, Sent. Def. 71.361 del 7-8-2018, “Sunda, Marcelo c/Rex Argentina SA y otro s/Despido”, Dres. Raffaghelli y Craig).

La participación en una medida de fuerza no constituye en rigor una causal de despido, pues para ello es necesario que se curse al trabajador en huelga una intimación previa para que retome sus tareas y sólo en caso de inobservancia de dicha intimación se podrá considerar a la medida como injuria en los términos del artículo 242, LCT. En el caso, la empleadora adoptó una actitud sencillamente observadora de los hechos a lo largo de varios días, para luego, y sin mediar previo aviso, castigar con la máxima sanción a la actora por su participación en una medida de fuerza, cuya legalidad no resultó controvertida por las partes. Por ende, se trata de un despido claramente incausado, en la medida en que la actora se abstuvo de prestar servicios en el marco de una medida de fuerza, ejerciendo el derecho consagrado por el artículo 14 bis de la Constitución Nacional y por diversas cláusulas de tratados internacionales con jerarquía constitucional, sin invocarse ni mucho menos demostrarse un hecho injurioso imputable a la actora (sala V, expte. 25.870/2013/CA1, Sent. Def. 82.437 del 21-2-2019, “Pucheta, Ramona c/Aluex SA s/Despido”, Dres. Arias Gibert y Craig).

6. Reincorporación de los despedidos por huelga

Los hechos que imputa la empleadora al actor se dieron en el marco de un conflicto como consecuencia del ejercicio del derecho de huelga que efectuaron los trabajadores de la empresa Kraft Foods Argentina SA, mediante la ocupación de la empresa (art. 14 bis de la CN). Frente a la prueba del acto discriminatorio (despido en razón de la actividad gremial desplegada por el trabajador), corresponde disponer la nulidad del despido y también la reinstalación del trabajador a su puesto de trabajo, atento a que al concluirse que el distracto fue nulo, este acto rescisorio retrotrae las cosas a su estado anterior. A su vez, el acto

discriminatorio determina la responsabilidad extracontractual de la empresa demandada, en el sentido del deber de reparar un perjuicio, mediante una indemnización en concepto de daño moral (sala III, expte. 48.067/2009, Sent. Def. 92.896 del 21-12-2011, “Coronel, Nicolás Gastón c/Kraft Foods Argentina y otros SA s/Juicio sumarísimo”, Dres. Cañal y Rodríguez Brunengo).

Con motivo de una huelga, y en términos más generales de un conflicto colectivo, se dan casos en que la empresa afectada despide a todo el personal y reincorpora a unos pocos de ellos, a cuyo respecto se ha pronunciado la CSJN en la causa “Salido, Francisco y otros c/Artes Graficas Rem SA” (*Fallos*: 256:24), en el sentido de que no cabe prescindir de la declaración de ilegalidad de una huelga e invocar en cambio, como única circunstancia, la actitud del empleador de reincorporar sólo a un sector de los trabajadores que participaron del movimiento. En el mismo sentido, la CNAT dictó el fallo plenario 93, “Navarro, Ángel y otros c/Cervecería y Maltería Quilmes SA” (D. T. 1964-29), estableciendo que los jueces no pueden prescindir de la declaración referente a la legalidad de la huelga, invocando como única circunstancia la actitud del empleador de reincorporar un sector de los trabajadores que participaron en ella. De ello se infiere que la declaración de ilegalidad y el consiguiente juicio sobre la validez de los despidos no está condicionada por la reincorporación de alguno de los trabajadores afectados, entonces el principio de igualdad de trato no es aplicable en materia de despido (conf. CSJN, “González, Roberto c/Banco Mercantil Argentino SA”, L. T. XXV-A-369) (sala VI, expte. 7860/08, Sent. Def. 64.494 del 31-10-2012, “Luna, Sergio Daniel c/United Airlines Inc. s/Despido”, Dres. Fernández Madrid y Raffaghelli).

7. *Acto discriminatorio por razones gremiales*

El actor participó –al igual que el resto del personal– de algunas de las asambleas realizadas en el contexto de diversos conflictos dentro de la empresa, pero no surge acreditada su incidencia directa en la acumulación del trabajo, así como tampoco su participación en disturbio alguno. De considerarse que hubo un incumplimiento a la prestación laboral por su parte, conforme el deber de buena fe y en el marco del

principio de conservación del contrato (arts. 63 y 10, LCT), la demandada tenía la carga de requerir oportunamente al dependiente que se abstuviera de incurrir en conductas que considerara irregulares y no adoptar una actitud meramente contemplativa con el desarrollo de los comportamientos de su personal para, una vez finalizados, aplicar la máxima sanción. Lo resuelto por la CSJN en el caso “Orellano, Francisco Daniel c/Correo Oficial de la República Argentina SA” (*Fallos*: 339:760) no implica considerar justificado el despido como acto extintivo del vínculo pues claramente se pronuncia “en lo que concierne al debate suscitado en torno a la titularidad del derecho de huelga...” (sala IV, expte. 44.057/2009, Sent. Def. 102.222 del 30-3-2017, “Lafuente, César Roberto c/Correo Oficial de la República Argentina SA s/Otros reclamos. Nulidad de acto discrim.”, Dres. Pinto Varela y Guisado).

Si bien la manda de cesar el acto antijurídico se volvió abstracta en este estado, ante la reincorporación del trabajador en sus tareas habituales, las consecuencias jurídico-económicas por los daños ocasionados no pueden ser descartadas. La postura contraria implicaría conculcar de forma velada la conducta antijurídica del acto de represalia. En la causa se ha irrogado un daño moral específico como resultado de la afectación de una libertad pública fundamental con merma del proyecto de vida y como consecuencia de la garantía colectiva de la libertad individual que asume la existencia de una libertad sindical. El ejercicio de estas libertades sindicales –particularmente la huelga– tiene por objeto restablecer la igualdad de potencia que la adopción del sistema de mercado trastorna en la relación entre quienes colocan productos en el mercado y quienes ponen en el mercado la fuerza de trabajo como elemento de producción. Asimismo, respecto al pedido del actor de la necesidad de publicación y difusión de la sentencia de autos, se impone a la empresa demandada la obligación de comunicarla por correo electrónico a la totalidad de los empleados. A su vez, durante un mes deberá colocar frente al *locker* de los trabajadores un cartel de 1 metro por 50 centímetros con la leyenda “La libertad sindical es en la República Argentina una libertad pública fundamental” y otro de iguales características frente a la Oficina de Recursos Humanos (sala V, expte. 11.385/2016/CA1, Sent. Def. 80.458 del 31-7-2017,

“Morelli, Cristian Maximiliano c/Volkswagen Argentina SA s/Juicio sumarísimo”, del voto de Arias Gibert en mayoría; Dras. Marino y Craig).

Ante la inexistencia de norma alguna que imponga algún tipo de sanción o multa ante supuestas medidas de carácter antisindical o que obstruyesen la actividad sindical, como afirma la parte actora y que fue lo que aconteció en el caso, no hay razón para imponer una sanción económica en este aspecto, ni tampoco disponer una reparación en concepto de “daño moral”. Además de haber sido finalmente reintegrado a sus funciones habituales sin modificación alguna de sus condiciones laborales, y no habérsele dejado de abonar su salario mientras estuvo prestando tareas en la fábrica, lo cierto es que en la demanda no se petitionó sanción alguna a la accionada por “práctica desleal”, limitándose a reclamar una sanción extrapatrimonial o daño moral por dicha circunstancia (sala V, expte. 11.385/2016/CA1, Sent. Def. 80.458 del 31-7-2017, “Morelli, Cristian Maximiliano c/Volkswagen Argentina SA s/Juicio sumarísimo”, del voto de la Dra. Marino en minoría; Dres. Arias Gibert y Craig).

8. *Actos intimidatorios. Violencia en contexto de huelga*

El ejercicio del derecho de huelga no significa convertir en lícita cualquier conducta de acción directa, ni obsta a sancionar los hechos que exceden el ejercicio razonable de dicho derecho o que revisten naturaleza delictuosa (CSJN, “Ribas Riego y otros”, de 1964, *Fallos*: 258:267).

No siempre resultaría injustificado despedir a una persona que intervenga en una medida de fuerza y por tanto su reinstalación sin más en su puesto de trabajo, cualquiera haya sido la conducta/s o el incumplimiento/s en que haya incurrido. Trátase de una cuestión a decidir caso por caso, de acuerdo con sus circunstancias y con las pruebas que se produzcan e invocaciones que se hagan también en cada supuesto que se presente; así, hipotéticamente, podrían configurarse incluso dentro del marco de una huelga o conflicto colectivo conductas tales que –ya sea por su violencia, por sus alcances, por sus consecuencias– impliquen una injuria tal que autorice a despedir a aquel que las rea-

lizara, sea o no un activista sindical de hecho. En el caso, no hay razones tales que autoricen a encuadrar la conducta del actor en semejante supuesto, pues lo ocurrido no fue más allá de la forma en que habitualmente se desarrolla este tipo de conflictos, y no está probado que el actor haya golpeado o agredido físicamente a sus compañeros, ni quedó acreditada una agresión verbal concreta ni daños a la propiedad ajena ni perjuicios específicos ajenos a los que cualquier paro o huelga provoca –necesariamente– en tanto implica retención de los servicios que prestan uno o más trabajadores (sala V, expte. 51.236/10, Sent. Def. 74.281 del 13-7-2012, “Mollo, Guillermo Martín c/Abrea y Vázquez SRL s/Juicio sumarísimo”, voto de los Dres. García Margalejo, Arias Gibert y Zas).

La norma del artículo 47, LAS, tiene como presupuesto el ejercicio regular de una libertad sindical. Estas libertades sindicales, en cuanto tienen como sujeto activo al trabajador, son reseñadas por el artículo 4º, LAS. Sólo tienen derecho a la estabilidad los trabajadores que poseen representación sindical orgánica y no los activistas y militantes en cuanto tales. El artículo 47, LAS, no otorga derecho a la estabilidad, su efecto es hacer cesar el hecho o acto jurídico que impide u obstaculiza el ejercicio regular de una libertad sindical. En el caso, no se extrae de prueba alguna que el accionante haya ultrapasado la protección constitucional mediante amenazas contra la libertad de trabajo, ni comisión de actos de violencia contra las personas y los bienes de la empresa, extremos que podrían haber dejado a aquél fuera del ámbito de protección del artículo en cuestión. Los daños alegados por la empresa como causados por los hechos en los que intervino el actor no son más que el medio de presión con el que cuentan los trabajadores frente a la empleadora para obtener el objetivo buscado; la huelga se hace para causar un daño en pos de obtener un beneficio (sala V, expte. 54.120/10, Sent. Def. 75.279 del 14-6-2013, “Defilippis, Fernando Javier c/Correo Oficial de la República Argentina SA s/Juicio sumarísimo”, del voto de los Dres. Arias Gibert y Zas).

Si bien el personal despedido junto con los delegados de la Comisión Interna amenazaron a los compañeros que querían trabajar, tal proceder no es más que el ejercicio del derecho de la libertad sindical, donde aquéllos pretendían impedir que se realizara el trabajo, a fin de poder

cumplir con la medida de fuerza decretada por el sindicato. Con respecto al daño que necesariamente se irroga en una huelga, no es admisible la agresión ni la violencia física. En este punto, el tema se torna espinoso, porque no siempre es posible establecer si la violencia implica agresión física con sus compañeros, empleadores, personal policial, transeúntes, etcétera, lo que podría tratarse también de un acto de defensa propia. En el caso, no se ha probado que el actor haya intervenido en hechos violentos, por ende, corresponde no sólo disponer la nulidad del despido, sino que también debe ser restituido a su puesto habitual de trabajo en idénticas condiciones (arts. 1044 y 1083 del Cód. Civ.), con el cobro de los salarios caídos hasta la efectiva reincorporación (sala III, expte. 20.245/2010, Sent. Def. 93.944 del 31-3-2014, “Castillo, Esteban Walter c/Kraft Foods Argentina SA y otros s/Juicio sumarísimo”, Dres. Cañal y Rodríguez Brunengo).

En el marco de una huelga en la que participó el actor, quedó demostrado que el accionante no profesó el debido respeto a las instituciones y a la legalidad vigente, en tanto violó los términos impuestos por la conciliación obligatoria decretada por el Ministerio de Trabajo en uso de facultades y competencias que le son propias; y estando también suficientemente acreditado que aquél participó en hechos violentos que pusieron en riesgo tanto a personas como a cosas del establecimiento fabril de la demandada, conducta que de esta forma traspasó el claro límite fijado por la doctrina de la OIT para la vigencia de la tutela de este tipo de acciones sindicales; además, la demandada ha logrado acreditar las causas en las que fundó el despido del actor, y esa decisión resulta plenamente justificada a la luz de lo dispuesto por el artículo 242, LCT, por lo que en modo alguno puede calificarse la misma como violatoria del artículo 1º de la ley 23.592 (sala VII, expte. 48.066/2009, Sent. Def. 46.402 del 26-3-2014, “Galván, Jorge Daniel c/Kraft Foods Argentina SA s/Juicio sumarísimo”, Dres. Fontana y Ferreirós).

En el caso, los reclamantes participaron de piquetes en el acceso del establecimiento. Carecían de representación gremial e incluso actuaron bajo el repudio del sindicato, con personería, que los nucleaba. Las acciones en cuestión consistieron en amedrentar y agredir a compañeros de trabajo que no se plegaron a la medida de fuerza, dañaron

bienes de la demandada y paralizaron la producción, pese a los intentos conciliadores de la empresa. Se opone, en cambio, que no medió intimación previa e individual para que cesaran en la medida, pero ante una situación de hecho de la gravedad que se ventila en las presentes actuaciones resulta insoslayable que la rescisión no admitía el prolegómeno pretendido, teniendo en cuenta las necesidades apremiantes de regularizar el proceso productivo. Conclusión a la que se arriba ya que en las presente actuaciones se admite que los reclamantes con su accionar deliberado obstaculizaron la producción de la planta a partir de su propia abstención y la imposición al resto de la dotación de actuar en igual sentido, poniendo de tal manera en riesgo la posibilidad cierta de cumplir con el objeto de la empresa. Consecuentemente, se rechaza la demanda (sala IX, expte. 58.237/2013/CA1, Sent. Def. 22.826 del 5-7-2017, “Chaparro, Flavia Agustina y otros c/Compañía Argentina de la Indumentaria SA s/Despido”, Dres. Balestrini y Pompa).

9. Despido del delegado gremial por su participación en la huelga

En el caso, los actores revisten el carácter de delegados gremiales, quienes llevaron a cabo una huelga durante algunos días. Pertenecen a una entidad sindical que no cuenta con personería gremial. Este hecho no constituye un obstáculo para su tutela especial. Al hallarse los demandantes bajo tutela sindical, la empleadora se hallaba obligada a transitar la vía prevista por el artículo 52 de la ley 23.551 para obtener la exclusión de tutela de los trabajadores. Ello así por cuanto la decisión adoptada por la demandada de descontar los salarios por los días no laborados como consecuencia de la huelga, al sostener que éstos no habrían prestado tareas sin justificación suficiente como así tampoco puesto su fuerza de trabajo a disposición del empleador, en los términos del artículo 103, LCT, conlleva un perjuicio material a los trabajadores y, consecuentemente, una modificación del contrato de trabajo, a poco que se considere que implicó una reducción salarial en perjuicio de los accionantes (sala II, expte. 56.972/2012, Sent. Def. 104.565 del 7-7-2015, “Marcolín, Néstor Claudio y otro c/Microómnibus Norte SA s/Juicio sumarísimo”, Dres. González y Maza).

10. *Conflictos colectivos de trabajo y conciliación obligatoria*

Es un principio básico del Derecho que la labor del intérprete debe ajustarse a un examen atento y profundo de los términos de la norma, que consulte la racionalidad del precepto y la voluntad del legislador. Sobre tales premisas, si los comportamientos tipificados en el mentado inciso f, del artículo 4º de la ley encuentran una sanción inequívoca en el punto 4, segundo párrafo, del artículo 5º de la misma norma, no cabe sino concluir que el porcentaje del 50% aludido vigente al momento de la constatación que estableció la autoridad administrativa del trabajo debía aplicarse a cada uno “de los trabajadores integrantes de la nómina del establecimiento o de los establecimientos involucrados”. Por ende, el universo a considerar se limitará a los establecimientos inspeccionados. De acuerdo a lo establecido en el artículo 14 de la ley 18.695, corresponde revocar parcialmente la resolución apelada y disponer que la sumariante aplique el porcentaje ya establecido del 50% del salario mínimo, vital y móvil “Sobre cada uno de los trabajadores integrantes de la nómina del establecimiento o de los establecimientos involucrados” (cfr. art. 5º, inc. 4º, ley 25.212). El exceso de punición que derivó de la aplicación fragmentada de la norma no prevista para el caso se tradujo en la falta de proporción entre la infracción y la sanción, y su interdicción constituye una garantía aplicable a las sanciones administrativas que se sustenta en la garantía innominada de la razonabilidad, establecida en los artículos 28 y 33, CN (sala I, expte. 29.010/2018/CA1, Sent. Def. 92.879 del 31-8-2018, “Federación Nacional de Trabajadores Camioneros y Obreros del Transporte Automotor de Cargas Logística y Servicios c/Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social s/Queja expte. administrativo”, del voto de la Dra. Hockl en mayoría; Dras. Pasten y González).

La denunciante, Federación Argentina de Entidades Empresarias del Autotransporte, consideró que las asambleas informativas realizadas en los lugares de trabajo resultaban violatorias de la conciliación obligatoria. Por aplicación de lo prescripto por el artículo 7º de la ley 19.549, ante la ausencia del dictamen previo de los servicios de asesoramiento jurídico, cabe sostener que la decisión debió ser adoptada dentro de los límites de las facultades que el ordenamiento legal otorga

a la autoridad ministerial y guardar una proporción adecuada al medio empleado y al fin que la ley desea lograr, es decir, de acuerdo a la norma citada, el acto debe cumplirse con la finalidad que resulte de las normas que otorgan las facultades pertinentes del órgano emisor, tal como establece el inciso f. Conforme a ello, la medida adoptada debe ser proporcional y adecuada a los fines que persigue, extremos de los que carece el acto administrativo. El hecho de tomar en cuenta el número “de trabajadores afectados” que ascendió a 182.797 (cantidad que responde a la totalidad de las personas afiliadas a cada uno de los sindicatos agrupados en la Federación), sin argumentos ni justificación alguna al respecto, revela un dogmatismo y rigor formal que menoscaba el derecho de defensa, y a la vez descalifica la resolución apelada, pues arroja un importe exorbitante y excede ampliamente las facultades discrecionales que posee la administración. Cabe, pues, admitir la pretensión recursiva deducida contra la sanción impuesta y propiciar la nulidad de la resolución del Ministerio de Trabajo) (sala I, expte. 29.010/2018/CA1, Sent. Def. 92.879 del 31-8-2018, “Federación Nacional de Trabajadores Camioneros y Obreros del Transporte Automotor de Cargas Logística y Servicios c/Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social s/Queja expte. administrativo”, del voto de la Dra. Pasten en minoría; Dras. Hockl y González).

11. *Calificación de la huelga y sus efectos*

La calificación de la huelga efectuada por la autoridad administrativa durante su curso para encauzarla es revisable en sede judicial al solo efecto de decidir las consecuencias de la huelga en los conflictos individuales de trabajo. En ejercicio de esa potestad revisora, los jueces pueden apartarse de la calificación administrativa cuando consideren que ésta ha estado viciada de error grave o arbitrariedad manifiesta. Los jueces están obligados a calificar necesariamente la huelga para resolver los conflictos individuales de trabajo en que deben dictar sentencia. La calificación judicial es imprescindible aun cuando no haya mediado calificación administrativa previa. La sentencia que omite calificar la huelga es arbitraria porque prescinde de un elemento decisivo para la causa judicial (CSJN, “Beneduce, Carmen Julia y otras c/Casa Augusto”, de 1961, *Fallos*: 251:472).

La falta de calificación administrativa de la huelga, durante el curso de su desarrollo, no libera a los jueces de la necesidad de considerar el punto en los conflictos individuales originados en aquélla (CSJN, “Unión Obrera Molinera Argentina c/Minetti, José y Cía.”, de 1962, *Fallos*: 254:65).

VII. Conclusiones

Nos hemos propuesto analizar los avances y retrocesos que se han operado en la normativa y el abordaje jurisprudencial del ejercicio del derecho de huelga.

Evidentes razones de extensión nos impidieron adentrarnos en debates doctrinarios de sumo interés pero que excedían los límites del objeto propuesto, tal el caso de la titularidad del ejercicio del derecho de huelga, su contenido, los efectos sobre el contrato individual, las especificidades del conflicto pluriindividual, de las huelgas generales o de solidaridad, entre otros aspectos.

Ahora bien, no podemos finalizar estas notas sin recordar las íntimas vinculaciones existentes entre la libertad sindical y el derecho de huelga, tanto en su faceta individual como colectiva, lo que conduce a analizar con sumo cuidado las situaciones en las que tales garantías se encuentren comprometidas; en particular, porque como hemos indicado gozan de especial tutela por vía constitucional, internacional (tanto instrumentos internacionales con jerarquía constitucional como los convenios de la OIT) y legal.

Por otra parte, tampoco se puede obviar el derecho de los trabajadores y las trabajadoras a ejercer la libertad sindical en sus múltiples y variadas expresiones –entre ellas, participar en medidas de acción directa–, a la par de la importancia que la acción sindical –que se exterioriza, entre otras vías, a través de la huelga– tiene en la dinámica de las relaciones del trabajo, tanto individuales como colectivas. Asimismo, tampoco se puede pasar por alto las peculiares características del derecho bajo análisis que, en alguna medida, constituye una vía de autotutela y un canal de expresión del descontento y la conflictividad social, con las implicancias que ello significa en términos del ejercicio de otros derechos fundamen-

tales, como es el caso de la libertad de expresión, el derecho a la resistencia y a la autocomposición del conflicto.

Cabe resaltar que una valla significativa para el libre ejercicio del derecho de huelga está dada por el desempleo y/o la precarización de los puestos de trabajo, extremos que condicionan la libre adhesión a una medida de acción directa.

Además, los cambios operados en el mundo del trabajo, adentrándonos ya en el siglo XXI, particularmente, las novedosas modalidades de prestación del trabajo, las nuevas tecnologías y sus implicancias proyectan sus efectos y abren nuevos desafíos en términos de ejercicio de la libertad sindical y, en particular, del derecho de huelga. A guisa de ejemplo podemos mencionar el fenómeno de los trabajadores y las trabajadoras de plataformas y su incipiente experiencia en materia de sindicalización y exteriorización del conflicto laboral.

Finalmente, en consonancia con los postulados propiciados por la OIT, corresponde revalorizar y fomentar la implementación de procedimientos de autocomposición de los conflictos, pues es la mejor vía para satisfacer los intereses de las partes involucradas, alcanzar una solución adecuada a las características del conflicto y garantizar un mayor nivel de acatamiento que el de la solución heterónoma. Sin perjuicio de ello y cuando tal senda no sea posible, debemos inclinarnos por un abordaje del fenómeno de la huelga que resguarde la efectiva vigencia de este derecho fundamental, el que por su entidad debe ser armonizado con las restantes garantías constitucional e internacionalmente reconocidas.

LOS CONFLICTOS COLECTIVOS EN LA ACTUALIDAD: INDIVIDUACIÓN, EMPRESARIALIZACIÓN Y DESCOLECTIVIZACIÓN

por ALEJANDRO RAÚL FERRARI

SUMARIO: 1. Restricciones al ejercicio del derecho de huelga. 2. ¿Conflictos colectivos o conflictos “pluriindividuales”? 3. Individuación. El caso “Tandanor”. 4. Empresarialización. El caso “Vaca Muerta”. 4.1. Disponibilidad colectiva (Derecho). 4.2. Disponibilidad colectiva (ideología). 5. Descolectivización: el caso “Suteba”.

Comenzaremos este trabajo afirmando que está por escribirse una teoría general del Derecho Colectivo del Trabajo que dé cuenta, desde su propia lógica y sus principios, de las relaciones entre huelga, despido y salarios caídos, entre negociación colectiva y derechos incorporados al contrato individual de trabajo, entre conflictos colectivos y facultades de dirección y organización del empleador, por mencionar sólo algunos de los muchos entrecruzamientos que habitualmente se dan entre Derecho individual y Derecho Colectivo.

Y es que en la visión tradicional de muchos operadores se enfocan las cuestiones de Derecho Colectivo desde una óptica de Derecho individual, dando lugar a la distorsión de sus institutos y a la desvirtuación de sus principios, terminando por tratar de hacer jugar un papel exactamente inverso al del texto y el espíritu de las normas que los rigen, a las garantías constitucionales de recurrir a la conciliación y al arbitraje, del derecho de huelga y del derecho a la negociación colectiva.

Este camino conceptual, que hemos dado en llamar “individuación” de los mencionados institutos y que gobierna la mentalidad de muchos

operadores jurídicos, pasa por la estación de la “empresarialización”, que enfoca todas esas cuestiones desde los intereses del sector empleador y termina configurando una general “descolectivización” del Derecho Colectivo.

Trataremos –si podemos–, a continuación, de desarrollar estas ideas cargadas de inelegantes neologismos, para culminar con un análisis específico de lo que está ocurriendo en la actualidad con el procedimiento de la ley 14.786 y que entendemos que expresa y resume el proceso mencionado.

1. Restricciones al ejercicio del derecho de huelga

La consagración del derecho de huelga no resulta de fácil reconocimiento para ninguna sociedad, en tanto su ejercicio suele ser revulsivo de ciertos mecanismos básicos sobre los que se asienta. La desorganización en la esfera de la producción, consecuencia probable de la huelga, es un costo que aquélla puede no estar dispuesta a pagar.

Un derecho que contiene el “derecho a dañar” como base de la autotutela, sin que ello implique transgresión normativa ni antijuridicidad, no resulta tampoco sencillo de articular con otros derechos tradicionales. El resultado es la inevitable fricción que se produce, en nuestro ordenamiento jurídico, entre con los artículos 14, 14 bis y 17 de la Constitución Nacional.

Es corriente sostener que el derecho de huelga ha evolucionado, como otros derechos de índole colectiva, de la represión a la tolerancia y luego a la garantía. Pero ese tránsito no ha sido precisamente lineal y menos en nuestro país. Es así que las disposiciones normativas sobre la huelga oscilaron entre la criminalización (ya sea parcial, con declaraciones judiciales o administrativas de ilegalidad, o total, con la tipificación de la huelga como delito, a través de la llamada “ley” 21.400 del año 1976) y la búsqueda de modos de control social para su producción, como la fijación de guardias mínimas en los servicios esenciales, el descuento de salarios de los días de huelga, su procedimentalización a través de mecanismos de conciliación y arbitraje o las restricciones en lo que hace a su titularidad.

Por otra parte, estas restricciones que mencionamos suelen asociarse

a cierto mantenimiento del orden en la sociedad. Es común ver en los acuerdos negociados colectivamente cláusulas de “paz social”. Como si lo que alterara la paz social fuera el ejercicio del derecho de huelga. Como si “huelga” y “conflicto” fueran conceptos homologables.

Sin embargo, creemos necesario recordar en este punto que –para nosotros– *la huelga no “es” el conflicto, sino solamente su manifestación*. El conflicto existe y subyace, por definición, entre el capital y el trabajo, en una sociedad que se rige por las leyes del mercado en lo que hace a la asignación de recursos y a la redistribución de los mismos. De modo que impedir, obstaculizar o directamente eliminar la huelga no significa eliminar el conflicto, sino sólo eliminar la herramienta que tienen los trabajadores para transitarlo. Significa desequilibrar las relaciones de trabajo, acumulando poder patronal y debilitando a los trabajadores y a sus organizaciones representativas. Porque *la huelga no “es” el conflicto, pero sí “es” la libertad sindical*.

Entendemos, siguiendo a Moisés Meik, que puede conceptualizarse la libertad sindical, en el plano colectivo, como un “derecho para obtener derechos”, de un modo similar a como funciona y opera el derecho a la estabilidad en el plano individual.

Situados en la dimensión colectiva de la cuestión, todas las restricciones al ejercicio del derecho de huelga que antes listáramos se ven como limitaciones a la libertad sindical, como obstáculos para el funcionamiento de la autotutela y, en consecuencia, como debilitadores de la autonomía colectiva.

Se trata, en todos los casos, de alteraciones del sistema *huelga-negociación colectiva*, que es el esqueleto conceptual de todo conflicto colectivo y que podemos resumir del siguiente modo:

Así como no hay huelga sin daño, no hay autotutela sin huelga, no hay autonomía colectiva sin autotutela, no hay negociación colectiva sin autonomía colectiva y no hay *salida* del conflicto colectivo sin negociación colectiva¹.

¹ En contra, Daniel Funes de Rioja: “La huelga está amparada por la Constitución como la abstención concertada del desarrollo de una tarea. Pero no debería provocar más daño que el equivalente a la interrupción propia del descanso dominical. Si va más allá el efecto será un daño mayor y nadie puede estar por encima de la ley”. En

2. ¿Conflictos colectivos o conflictos “pluriindividuales”?

Analizando en cambio la cuestión desde la dimensión individual, las cosas se ven muy de otro modo. Desde el atalaya del sinalagma contractual, la lógica que reina es la del cumplimiento/incumplimiento de obligaciones.

Así ha venido razonando la jurisprudencia mayoritaria desde hace años. Tanto para revisar las calificaciones administrativas de *ilegalidad de las huelgas* –fantasmática categoría que, sin ninguna base normativa, ha perdurado no obstante en la imaginación de los operadores jurídicos a fuerza de sentido común conservador– como para viabilizar el pago de los salarios caídos, los jueces en general han recurrido a escudriñar si existía o no, en el caso, algún incumplimiento previo del empleador.

Veamos algunos ejemplos de distintas épocas:

“En tanto la responsabilidad del empleador no se funde en ley que razonablemente lo imponga, en su *conducta culpable* o en una *convención*, la imposición del pago de salarios en los días de huelga vulnera los derechos que garantizan los artículos 14 y 17 de la CN, que no pueden desconocerse con base en lo prescripto en el artículo 14 nuevo de la CN” (CSJN, 1963, “Buhler”, *Fallos*: 256:307).

“El hecho de que las huelgas cumplidas por el trabajador no hayan sido declaradas ilegales [...] no justifica el pago de los salarios caídos, que sólo sería procedente en la hipótesis de que la medida de fuerza fuera la respuesta a un *acto de incumplimiento del empleador*” (CNAT, sala IV, 24-9-90, “Cananery c/Villalonga Furlong”).

“Es procedente descontar a los trabajadores los haberes por los días de huelga que hubieren dispuesto cuando la medida no haya sido provocada por la *conducta culposa o dolosa de la patronal*, siendo irrelevante que la huelga no se haya declarado ilegítima” (SCJ de Mendoza, sala I, 26-12-2000, “Sindicato de la Educación c/Dirección General de Escuelas”).

“...la huelga genera una suspensión de la relación que afecta el salario

efecto, la pretensión de que la huelga provoque sólo un daño “menor” o mejor todavía ningún daño es una vieja aspiración patronal sin sustento legal y la negación misma del derecho de huelga. Parecería que aquí Funes de Rioja se expresa menos como especialista en Derecho del Trabajo que como especialista en defender los intereses de los empleadores.

y, en el caso, no existen elementos que permitan atribuir que el conflicto se originó en la *culpa de la empleadora*” (CNAT, sala IV, 25-2-2008, “Colombo c/Poder Judicial”, expte. 36.601/07, sent. 45.824).

Entendemos que para construir esta tendencia jurisprudencial se olvida permanentemente que –como decíamos– el daño a los intereses del empleador es constitutivo del ejercicio del derecho de huelga y que no hay huelga digna de tal nombre sin que algún tipo de daño se ocasione. Pero para poder aceptar que el daño es inherente a la huelga y tolerar sus consecuencias es preciso situarse en la dimensión colectiva de la cuestión. Es preciso salir de la lógica del sinalagma. No cesará de equivocarse el intérprete mientras siga preso de la concepción contractualista que justifica la huelga sólo cuando se produce como consecuencia de un incumplimiento previo del empleador. Mientras crea que una medida de fuerza por incumplimiento del pago del salario es legítima, pero otra por aumento de ese mismo salario no lo es. Mientras siga otorgando relevancia a la “intimación previa”, pues no hay intimación a reintegrarse que valga frente a una medida colectiva en curso, en tanto el ejercicio del derecho de huelga excluye, por definición, la figura del abandono de trabajo. Mientras analice la huelga como si del derecho de retención se tratara. El incumplimiento previo patronal tiene relevancia en ese ámbito de aplicación de los artículos 2587, CCyCN, y 242 y 246, LCT. No en el del artículo 14 bis, CN.

Esta visión tradicional que estamos criticando ha llevado a un proceso de *individuación* de ciertas instituciones del Derecho Colectivo.

Es así que desde esa óptica contractual-individual se deja de lado el “conflicto colectivo” y se lo reemplaza por la singular categoría de lo que denominan “conflicto pluriindividual”, donde la dinámica del conflicto social y la regulación jurídica del Derecho Colectivo aparecen desplazadas por la lógica patronal del conflicto individual y la del sinalagma y donde la potencia de la huelga, sinónimo de libertad sindical, se desdibuja y diluye en la retención de la prestación ante el incumplimiento del cocontratante. Se trata de una involución jurídico-conceptual, de una veloz fuga hacia atrás, desde el Derecho Social hacia el Derecho Liberal y de un intento de *descolectivizar los conflictos colectivos*.

El “conflicto pluriindividual” y la retención de la prestación son

la negación del derecho de huelga en tanto herramienta transformadora de la sociedad. Ello porque la lógica del sinalagma sólo permite retener la prestación al contratante in bonis y entonces sólo el incumplimiento de una de las partes habilita la retención de la otra. Pero con esa lógica individual únicamente podría lograrse hacer volver las cosas al estado anterior (anterior al incumplimiento): no admite el cuestionamiento al “statu quo”, sino sólo su mantenimiento.

3. Individuación. El caso “Tandanor”

En el mes de agosto de este año, el astillero Tandanor despidió veintitrés trabajadores, originando con esta medida un conflicto colectivo. Hubo manifestaciones en la vía pública, represión y una medida de fuerza por tiempo indeterminado, declarada por la organización gremial interviniente (Sindicato de Trabajadores de Talleres y Astilleros Navales). Toda la situación descrita parecía tornar de aplicación inmediata la Ley de Conciliación Obligatoria y así lo solicitó el sindicato a la autoridad de aplicación. Sin embargo y sorprendentemente, el entonces Ministerio de Trabajo rechazó su dictado. Volveremos *ut infra* sobre esta peculiar decisión administrativa.

Así las cosas, se promovió un amparo sindical, pidiendo el gremio, por vía judicial, lo que administrativamente se le negaba: que se ordenara al Ministerio de Trabajo el dictado de la conciliación obligatoria, intimando a las partes a cesar en las medidas de acción directa adoptadas, como prescribe el artículo 10 de la ley 14.786. Ello para evitar el agravio constitucional que significaba la violación y el avasallamiento de la garantía contenida en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, en cuando concede a los gremios el derecho y la facultad de recurrir a la conciliación y al arbitraje. En la misma acción, se pidió el dictado de una medida cautelar consistente en la reinstalación de los trabajadores despedidos, mientras durara la sustanciación del proceso y del procedimiento de conciliación obligatoria, supliendo así la inacción de la autoridad administrativa del trabajo y subsanando el incumplimiento a lo normado por los artículos 8º, 9º, 10 y 11 de la ley 14.786.

La Alzada revocó la decisión que adoptó, al respecto, la jueza de

primera instancia. Pero este primer razonamiento judicial es el que nos interesa ahora analizar. Se rechazó lo pedido pues se consideró, en lo sustancial, “que la organización sindical actora no acredita legitimación procesal para petitionar en procura de la defensa de los intereses individuales de los trabajadores despedidos por la empresa coaccionada”.

Vale decir que el sindicato no acompañó el consentimiento escrito de cada trabajador involucrado, que el artículo 22 del decreto 467/88 exige, para que aquél pueda, en los términos del artículo 31, inciso a, ley 23.551, representar los intereses *individuales* de los trabajadores.

Pero ¿se trataba en el caso de intereses *individuales* de los trabajadores o de la *individuación*, en el razonamiento judicial, de un interés colectivo?

Creemos que no se trataba, como entendió la sentenciante, de un reclamo o acción individual o pluriindividual, con indicación de puestos y lugares de trabajo, ni de las condiciones laborales previas a los despidos, cuya omisión también preocupaba a la *a quo*, sino de remediar la vulneración de los derechos de índole colectiva afectados: en general, de libertad sindical y, en particular, del derecho de los gremios de recurrir a la conciliación y al arbitraje.

La suspensión de los despidos y el cese de medidas de fuerza hasta que culminara la instancia de negociación colectiva hubiera permitido salir de la grave situación en que se hallaba el desarrollo de ese conflicto colectivo. Ante la inacción administrativa primero y judicial luego, ocurrió lo contrario: el conflicto, naturalmente, se agravó. Entendemos que se le escapó a la jueza la dimensión colectiva de la cuestión.

Hay que decir también que, desde el Derecho individual, los abogados y los jueces estamos en general acostumbrados a intervenir, digámoslo así, *post mortem*. Esto es, luego de la extinción del contrato individual. Pero en los conflictos entre partes colectivas, las relaciones de trabajo están todavía en curso y la decisión administrativa o judicial, además de ser ajustada a derecho, debe ser tempestiva y oportuna. De lo contrario, en lugar de ayudar a encauzar el conflicto, servirá sólo para contar los muertos en el campo de batalla, una vez que ésta haya terminado.

4. Empresarialización. El caso “Vaca Muerta”

4.1. *Indisponibilidad colectiva (Derecho)*

¿Qué dice nuestro ordenamiento jurídico respecto de la indisponibilidad colectiva? Haremos un breve repaso:

Respecto de la articulación temporal de los *convenios de ámbito distinto*, el convenio posterior sólo modificará válidamente al anterior *en tanto establezca condiciones más favorables para el trabajador*².

Por otra parte, según nuestra legislación³, el convenio de ámbito menor sólo puede tratar las *materias delegadas* que, por remisión expresa, le hiciera el convenio de ámbito mayor. La ley excepciona a las *materias no tratadas* por éste y a las *materias propias* de la organización de la empresa. Se trata de excepciones razonables, pues ni unas ni otras entrarían, en principio, en contradicción con las disposiciones del convenio de ámbito mayor. Finalmente, los convenios de ámbito menor pueden considerar, además, *condiciones más favorables al trabajador*.

En lo que refiere a *convenios del mismo ámbito*, se observa el principio de “ley posterior”⁴. Se admite la “modificación” del convenio anterior, sin mencionar el criterio de las condiciones más favorables para el trabajador. El legislador ha permitido así que un convenio posterior pueda modificar uno anterior de igual ámbito, sin atenerse estrictamente a las condiciones más favorables para el trabajador, esto es que el convenio anterior *podría ser modificado también peyorativamente*.

En cambio, en lo que hace a *la relación entre convenio y ley*, jamás un acuerdo colectivo tendrá validez legal para modificar peyorativamente la ley o la Constitución, esto es, para degradar mínimos legales inderogables. El artículo 8º, LCT, veda tal posibilidad: “Las convenciones colectivas de trabajo o laudos con fuerza de tales, que contengan normas más favorables a los trabajadores, serán válidas y de aplicación...”

Si ello quiere decir algo y no se trata sólo de una declaración de

² Art. 24, inc. b, ley 14.250 (t. o. ley 25.877).

³ Art. 23, ley 14.250 (t. o. ley 25.877).

⁴ Art. 24, inc. a, ley 14.250 (t. o. ley 25.877).

Perogrullo, lo único que puede querer decir, naturalmente, es que *las convenciones colectivas de trabajo que contengan normas “menos” favorables a los trabajadores “no” serán válidas “ni” de aplicación.*

A su vez, el artículo 7° de la ley 14.250, en consonancia con el artículo 8° de la LCT, 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”.

Condiciones éstas que, a su vez y merced a la nueva redacción del artículo 12, LCT, introducida por la ley 26.574, no pueden ser renunciadas y sitúan al contrato individual de trabajo en la cima de la pirámide.

Es así que, a semejanza de la pirámide kelseniana de las fuentes del Derecho, erigiremos conceptualmente ahora la pirámide del orden público laboral o *la pirámide de la indisponibilidad colectiva*, si se prefiere: en la base situamos a los mínimos legales inderogables (la Constitución y la ley); por encima de ellos, las disposiciones del convenio colectivo de actividad (o de ámbito mayor); por encima de éste, lo estipulado por el convenio de empresa (o de ámbito menor); finalmente, en la cima, como dijimos, el contrato individual de trabajo.

Los artículos 8°, LCT, y 8° y 24, inciso b, ley 14.250, nos autorizan a subir los escalones de esa pirámide, y los artículos 7°, LCT, y 7°, ley 14.250, nos impiden el descenso de un nivel a otro.

Sólo quedaría admitida una modificación peyorativa de un convenio posterior de igual ámbito en los límites que señalamos, sin descender de nivel en esta pirámide imaginaria que, con cierto esfuerzo, estamos construyendo.

Así, un convenio de empresa resulta inhábil para modificar peyorativamente uno de actividad y éste para perforar los mínimos legales inderogables.

4.2. Disponibilidad colectiva (ideología)

¿Y qué dice, sobre este mismo tema, el acuerdo celebrado en Vaca Muerta entre el gobernador de Neuquén, las cámaras empresarias y el gremio petrolero?

Que la parte gremial se compromete a “no realizar o adherirse a

medidas de acción directa, en cualquiera de sus formas o naturaleza, sea convocada en carácter nacional o local”. Ello, para evitar que el ejercicio del derecho de huelga “pueda afectar directa o indirectamente la exploración y/o la explotación de hidrocarburos no convencionales en toda la extensión geográfica de Vaca Muerta”.

Para el gobernador de Neuquén, Omar Gutiérrez, lo acordado representa “un gesto de confianza para afianzar reglas de juego claras y anticipar la llegada de inversiones”.

Para el titular del gremio petrolero y senador nacional Guillermo Pereyra, “los petroleros no somos agitadores sociales y queremos trabajar”, de modo que “habrá diálogo permanente con paz social y entendimiento, si no los inversores no van a venir”.

Desamparados, así, los trabajadores petroleros por partida doble: por parte de la organización gremial que debía defender sus intereses y por parte del Estado provincial que debía permanecer neutral entre los intereses de las partes colectivas y propender al bien común.

Casi no harían falta más explicaciones que las de los propios protagonistas del acuerdo, para comprender su absoluta falta de juridicidad, según el análisis que venimos desarrollando. Pero queremos señalar cómo se produce aquí la ideologización de conceptos jurídicos y la empresarialización de los institutos del Derecho Colectivo.

Porque el acuerdo de Vaca Muerta ha hecho más que degradar mínimos legales inderogables, reconvirtiendo peyorativamente (y por ello, ilegalmente) las condiciones de trabajo de los trabajadores petroleros: ha perforado la Constitución Nacional al renunciar al ejercicio del derecho de huelga y, con el mismo envión, ha liquidado la libertad sindical.

Ha renunciado no solamente a los derechos de los trabajadores sino también a la posibilidad de obtenerlos en lo sucesivo. La libertad sindical, aquel “derecho para obtener derechos” que antes mencionáramos, ha quedado desactivada. Con ella, la autotutela y, con esta última, la autonomía colectiva.

Pero lo verdaderamente perverso de este mecanismo consiste en la utilización de las mismas instituciones de Derecho Colectivo para lograr el objetivo de su esterilización. La negociación colectiva, al

negarse el ejercicio de la autotutela, se niega a sí misma, niega su razón de ser. El interés colectivo desaparece y es sustituido por el interés de los inversores. La negociación colectiva se ha *empresarializado*.

5. Descolectivización: el caso “Suteba”

El instituto de la conciliación obligatoria y el mecanismo de la ley 14.786 han sido certeramente criticados por los laboristas. Los principales blancos de esas críticas han sido, entre otros, que:

- Se trate de un procedimiento *obligatorio*, con lo que parece menos una concreción de la garantía constitucional otorgada a los gremios del derecho a recurrir a la conciliación y al arbitraje que una obligación que se impone a los mismos.
- La sujeción del comienzo de una medida de fuerza a un procedimiento previo de conciliación le quita inmediatez y, con ello, eficacia.
- La extensión de los plazos del procedimiento debilita la decisión colectiva de adoptar la medida de fuerza.
- Tiende a la equiparación de un derecho de nivel constitucional, como el de huelga, con un acto ilícito, como el despido incausado.

Sin embargo, también se han sabido resaltar los aspectos positivos de la ley 14.786, como por ejemplo:

- El devengamiento de los salarios de huelga con anterioridad al dictado de la conciliación y la obligatoriedad de continuar abonándolos, salvo que los trabajadores desacaten la resolución administrativa (conf. art. 9º, ley 14.786, *a contrario sensu*).
- El otorgamiento de un marco propicio para una negociación colectiva, al suspender las medidas de acción directa durante el curso de aquélla, permitiendo a las partes negociar una salida del conflicto que las involucra.

Lo explicará mejor que nosotros Gloria Pasten de Ishihara, quien en un fallo reciente⁵ señaló que “...En primer lugar, el instituto de la

⁵ CNAT, sala I, “Federación Nacional de Trabajadores, Camioneros y Obreros del Transporte Automotor de Cargas, Logística y Servicios c/Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social s/Queja”, sent. del 31-8-2018.

conciliación obligatoria, de larga historia en nuestro Derecho Colectivo, ha sido utilizado en diversas etapas y se orienta, dentro de un Estado de Derecho, Republicano y Democrático a superar el conflicto laboral, cuyas consecuencias pueden impactar de una u otra manera sobre las partes colectivas y, obviamente, en el universo laboral y social [...] En este orden de consideraciones, más allá de las controversias y cuestionamientos doctrinarios en torno a la conveniencia de la obligatoriedad de la ley 14.786, no es posible dejar de subrayar que *el procedimiento de conciliación obligatoria se instrumenta, se desarrolla y se torna operativo en los conflictos laborales de intereses con el claro objetivo de propender a la paz social. Esta participación de la autoridad administrativa, de oficio o a pedido de parte (art. 2º, ley 14.786), por medio de la disposición pertinente, la faculta a retrotraer el estado del conflicto a su faz inicial y paralelamente instaurar un nuevo cauce para la negociación colectiva en el afán de franquear el conflicto habido entre las partes que, por sí mismas, no pueden superar...*

Pues bien, es este último aspecto positivo el que viene siendo últimamente desconocido y desvirtuado por las autoridades administrativas del trabajo, tanto nacionales como provinciales.

Volviendo por un instante al caso “Tandanor” que mencionábamos en el título 3, correspondería que nos preguntemos ahora el porqué de la decisión ministerial de *no* dictar la conciliación obligatoria en aquel conflicto colectivo en curso.

Formalmente, porque recogió sin sustanciación un estrambótico argumento patronal acerca de hallarse en trámite una denuncia penal con motivo de agresiones que se habrían sufrido en el marco del conflicto y así rechazó el dictado de la conciliación obligatoria, mandando a las partes a dirimir la cuestión ante el Juzgado Criminal y Correccional Federal Nº 5. En la resolución ministerial no se entiende “factible el dictado de la conciliación laboral obligatoria [...] en virtud del carácter del conflicto ventilado en autos...” y se invoca como fundamento que “...de las constancias del expediente [...] a pesar de las audiencias celebradas no surge que hubieren llegado a ningún acuerdo ante esta sede administrativa laboral, manteniendo las partes sus posturas iniciales y no sólo ello, sino que el conflicto se ha ido agravando...”

Insólito argumento éste, el de que porque *el conflicto se ha ido agravando no es factible el dictado de la conciliación laboral obligatoria*. ¿No es precisamente para eso que existe el instituto de la conciliación obligatoria? ¿Para dar un marco a la solución de conflictos que se han ido agravando? ¿Puede ser que la idea del Ministerio de Trabajo haya sido que, si el conflicto se agravaba, lo mejor era dejar que las partes se arreglaran como pudieran, manteniendo las medidas adoptadas? ¿Cómo se entiende que tan livianamente el Ministerio haya declinado funciones y responsabilidades *indeclinables* y que le son propias?

Se entiende, creemos nosotros, por el camino conceptual que nos sirve de guía para este trabajo: individuación, empresarialización, des-colectivización. Recordemos que el conflicto en “Tandanor” no se inicia con una medida de fuerza de los trabajadores sino con los despidos producidos por la empresa, origen y causa del conflicto. *Lo que el Ministerio no estaba dispuesto a ordenar que se retrotrajera era la medida empresaria, esto es, los despidos*. Y en función de ese objetivo ideologiza y distorsiona el instituto de la conciliación obligatoria, que ya no sirve entonces para dar un marco a los conflictos sino para sostener la decisión patronal-estatal de producir despidos colectivos.

Decimos esto porque, en otros supuestos, donde en el origen del conflicto hubo un interés colectivo de los trabajadores plasmado y expresado en el ejercicio del derecho de huelga, la actitud ministerial fue muy otra, más bien fue la contraria, aplicando la conciliación obligatoria con todo el rigor de la ley y aun con todo el rigor de fuera de la ley, como cuando se pretendió aplicar una multa astronómica a la Federación de Camioneros por un muy dudoso no acatamiento a la conciliación obligatoria. Y esto nos lleva directamente a un análisis más pormenorizado del caso “Suteba”, que hemos elegido por su transparencia en cuanto a las declaraciones, intenciones y objetivos de los operadores involucrados.

No nos detendremos en la totalidad de los pormenores del prolongado conflicto salarial que los gremios docentes bonaerenses han venido sosteniendo con su empleador, el Estado provincial, sino en un momento particular del mismo: la medida de fuerza decretada por

el Frente Gremial Docente de la Provincia de Buenos Aires, para los días 30 y 31 de julio y 1º de agosto de 2018.

En el diario *La Nación* del 27 de julio de 2018 así se analizaba la situación: “...la gobernadora María Eugenia Vidal tiene pensada una estrategia para desactivar la embestida gremial: pedir la conciliación obligatoria al Ministerio de Trabajo bonaerense [...] busca que los 4.5 millones de alumnos puedan regresar a clases el lunes próximo [...] Después de medio año de negociar para nada, dio la orden de *pasar a la ofensiva* contra los gremios docentes: *conciliación obligatoria*, más medidas de control y *no moverse de la oferta de aumento* que presentó a principios de la temporada...”

Escuchemos también, en la misma nota, el ministro de trabajo bonaerense Marcelo Villegas: “...*Lo que buscan es que los convoquemos a otra reunión* para rechazar la propuesta y salir a montar un circo político contra Vidal y el gobierno. Eso es lo que quieren [...] Lo que quieren es seguir con la joda...”

Con abstracción del estilo *bravucón* al que el ministro parece haberse aficionado, la primera observación que podemos hacer consiste en que el objetivo del procedimiento de conciliación obligatoria no sería ya el de otorgar un marco para la negociación y la solución del conflicto, sino solamente el de evitar que la medida de fuerza de los trabajadores se lleve a cabo.

Impedir las medidas de acción directa de los trabajadores y no ofrecer ningún incremento salarial ni convocar siquiera a una nueva reunión: tal la “estrategia” del tándem Vidal-Villegas.

Así, *esta* conciliación obligatoria, la *descolectivizada*, ha quedado vaciada, expurgada de sus aspectos positivos y reducida a la nuda restricción del derecho de huelga.

La contradicción con la actitud ministerial en el anterior caso “Tandador” que analizábamos es flagrante.

Pues bien, la conciliación obligatoria se dictó y fue acatada por todos los gremios docentes. El 1º de agosto se dictaron clases normalmente en toda la Provincia. Los días 30 y 31 de julio, en cambio, los trabajadores afiliados a otros gremios docentes dictaron clase pero, los afiliados a Suteba, adhirieron al paro nacional dispuesto por la

Ctera, asociación sindical de tercer grado a la que Suteba, asociación sindical de primer grado, está afiliada.

Fue entonces cuando el ministro Villegas entró nuevamente en acción. Según el diario *Página 12* del 1º de agosto de 2018: “...Villegas confirmó esta mañana que la multa aplicada a Suteba de 659 millones de pesos, corresponde a la medida de fuerza realizada durante el lunes y el martes *pese a la conciliación obligatoria...*”

Notable cómo en tan pocas palabras cabe tanta ideologización de conceptos jurídicos, a saber:

- *Se trataba de dos conflictos distintos*: uno, salarial, entre los docentes bonaerenses (afiliados a Suteba, afiliados a otros gremios o no afiliados) y el Estado bonaerense. Otro, a nivel nacional, entre la Ctera y sus gremios adheridos y el Estado nacional.
- La conciliación obligatoria dictada en un conflicto provincial *no puede extenderse* mágicamente a otro conflicto de orden nacional.
- *La autoridad competente para dictar la conciliación obligatoria* a nivel nacional era, naturalmente, el entonces Ministerio de Trabajo de la Nación y no el de la Provincia de Buenos Aires.
- Consecuentemente, *la autoridad competente para aplicar una multa* por incumplimiento de la conciliación obligatoria era también el entonces Ministerio de Trabajo de la Nación y no el de la Provincia de Buenos Aires.
- El caso “Suteba” nos muestra muy claramente *cómo se ideologizan los conceptos jurídicos y cómo se descolectivizan las instituciones de Derecho Colectivo*, sin ningún interés por solucionar el conflicto, sin ningún respeto por la legalidad, con el único objetivo de debilitar a las organizaciones representativas de los trabajadores, se distorsiona el funcionamiento del instituto de la conciliación obligatoria y se pervierte la garantía constitucional de recurrir a la conciliación y el arbitraje.

APUNTES SOBRE LA LEGALIDAD DEL “LOCK-OUT”

por LORENZO P. GNECCO

SUMARIO: I. Introducción. II. Terminología. III. Ámbitos de manifestación. IV. Antecedentes. V. Concepto. VI. ¿Medio de presión patronal? VII. ¿Contrahuelga? VIII. Elementos de conformación. 1. El hecho. 2. Sujetos. 2.1. Sujeto activo. 2.2. Sujeto pasivo. 3. Finalidad. IX. Tipos. 1. *Lock-out* defensivo. 2. *Lock-out* ofensivo. 3. *Lock-outs* de solidaridad y de protesta. X. Licitud e ilicitud del *lock-out*. XI. Fundamentación constitucional. XII. Casos que justificarían el *lock-out* defensivo. XIII. Efectos. XIV. Consideraciones finales.

I. Introducción

a) El *lock-out* o cierre patronal constituye, sin dudas, un fenómeno singular en el paisaje de los distintos sistemas jurídicos laborales. Y, además, perturbador, habida cuenta de tratarse de una acción humana voluntaria que produce claros efectos jurídicos –creación, modificación y a veces extinción– en los derechos y obligaciones, tanto propios como de terceros, pero muchas veces carente de una regulación específica, tal como acontece en nuestro sistema normativo, y, a su vez, no demasiado abordado en la jurisprudencia de nuestro país, a estar a los escasos precedentes que se registrarían en los repertorios pertinentes en la materia.

De otro lado, no se advertirían acuerdos generalizados acerca de su función, su utilidad social o sobre los límites del tipo, tales que permitan una concepción normativa pacífica¹, y que dificulte la labor

¹ Del mismo modo que apuntara Ramírez Bosco con relación a la huelga (*Derecho de huelga*, Buenos Aires, 1991, p. 16).

jurídica al faltar una noción aceptada hasta sobre su naturaleza jurídica. Dicha limitación de los elementos conceptuales condiciona el trabajo científico en dicha materia y explicaría el resultado poco sistemático existente y muchas veces imbuido de ingredientes sociológicos y políticos en su derredor.

Sin embargo, el mismo se advertiría de no poca frecuencia en la materialidad de las cosas, conforme da cuenta la crónica de los medios periodísticos, registrándose tanto en nuestro país como en la experiencia comparada recurrentes ocurrimientos de las empresas a la utilización del citado instrumento y bajo formas diversas, planteando en más de una ocasión dudas acerca de la legalidad del hecho en sí, como de su ejercitación.

Dicha situación no parecería en todo caso extraño, dado que, como apuntara Ackerman, en materia de Derecho Colectivo Laboral, “el ordenamiento normativo y la realidad laboral más de una vez conforman un matrimonio mal avenido”². Resultaría perceptible en tal sentido y según ha apuntado la doctrina una tendencia muy notable del Derecho Sindical a desarrollarse por medios extranormativos, de modo que acciones de lucha sindical que en rigor son en su comienzo ilegítimas acaban con frecuencia de no ser perseguidas³, y luego objeto de una regulación expresa. Dicha apreciación podría resultar también de aplicación a la ejercitación de la referida medida de acción patronal.

Parecería no obstante existir actualmente a su respecto al menos un basamento último de legalidad y de plurales fuentes. Una de ellas podría encontrarse en el Convenio 87 de la OIT, pues si bien no la menciona explícitamente, en su Parte I, relativa a la libertad sindical, prescribe que la misma abarca también a los empleadores y sus organizaciones, y que en el plano colectivo incluye el derecho de los mismos de organizar libremente sus actividades y formular su programa de acción. En ese aspecto, y al igual que la acción de huelga de los trabajadores, el cierre o *lock-out* patronal parecería hallarse compren-

² ACKERMAN, Mario, *Limitaciones y bilateralidad del interés colectivo*, en *Revista de Derecho Laboral*, N° 2006-2, *Derecho Colectivo*, Santa Fe, p. 10.

³ SALA FRANCO, Tomás y ALBIOL MONTESINOS, Ignacio, *Derecho Sindical*, 9ª ed., Valencia, 2003, p. 32; ACKERMAN, *Limitaciones y bilateralidad del interés colectivo* cit.

dido en el artículo 3° del citado instrumento internacional. Existirían, sin perjuicio del mismo, demás otros sustentos normativos que –dentro de determinados límites– parecerían dar cobijo también a la ejercitación de la referida acción empresarial.

b) El abordaje del instituto sobre el que se discurrirá procuraremos llevarlo a cabo con una ligera revisión de algunos de los sistemas comparados en la materia y de su relación con el nuestro, aspecto que estimamos necesario para una mejor aproximación al mismo, desde que, como bien apuntara Kahn-Freund, la comparación es un método para explicar y analizar el “porqué” de ciertos fenómenos de relaciones del trabajo. Debería, por lo demás, tenerse presente al efecto la necesaria precaución que agudamente apuntara María Piña de que no basta la sola comparación de las disposiciones normativas de los distintos ordenamientos, sino que de lo que se trata es de indagar el valor revelador de los pensamientos sociales que separan las reglas de Derecho⁴. No es la regla de Derecho en sí misma lo que debe interesar, sino en definitiva lo que la misma representa⁵.

Ciertamente, se trataría en el caso de un simple acercamiento a las normas y los tratamientos acordados en la normativa comparada sobre la materia, y no una indagación profunda que excedería los límites de este trabajo.

Procuraremos así, en este modesto trabajo, efectuar una breve sistematización comparada en relación con algunos de los distintos tratamientos que han sido efectuados respecto del *lock-out* patronal, sobre su posible legalidad, así como de los presupuestos bajo los cuales habría sido el mismo considerado admisible en diversos ordenamientos.

II. Terminología

a) Una de las primeras tareas que parecería imponer este acotado estudio es la de clarificar el lenguaje empleado para hacer referencia al fenómeno del que pretendemos ocuparnos, pues, según enseñara Del Vecchio, sin precisión de ideas y del lenguaje resulta harto difícil,

⁴ PIÑA, María del Carmen, *Reformas laborales y Derecho Comparado. Valores en conflicto*, inédito, p. 3.

⁵ PIÑA, *Reformas laborales y Derecho Comparado. Valores en conflicto* cit.

si no imposible, un progreso en la aproximación al Derecho⁶. Ello no llamaría necesariamente la atención, pues, como destacara Hospers, el más complicado de todos los sistemas de símbolos, en cuanto elementos de representación, es el *lenguaje*⁷. En el caso, dicha tarea no constituye una labor necesariamente sencilla, pues en la temática que nos ocupa no se apreciarían símbolos convencionales uniformes para aludir a una misma y única cosa⁸: las cosas que representarían dichos símbolos.

b) Etimológicamente, el vocablo *lock-out* proviene del inglés, palabra que significa *cierre*, o *cierre hacia afuera*, lo cual entraña impedir de hecho el acceso de alguien a algún lugar⁹. El término *lock-out* se constituye, así, bajo la forma sustantivada de género masculino, en la acepción de cierre, y como verbo transitivo, consistente en hacer pasible a alguien de una acción de ese tipo. En el Derecho Laboral se habla también de *cierre patronal* para referirse al citado término como expresión equivalente al mismo¹⁰, y también se utiliza su similar en el Derecho italiano de *serrata*.

En el Derecho francés, según memora Durand, se ha utilizado la locución inglesa para hacer referencia a la interdicción de ingreso al establecimiento de trabajo¹¹, y así aparece empleado con igual sentido en las obras de distintos autores de ese país¹². En el Derecho alemán se utiliza el término *aussperrung*, sustantivo femenino que significa “cierre patronal” o *lock-out*¹³.

⁶ DEL VECCHIO, Giorgio, *Filosofía del Derecho*, 9ª ed., trad. al esp., Barcelona, p. XV.

⁷ HOSPERS, John, *Introducción al análisis filosófico*, 9ª ed., trad. al esp., Buenos Aires, ps. 10 y ss.

⁸ Cosas en sentido amplio.

⁹ *Black's Law Dictionary*, 8th ed., EE. UU., 2004, p. 959; *West's Law & Commercial Dictionary*, ed. italiana, 1993, p. 961; *Longman Dictionary*, 3rd ed., G. Britain, p. 842.

¹⁰ Así lo hace, entre muchos, MONTOYA MELGAR, Alfredo, *Derecho del Trabajo*, 11ª ed., Madrid, p. 694.

¹¹ DURAND, Paul, *Traité de Droit du Travail*, Paris, 1956, t. III, p. 896.

¹² KIRSCH, Kevin, *Le lock-out en Droit français*, Recht der Arbeit, 1980; RAMIN, Alain, *Le lock-out et le chômage technique*; CAMERLYNCK, G. H., *La Cour de Cassation et le lock-out*, Paris, 1960.

¹³ *Diccionario Collins Alemán-Español*, 1ª acep.; véase asimismo DURAND, *Traité de Droit du Travail* cit.

En el lenguaje jurídico el término *lock-out* se emplea así también como sinónimo de "cierre patronal" o "contrahuelga"¹⁴. Y en dicho último sentido de acción patronal, Caldera lo ha denominado también como "huelga patronal"¹⁵, y Deveali como "paro patronal"¹⁶. Como "huelga patronal" aparece también denominado por autores del Derecho Penal¹⁷, y también como "medio de lucha laboral" de los patronos¹⁸. Ramírez Gronda lo ha definido también como cierre dispuesto por el empleador, "utilizado como arma de lucha contra los trabajadores, a la que recurre, generalmente, como respuesta a la huelga, u otras formas de acción directa"¹⁹. Como "contrahuelga" y asimismo como "huelga patronal" aparece definido en varios diccionarios de la lengua inglesa²⁰.

La legislación de distintos países de habla hispana emplea, a su vez, la locución "paro", a secas, para referirse a dicha medida patronal. Así lo hacen las Constituciones de México (art. 123, XII), Costa Rica, Honduras, Guatemala, Ecuador, El Salvador (art. 148), Paraguay y la República Dominicana.

Vázquez Vialard admite que la locución *lock-out* constituiría la expresión más ampliamente difundida, aunque se inclina por utilizar el vocablo "contrahuelga", pues, a su entender, expresaría más ade-

¹⁴ Véase en el tema ETALA, Carlos A., *Derecho Colectivo del Trabajo*, 2ª ed., Buenos Aires, 2007, p. 429; PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel, *Derecho del Trabajo*, 5ª ed., Madrid, 1997, p. 604; ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, M.ª Emilia, *Derecho del Trabajo*, 15ª ed., Madrid, p. 990; GARCÍA MURCIA, Joaquín, en VALVERDE, Antonio; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín y GARCÍA MURCIA, Joaquín, *Derecho del Trabajo*, 6ª ed., Madrid, p. 406.

¹⁵ CALDERA, Rafael, *Derecho del Trabajo*, 2ª ed., Buenos Aires, 1984, p. 391.

¹⁶ DEVEALI, Mario L., *Curso de Derecho Sindical y de la previsión social*, Buenos Aires, 1954, p. 253.

¹⁷ GOLDSTEIN, Raúl, *Diccionario de Derecho Penal y Criminología*, Buenos Aires, 1993, p. 658; BUOMPADRE, Jorge E., *Manual de Derecho Penal*, Buenos Aires, 2017, p. 384.

¹⁸ BUOMPADRE, ob. cit., p. 385; BREGLIA ARIAS, Omar, *Código Penal comentado*, Buenos Aires, 2010, p. 276.

¹⁹ RAMÍREZ GRONDA, Juan D., *Diccionario jurídico*, Buenos Aires, 1965, p. 194.

²⁰ Así, v. gr., en *Simon and Schuster's International Dictionary*, New York-London, p. 438.

cuadamente el auténtico sentido del cierre patronal²¹. Igual consideración efectúa en Francia Paul Durand, al estimar especialmente exacto el empleo de la traducción francesa de dicho vocablo (*contre-grève*), y así aparece utilizado también en la legislación de algunas provincias de Canadá²², además del ya referido de *lock-out*.

c) Cabe advertir que la utilización del término *lock-out* excede, a su vez, el ámbito del lenguaje puramente jurídico. En efecto, necesario resulta señalar que fuera del citado escenario aparece también el vocablo en cuestión en el lenguaje técnico-industrial con una significación vinculada también a una acción de cierre. Así, en el ámbito de la actividad industrial, específicamente en lo atinente a la utilización de la energía eléctrica, la palabra *lock-out* hace referencia al procedimiento de corte de la corriente eléctrica²³, procedimiento de seguridad y protección de los trabajadores para desconectar y consignar las distintas fuentes de energía de los equipos industriales mientras se llevan a cabo las operaciones de mantenimiento, limpieza o reparación²⁴.

III. Ámbitos de manifestación

a) En el Derecho del Trabajo, y sin perjuicio de lo que se ampliará más abajo, el *lock-out* consiste básicamente en una “vía de hecho”; constituiría una medida de acción directa de los empleadores, consis-

²¹ VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, *La contrahuelga*, en L. T., vol. XIII, p. 513.

²² DURAND, *Traité de Droit du Travail* cit.

²³ CNCiv., sala G, 27-11-2006, “Rivarola, Mabel c/Neumáticos Goodyear SA”, elDial – AA3ABO; CLUSELLAS, Eduardo G., *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, anotado y concordado*, Buenos Aires, 2015, t. 6, p. 224.

²⁴ OIS (Organización Iberoamericana de Seguridad), *Seguridad, bloqueo y etiquetado*; ANSI/ASSE 2244.I-2003, *Control of Hazardous Energy. “Lock out”/“Tag out”*; OSHA 1910.147-2005, *The Control of Hazardous Energy. “Lock out”/“Tag out”*; NFPA 70E, *Norma para la Seguridad Eléctrica en lugares de trabajo*; USA, Tít. 29 del Código de Reglamentos Federales (*Code of Federal Regulations, CFR*); en España, RD 1215/97, sobre requisitos sobre el control de energía peligrosa y prevención de riesgos laborales; Directiva 2006/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 17-5-2006; BAIGORRI GURREA, Alfonso, *La consignación de equipos de trabajo*, IPLN, Gob. de Navarra, agosto de 2015; *Seguridad Eléctrica*, mód. 6, Michigan State University, SPDC, Universidad de Puerto Rico y AISC, diciembre de 2014.

tente en el cierre temporario del establecimiento. Se manifiesta en la prohibición de ingreso al mismo para los trabajadores y, por consiguiente, la imposibilidad de prestación del trabajo²⁵.

b) Incumbe decir que el fenómeno del *lock-out* patronal es susceptible de producir consecuencias que no se circunscriben al ámbito del Derecho Laboral, puesto que puede extender sus efectos a distintos otros espacios normativos. En el Derecho Tributario-Penal, verbigracia, el mismo es mirado con particular atención, habida cuenta de que aparece considerado como una de las causas de orden político que contribuyen a la evasión fiscal. En tal sentido, la existencia de las así llamadas *perturbaciones sociales*, entre las que se encuentran las huelgas y los *lock-outs* entre otros hechos, son considerados en dicho ámbito como posibles generadores de un clima de intranquilidad colectiva que induce a los contribuyentes a sustraerse de sus obligaciones, reteniendo para sí medios de pago, por las contingencias a las que pudieran estar sometidos en el futuro. Se estima al efecto que dicha situación de incertidumbre incitaría a no gastar en impuestos, lo cual acrecentaría la evasión²⁶.

c) En el terreno del Derecho Civil, el mismo aparece casi invariablemente considerado como un supuesto de *fuera mayor* que exonera la responsabilidad del deudor en caso de incumplimiento motivado en la citada causal²⁷, siempre que responda a hechos de terceros²⁸.

d) En el ámbito del Derecho Comercial, en la legislación comparada se utiliza el término *lock-out* para hacer referencia a acuerdos que establecen prohibiciones de realizar tratativas o contrataciones con terceros sobre materias determinadas (*lock-out agreements*). Particularmente, en operaciones comerciales de cierta envergadura y que invo-

²⁵ PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel C., *Derecho Sindical español*, Madrid, p. 269.

²⁶ BELISARIO VILLEGAS, Héctor, *Derecho Tributario Penal*, en GARCÍA BELSUNCE, Horacio (dir.), *Tratado de tributación*, Buenos Aires, 2003, t. I, vol. 2, p. 453; GARRIGUES WALKER, Antonio, *La represión del fraude fiscal*, Madrid, 1967, p. 18.

²⁷ COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H. y ZANNONI, Eduardo, *Responsabilidad civil y relación de causalidad-responsabilidad por productos elaborados*, Buenos Aires, 1984, ps. 112 y 117; COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., *Manual de obligaciones*, Buenos Aires, 1997, p. 196.

²⁸ NEGRI, Nicolás, *Responsabilidad civil contractual*, Buenos Aires, 2017, t. 1, p. 469.

lucran varias partes (v. gr., sectores societarios, industria energética, etc.) el desarrollo de las tratativas suele ocupar largo tiempo a las partes intervinientes por las cuestiones técnicas, financieras y contables que se plantean, y a fin de procurar reducir los riesgos de una caída de las negociaciones, las partes interesadas formalizan el desenvolvimiento de las discusiones en curso documentando las cuestiones relevantes o contenidos negociables sobre los que se ha llegado a un acuerdo, o también redactando acuerdos prenegociales, así como también impidiendo tratativas paralelas con terceros (*lock-out agreements*)²⁹.

e) En el Derecho Internacional Privado, el *lock-out* (como también la huelga) aparece en los contratos comerciales como una de las contingencias fuera del control de las partes que eximen de responsabilidad por los incumplimientos motivados por dichas medidas³⁰, aun cuando dicha tipificación establecida en distintas reglas ha sido objeto de crítica por algunos autores³¹. En el Derecho Bancario, el *lock-out*, junto con las huelgas, son considerados también como supuestos de exoneración de responsabilidad del banco por las consecuencias derivadas de la interrupción de su actividad debida a esas circunstancias³². También en el Derecho Administrativo, en el espectro de la concesión de servicios públicos, se ha hecho consideración de dicho instituto para vedarlo, por estimarlo contrario al principio de continuidad que debe regir en la materia³³; en dicho ámbito, en materia de servicios esen-

²⁹ AMATO, Cristina, *Confianza y responsabilidad*, Buenos Aires, 2017, p. 151. Véase igualmente OMALU, Mirian Kene, *Precontractual agreements in the energy and natural resources industries. Legal implications and basis for liability (Civil Law, common law and islamic Law)*, Journal Business Law, 2000, ps. 303 y ss. Debe señalarse que en Inglaterra la doctrina discrepa acerca de la eficacia vinculante de las promesas precontractuales, salvo que se sostengan por la forma (*deed*) o por *consideration*, o exista ejecución parcial de la prestación.

³⁰ NOODT TAQUELA, María, *Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, 1994, p. 292.

³¹ VILLEGAS, Carlos, *Comercio exterior y crédito documentario*, Buenos Aires, 1993, p. 276.

³² Reglas y Usos Uniformes; cláusulas de irresponsabilidad, Cámara de Comercio Internacional, brochure 500, art. 17, párr. 1º; véase asimismo BARBIER, Eduardo A., *Contratación bancaria*, Buenos Aires, 2007, t. 2, p. 478.

³³ PÉREZ HUALDE, Alejandro, *Concesión de servicios públicos*, Buenos Aires, 2017, ps. 47/48.

ciales, se considera al mismo, así como a la huelga, como medidas prohibidas aun sin norma específica que así lo disponga³⁴. Una normativa del PEN (el decreto 8946/62) estableció en su momento la ilegalidad de huelgas y paros patronales cuando afectaban a servicios públicos esenciales. Según algunos autores, el fundamento radicaría en el interés superior de la comunidad y en el respeto al principio de continuidad ya señalado en materia de servicios públicos³⁵.

f) En el espectro penal, la figura del *lock-out* aparece también presente, ya que se la regula con especial consideración para la tipificación del delito de compulsión a la realización de dicha medida (art. 158, CP), considerándose dicho obrar compulsorio como contrario a la libertad de trabajo y de asociación de los empresarios. Así, se reprime al patrón, empresario o empleado que, por sí o por cuenta de alguien, ejerciere coacción para obligar a otro a tomar parte en una medida de *lock-out*. La ley penal castiga en tal sentido al patrón, empresario o empleado que, sea por sí o por cuenta de otro, ejerciere coacción (lo que incluye la violencia moral y la física) con dicha finalidad³⁶.

IV. Antecedentes

Históricamente, las primeras manifestaciones de la acción de *lock-out* patronal aparecerían en Inglaterra. En dicho país, la creación de la organización "Gran Unión Consolidada de Oficios" auspiciada por Owen inquietó a los empresarios, quienes respondieron a la misma con un cierre patronal en 1833. La posterior *Trade Disputes Act* legisló las acciones de fuerza, tanto de los trabajadores como de los empresarios, y en las que se consideró incluidos tanto la huelga (*strike*) como el *lock-out*³⁷. Luego, a principios del siglo XX, aparece registrado

³⁴ LINARES, Juan F., *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 2007, p. 515.

³⁵ DROMI, Roberto J., *Manual de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1987, t. 2, p. 7.

³⁶ BREGLIA ARIAS, Omar, *Código Penal comentado*, Buenos Aires, 2010, p. 276; *Código Penal y leyes complementarias*, Buenos Aires, 2007, t. 2, p. 61; *íd.*, *Extorsión*, Buenos Aires, 2011, p. 358; BUOMPADRE, Jorge E., *Tratado de Derecho Penal argentino*, Buenos Aires, 2009, p. 739.

³⁷ PORRET GELABERT, Miguel, *La huelga en el asociacionismo sindical y el "lock-out" en países desarrollados*, Barcelona, p. 18.

dicho fenómeno en Francia³⁸ como manifestación de una nueva concepción seguida por los empleadores ante los problemas o conflictos colectivos del trabajo, sosteniendo la necesidad de combatir con armas semejantes a las reclamaciones obreras. El referido fenómeno, al igual que la huelga de los trabajadores, se extendieron y desarrollaron a fines del siglo XIX, y más ampliamente durante el siglo pasado, donde ambos alcanzaron su verdadera significación social y jurídica³⁹.

V. Concepto

a) El *lock-out* o cierre patronal constituye, ante todo, un modo de exteriorización o manifestación de un conflicto colectivo laboral. Cabría recordar que existen, en ese sentido, modos de expresión del conflicto que no conllevan una cesación temporal del trabajo, mientras que otros sí.

Alonso Olea recuerda en ese camino, como ejemplos del primer grupo, la exteriorización de una “desazón colectiva”⁴⁰, producida por manifestaciones tales como la negativa a la utilización de los transportes, comedores y otros servicios proporcionados por el empresario, como también la publicidad del conflicto a través de piquetes tendientes a informar sobre el mismo, sobre su existencia, causas, incidencias, etcétera. De igual modo, se incluye en ese grupo el *boicot*, medida por la cual se llama a los trabajadores y terceros a fin de que se nieguen a la adquisición o utilización de los bienes y servicios producidos por el empresario, etcétera⁴¹.

Constituyen, en cambio, modos de exteriorización que conllevan la suspensión del trabajo la huelga, fenómeno social de importancia extrema, y también el cierre patronal o *lock-out*. Este último, según se viera, consiste en una acción de cierre por iniciativa del empleador que entraña una suspensión colectiva del trabajo. De acuerdo con ello,

³⁸ GIDE, Charles, *Curso de economía política*, trad. de C. Docteur, París, 1913, p. 706; MARC, Jorge E., *El “lock-out” y el “boycott”*, en *La huelga*, Santa Fe, 1951, t. 1, p. 273.

³⁹ GARCÍA OVIEDO, Carlos, *Tratado elemental de Derecho Social*, Madrid, 1946, ps. 581 y ss.

⁴⁰ Según expresión de la STS, del 16-6-80.

⁴¹ ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo* cit., ps. 947 y ss.

un cierre referido a un solo trabajador o una pluralidad individualizada de trabajadores no configuraría un *lock-out*, como tampoco lo sería un "cierre-despido", el cual no es "cierre", sino despido⁴². El elemento objetivo característico del *lock-out* es el cierre total o parcial, y por un tiempo, del centro de trabajo, y la consiguiente suspensión de la actividad productiva y cesación temporal del trabajo. En dicho aspecto, el *lock-out* presenta una similitud externa fáctica con la huelga, debido a que en ambos supuestos el trabajo cesa temporalmente. Pero en lo demás, constituyen figuras con diferencias muy grandes entre una y otra que no admiten su asimilación ni paralelismo.

b) Interesa igualmente puntualizar, y de acuerdo a lo visto, que como fenómeno colectivo que es, el cierre o *lock-out* debe afectar a una colectividad o conjunto de trabajadores y tener su causa u origen en un conflicto de trabajo⁴³. El mismo constituye, en efecto, una medida de exteriorización de un conflicto por parte del empresario frente a sus trabajadores, quienes como consecuencia del cierre se ven imposibilitados de llevar a cabo su actividad laboral.

Uno de los elementos conceptuales del mismo y que –según se verá– permitiría diferenciarlo de otras figuras lo constituiría el atinente al plano subjetivo de la decisión, esto es, la *finalidad* del cierre que se disponga. Con arreglo a ello, no configuraría un cierre patronal o *lock-out* cualquier medida de clausura temporal del centro de trabajo decidida por el empleador con una finalidad o motivo distinto de la conflictiva⁴⁴, aun cuando se trate, en dicho marco, de una acción de tipo únicamente defensiva.

VI. ¿Medio de presión patronal?

Un sector de la doctrina define al *lock-out* como una medida o *instrumento de presión* sobre los trabajadores. Así lo define Etala⁴⁵, al igual que Palomeque López y Álvarez de la Rosa, que lo concep-

⁴² Véase, en igual sentido, ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo* cit., p. 991.

⁴³ ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo* cit., p. 992.

⁴⁴ PALOMEQUE LÓPEZ y ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del Trabajo* cit., p. 605.

⁴⁵ ETALA, *Derecho Colectivo de Trabajo* cit., p. 429.

tualizan como *medio de presión* utilizado por el empresario con el fin de decantar el conflicto existente en favor de sus intereses⁴⁶. Otros autores hacen lo propio.

Consideramos, no obstante, que la apreciación, desde cierto punto de vista, podría ser estimada no del todo suficiente pues parecería circunscribir la acción únicamente a una de las manifestaciones o tipologías de dicho mecanismo, sin consideración de las restantes formas que abarcaría también el concepto. En efecto, siendo que por “presionar” se entiende la acción de ejercer presión sobre algo o alguien⁴⁷, y por “presión” la acción de apretar o comprimir⁴⁸, “la fuerza moral o influencia ejercida sobre una persona para condicionar su comportamiento”⁴⁹, el acoso continuado que se ejerce sobre el adversario para impedir su reacción y lograr su derrota⁵⁰, pues entonces debería concluirse que la referida definición se vislumbraría no totalmente abarcativa para describir al fenómeno del *lock-out*, puesto que –cabe ser señalado– el mismo presentaría manifestaciones o tipos que no configurarían una ejercitación de presión sobre otros, ni –figurativamente– destinada a apretar, apisonar o presionar a los mismos, ni a su acoso u hostigamiento.

De hecho, la modalidad *defensiva* del citado fenómeno no constituye de suyo un acto de “presión”⁵¹, ni su finalidad persigue ejercer hostilidad alguna, ni la persecución o la derrota de otros, sino antes bien, y según se verá más abajo, realizar una acción de resguardo, amparo o protección, la preservación propia y de terceros, de personas o cosas. Y así es que los mismos autores consideran a dicha manifestación como una “reacción lógica ante una medida ilegítima de los trabajadores”⁵². En igual sentido, García Murcia señala, refiriéndose al cierre

⁴⁶ PALOMEQUE LÓPEZ y ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del Trabajo* cit., p. 605.

⁴⁷ Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, ed. del tricentenario, Madrid, 1ª acep.

⁴⁸ *Ibíd.*

⁴⁹ *Íd.*, 2ª acep.

⁵⁰ *Íd.*, 3ª acep.

⁵¹ No obstante, algún autor (Caro Figueroa) entiende que ello así acontece aun en dicha hipótesis.

⁵² ETALA, *Derecho Colectivo de Trabajo* cit., p. 430.

patronal defensivo, que, pese a que formalmente se incluye al mismo entre las medidas de conflicto, la restricción de su objeto y procedencia lleva a que carezca de virtualidad como medida de presión⁵³.

VII. ¿Contrahuelga?

Otro sector de la doctrina describe la noción del *lock-out* como *contraposición a la huelga* de los trabajadores, y lo define así, en tal sentido, como suspensión del trabajo dispuesta por la empresa patronal, que cierra el establecimiento (fábrica, taller, etc.) en una acción común convenida con otras empresas⁵⁴. En un sentido algo parecido, Vázquez Vialard prefiere, según se viera, hablar de "contrahuelga" para aludir al mismo, puesto que, según entiende, ello expresaría más ajustadamente el sentido del cierre: una defensa contra una medida llevada a cabo por los trabajadores dependientes⁵⁵.

Consideramos, no obstante, que ello no reflejaría en su integral dimensión al citado fenómeno, pues se limitaría a sólo uno de los supuestos o modalidades de la figura (la forma *defensiva* de la misma), y no a la acepción completa del mismo, puesto que –particularmente en el ámbito de la legislación comparada (de países tales como Estados Unidos, Canadá, etc.)– el concepto tiene un sentido y alcance mayor al indicado, para abarcar también otras modalidades o manifestaciones. En ese mismo sentido repara Ruprecht que el citado término de "contrahuelga" resultaría una expresión insuficiente, pues consideraría únicamente una de sus manifestaciones, el cierre contra una huelga, pero ignoraría las otras situaciones que el mismo también comprende⁵⁶.

VIII. Elementos de conformación

En la configuración del *lock-out* concurrirían tres elementos esen-

⁵³ GARCÍA MURCIA, en VALVERDE, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ y GARCÍA MURCIA, *Derecho del Trabajo* cit., p. 407.

⁵⁴ ARGERI, Saúl A., *Diccionario de Derecho Comercial y de la Empresa*, 1ª ed., Buenos Aires, 1982, p. 276.

⁵⁵ VÁZQUEZ VIALARD, *La contrahuelga* cit.

⁵⁶ RUPRECHT, Alfredo, *El "lock-out"*, en L. L. 1990-D-735, sec. doct.

ciales: 1. *El hecho*; 2. *Sujetos* que intervienen, los que, a su vez, se distinguen según su posición frente al mismo en: 2.1. *Sujeto activo* y 2.2. *Sujeto pasivo*, y por último 3. *Finalidad* perseguida por la medida⁵⁷.

1. *El hecho*

El hecho conforma la faz objetiva de la medida de *lock-out*, el presupuesto material de la figura, el cual se configura por el cierre temporal del lugar de trabajo. Se ha discutido en la doctrina acerca del carácter que asumiría dicho cierre, pues en una primera época diversos autores del Derecho Laboral consideraban que el mismo configuraría un *cierre definitivo*, una causa de extinción de los contratos de trabajo⁵⁸, aunque más modernamente parecería primar la tesis que considera al mismo como una modalidad de cierre solamente *temporal*, ello es, de suspensión de los efectos de los contratos con el personal⁵⁹.

⁵⁷ Véase al respecto TISSEMBAUM, Mariano, *Las controversias del trabajo*, Buenos Aires, 1952, ps. 138/139.

⁵⁸ KASKEL, Walter y DERSCH, Hermann, *Arbeitsrecht*, 4ª ed., p. 426; HUECK, Alfredo y NIPPERDEY, Hans C., *Lehrbuch des Arbeitsrechts*, 2ª ed., t. II, p. 572; *Compendio de Derecho del Trabajo*, trad. al esp. de Luis Rodríguez Piñero y de la Villa, Madrid, 1963, ps. 409/410; DURAND, Paul, *Evolución del Derecho de las relaciones de trabajo en Francia, desde la liberación*, en *Revista Internacional del Trabajo*, vol. LIV, N° 6, p. 607; LYON-CAEN, Gérard, *Droit Social*, 10ª ed., Paris, 1974, p. 275; BAYÓN CHACÓN, Gaspar y PÉREZ BOTIJA, Eugenio, *Manual de Derecho del Trabajo*, 9ª ed., Madrid, t. II, p. 797; DESPONTÍN, Luis A., *Características del Derecho Colectivo del Trabajo*, en *Cuadernos de los Institutos*, Córdoba, 1961, ps. 138 y ss.; POZZO, Juan D., *Manual teórico-práctico de Derecho del Trabajo*, Ediar, Buenos Aires, 1961, Cap. XLI, p. 274, y varios más.

⁵⁹ Véase GALLART FOLCH, Alejandro, *Derecho español del Trabajo*, Madrid, 1936, p. 224; BARASSI, Ludovico, *Tratado de Derecho del Trabajo*, trad. al esp., t. III, ps. 524/533; SANTORO-PASSARELLI, Francesco, *Nozioni di Diritto del Lavoro*, Napoli, 1952, p. 55; GASPARRI, Pietro, *Elementi di Diritto Sindacale*, Cagliari, p. 99; BRIOSCHI, Gian A. y SETTI, Federico, *Lo sciopero nel Diritto*, p. 96; TISSEMBAUM, *Las controversias del trabajo* cit., p. 139; LÓPEZ, Guillermo, *Pasado, presente y futuro del Derecho Colectivo del Trabajo*, en AA. VV., *Derecho Colectivo del Trabajo*, Buenos Aires, p. 7; FERNÁNDEZ MADRID, Juan C., *El tiempo y el daño en las huelgas*, en J. A. 1963-II-425/427; TRUEBA URBINA, Alberto, *Derecho Procesal del Trabajo*, t. III, p. 120; BALELLA, Juan, *Lecciones de legislación del trabajo*, p. 399; PÉREZ BOTIJA, M. (cambiando su posición inicial), *Curso de Derecho del Trabajo*, 2ª ed., Madrid, p. 305; GAETE BERRIOS, Alfredo, *Derecho del*

2. Sujetos

2.1. Sujeto activo

El mismo es, necesariamente, un empleador. El cierre de *lock-out* se dirige contra los trabajadores del empresario, lo cual significa que el sujeto activo debe tratarse de un empleador para configurar el supuesto de hecho⁶⁰.

Se ha discutido en la doctrina científica la *condición* que debería investir el sujeto activo del *lock-out*, esto es, si debe ser de carácter plural, mediar una concertación previa de varios empleadores, o si puede ser dispuesto por un solo empresario (condición singular)⁶¹.

Diversos autores circunscriben el concepto del *lock-out* a una acción colectiva o plural de los empleadores (“acción acordada”, o “concertada”, “voluntad colectiva”, “acción común convenida con otras empresas”)⁶². También en el ámbito penal aparece definido como una acción plural y concertada de los patronos⁶³. No obstante, lo cierto es que el mismo constituye una medida que puede ser decidida tanto pluralmente, por varios empresarios (o una o varias organizaciones de empresarios), como unilateralmente, por sólo un empresario⁶⁴, y de hecho la mayoría de las legislaciones y la doctrina se inclinaron por

Trabajo, p. 447; HERRERA, Enrique, *El “lock-out”*, en T. y S. S. 1973/74-257; KROTOSCHIN, Ernesto (modificando su postura inicial en el tema), *Tratado práctico de Derecho del Trabajo*, 3ª ed., Buenos Aires, 1979, vol. II, p. 258, y muchos más. Para un mayor desarrollo sobre el tema, nos remitimos a nuestro trabajo “*Lock-out*”, en SIMÓN, Julio (dir.), *Tratado de Derecho Colectivo del Trabajo*, Buenos Aires, 2012, t. II, ps. 879 y 516.

⁶⁰ OJEDA AVILÉS, Antonio, *Derecho Sindical*, 6ª ed., Madrid, p. 537.

⁶¹ DEVEALI, Mario L., “*Lock-out*”, *cierre y suspensión*, en D. T. 1964-226.

⁶² GALLART FOLCH, *Derecho español del Trabajo* cit., p. 224; PÉREZ BOTIJA, Eugenio, *Derecho del Trabajo*, Madrid, 1960, p. 297; CABANELLAS, Guillermo, *Tratado de Derecho Laboral*, t. III, p. 562; ARGERI, *Diccionario de Derecho Comercial y de la Empresa* cit., p. 276.

⁶³ GOLDSTEIN, *Diccionario de Derecho Penal y Criminología* cit., p. 658; BUOMPADRE, Jorge E., *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, 2009, p. 739; NÚÑEZ, Ricardo, *Derecho Penal argentino*, t. V, p. 144.

⁶⁴ PALOMEQUE LÓPEZ y ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del Trabajo* cit., ps. 604/605.

la factibilidad de que el mismo sea dispuesto no solamente de manera plural, sino también por un solo empleador⁶⁵.

2.2. *Sujeto pasivo*

Primeramente, en cuanto a sus alcances relativos al ámbito material de afectación se refiere, el *lock-out* puede abarcar como consecuencia del cierre a los trabajadores de toda la empresa, o de todo un establecimiento de la misma, o de todos los establecimientos que posea (*lock-out* total), o bien limitarse a los de una parte de la misma, una planta o sección, sólo algunas dependencias (*lock-out* parcial), circunscribiéndose al sector afectado⁶⁶.

En cuanto a su alcance personal se refiere, los sujetos pasivos de dicha medida serían siempre *trabajadores*. Ello es (y salvo la extensión a otros terceros que más adelante se verán), trabajadores dependientes del empleador que dispone la medida o que decide sumarse a una ya dispuesta por otros empleadores. Dada la característica colectiva de la medida, se trata siempre de una pluralidad de trabajadores y no de un trabajador singular. En ese sentido, y conforme señalan Palomeque López y Álvarez de la Rosa, los conflictos colectivos (ámbito en el que se inserta el *lock-out*) presuponen un sujeto plural en la posición de los trabajadores dentro de la controversia, esto es, una pluralidad o colectividad de trabajadores enfrentada a uno o varios empresarios⁶⁷.

⁶⁵ Véase KROTOSCHIN, Ernesto, *Instituciones del Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, 1948, t. II, p. 182; *Tratado práctico de Derecho del Trabajo* cit., vol. II; GASPARRI, *Elementi di Diritto Sindacale* cit., p. 99; SANTORO-PASSARELLI, *Nozioni di Diritto del Lavoro* cit.; HERRERA, *El "lock-out"* cit.; TRUEBA URBINA, *Derecho Procesal del Trabajo* cit., p. 120; TISSEMBAUM, *Las controversias del trabajo* cit., ps. 142/143; POZZO, *Manual teórico-práctico de Derecho del Trabajo* cit., t. II, p. 274; VÁZQUEZ VIALARD, *La contrahuelga* cit., p. 513; DEVEALI, *"Lock-out", cierre y suspensión* cit., p. 227; TREU, Tiziano, *El "lock-out" como medida de acción directa de los empleadores*, en T. y S. S. 1980-353; SINAY, Hélène, *La grève*, p. 338; OJEDA AVILÉS, *Derecho Sindical* cit., p. 538.

⁶⁶ VÁZQUEZ VIALARD, *La contrahuelga* cit., p. 514; KROTOSCHIN, *Tratado práctico de Derecho del Trabajo* cit.; TISSEMBAUM, *Las controversias del trabajo* cit., p. 142.

⁶⁷ PALOMEQUE LÓPEZ y ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del Trabajo* cit., p. 536.

Por ello, dicha medida constituye un fenómeno colectivo respecto de la parte pasiva del mismo⁶⁸; se trata de un hecho con consecuencias colectivas –en sentido cuantitativo– para los trabajadores, aun cuando no abarque a la totalidad de ellos⁶⁹.

Resulta indiferente que los trabajadores se hallen o no afiliados a una asociación profesional de trabajadores.

De tratarse de una acción de *lock-out* defensivo, la medida de cierre puede alcanzar no sólo a los trabajadores que participen en forma activa de la medida de acción sindical a la que se responde, sino también a quienes no son parte de ella⁷⁰. En ese sentido, ha dicho también el Tribunal Constitucional español que la decisión de cierre patronal puede afectar no sólo al personal conflictivo, sino también al personal pacífico⁷¹, ello es, ajeno al conflicto en que se enmarca.

3. Finalidad

La medida de *lock-out* constituye un acto humano voluntario. En cuanto tal, reside en él un fin específico que dirige dicha voluntad hacia algo y es causa eficiente de los actos. La misma determina a la acción. La actividad humana no es una actividad sin causa final. Ésta es una causa-fin en su faz subjetiva, como móvil, un querer individual y concreto.

El aspecto subjetivo de la configuración morfológica del *lock-out* constituye uno de los elementos más críticos del mismo, puesto que resulta el factor esencial de su constitución y, además, de diferenciación respecto de otras figuras jurídicas que se hallan próximas al mismo en la dimensión objetiva o de materialidad (el cierre), pero que no constituyen un *lock-out*. El citado aspecto subjetivo atiende a la motivación del mismo, su causa-fin: qué se persigue obtener con

⁶⁸ KROTOSCHIN, *Tratado práctico de Derecho del Trabajo* cit.

⁶⁹ POZZO, *Manual teórico-práctico de Derecho del Trabajo* cit., t. II, p. 275; HERRERA, *El "lock-out"* cit., p. 258.

⁷⁰ VÁZQUEZ VIALARD, *La contrahuelga* cit., p. 520; KROTOSCHIN, *Tratado práctico de Derecho del Trabajo* cit., ps. 260/261; GARCÍA MURCIA, en VALVERDE, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ y GARCÍA MURCIA, *Derecho del Trabajo* cit., p. 406; CNAT, sala V, D. T. 1964-264.

⁷¹ STC, noviembre de 1981.

la medida⁷². Lo expuesto significa que no basta para la configuración del *lock-out* la sola presencia del elemento objetivo, sino que se requiere ineludiblemente, además, que el mismo responda a una motivación, que en el caso es de tipo *profesional*. Y ello serviría también para desechar la inclusión en el concepto de otras manifestaciones de cierre que no responden a una motivación de esa naturaleza (v. gr., los cierres de protesta social o política), que alguna calificada doctrina ha propuesto comprender también en el mismo.

En el *lock-out*, el interés que se esgrime y se halla en situación de tensión o controversia no sería el interés individual o particular del empresario, sino un interés vinculado al colectivo de las relaciones laborales sobre el cual se pretende operar. Aun cuando la medida fuera dispuesta por un único empresario, el empleador único que interviene, si bien no es un grupo parcial dentro de otro grupo, sí lo es como empleador y empresario, en cuanto parte del grupo que lo incluye, que es la empresa⁷³. En igual senda, se señala que el *lock-out* debe tender a la defensa de *intereses profesionales empresarios*, y ello es lo que determinaría la configuración de la medida⁷⁴.

Recuerda Ackerman que el interés de los empleadores constituye también un interés *colectivo*, desde que el mismo, pese a no ser tenido debidamente presente, configura un interés bilateral, y que gira en torno a los muy diversos servicios que necesitan las empresas⁷⁵. De otro lado, y aun de tratarse de un solo y único empresario, los mismos entablan relaciones colectivas de trabajo con sujetos representativos del interés colectivo de los trabajadores cuando aparece afectado un interés colectivo de los empleadores.

Con base a las pautas antes citadas, Vázquez Vialard entiende que para determinar si se está ante una medida de *lock-out* debe estarse a

⁷² CORRY, David, *Collective Bargaining and Agreement*, Canada, 2007, vol. I, ps. 9/18.

⁷³ LÓPEZ, Justo, *Aspectos del convenio colectivo*, en L. T., t. XXIII-B, p. 579; véase igualmente PALOMEQUE LÓPEZ y ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del Trabajo* cit., p. 536; STS del 25-6-92, A. 4672; 30-10-92, A. 7858; 23-11-92, A. 8827; 18-1-95, A. 360.

⁷⁴ DEVEALI, *Derecho Sindical* cit., p. 227.

⁷⁵ ACKERMAN, *Limitaciones y bilateralidad del interés colectivo* cit., ps. 16/17.

su *causa-fin*: debe tratarse de una *causa profesional*, por lo que cabe indagar cuál es su motivación, su fundamento⁷⁶. Ciertamente, interesa primariamente la consideración del aspecto externo u objetivo –el hecho–, pero ello no resultaría suficiente pues debería necesariamente indagarse después acerca de sus motivaciones⁷⁷, ya que la medida de cierre debe responder a un motivo de carácter profesional, y por intermedio de la misma el empleador pretende defender su situación o imponer determinadas condiciones al personal⁷⁸. La causa-fin de la medida ha sido también uno de los elementos vitales a los que ha ocurrido la legislación comparada para determinar si las decisiones interruptivas dispuestas por los empresarios resultarían encuadrables como un *lock-out* o no⁷⁹, y lo propio ha hecho la jurisprudencia extranjera⁸⁰.

IX. Tipos

1. "Lock-out" defensivo

a) Existen varios tipos o modalidades de cierre patronal. Se considera que existe *lock-out ofensivo* –o cierre propiamente dicho– cuando la iniciativa de cierre del establecimiento por parte del empleador responde a la finalidad de ejercer presión sobre los trabajadores a fin de lograr la aceptación de modificaciones de las condiciones de trabajo en el curso de negociaciones colectivas del trabajo, o de las condiciones de labor existentes, y como consecuencia de ello procede a clausurar temporariamente las instalaciones con la consiguiente suspensión de efectos de los contratos de trabajo.

En cambio, se considera *defensivo* –o cierre impropio– el que dis-

⁷⁶ VÁZQUEZ VIALARD, *La contrahuelga* cit.

⁷⁷ VÁZQUEZ VIALARD, *La contrahuelga* cit., p. 514.

⁷⁸ *Ibíd.*

⁷⁹ *British Columbia Labour Relations Code*, Canada, S.63(1); Ontario, *Labour Relations Act*, 1995, S. 84.

⁸⁰ "Port McNelly Mine Mill Workers' Union, Local 1016, vs. Empire Development Co. Ltd.", 67, CLLC, 14050 (British Columbia Supreme Court); "Ralph, Milroad Metal products Ltd." (1977), Ontario LRB, Rep. Fed. 79; "Superior Oil Co." (1980), OLRB, Rep. Dug. 1244; "Royal Canadian Montgomery, Branch N 24", 83 CLLC 16013, Alberta LRB; "Federated Co-operatives Ltd." (1980), Canada LRBR 372 (BC).

pone el empresario ante el hecho de una huelga, normalmente previa, u otra situación exteriorizada de conflicto (cierre defensivo o de reacción). En tal supuesto, el cierre puede hallarse dirigido a preservar la integridad de las personas, los bienes y las instalaciones de la empresa, y limitado al tiempo necesario para remover dichas causas y para asegurar la reanudación de la actividad normal, una vez removidas las mismas⁸¹. El cierre defensivo –también llamado “de respuesta”–, ha señalado en ese sentido el Tribunal Supremo español, se realiza “con la exclusiva finalidad de preservar a personas y bienes de las consecuencias excesivamente onerosas y desproporcionadas que pueden derivarse del ejercicio de aquel derecho”⁸².

La citada y estrecha interpretación hecha por los tribunales españoles explica por qué los autores y fallos de dicho país hablan también, a la hora de referirse a la modalidad de que se trata, del “ejercicio de un *poder de policía* del empresario”, dirigido a preservar la integridad de las personas, los bienes y las instalaciones⁸³.

La experiencia de dicho país registra, no obstante, la presencia de cierres patronales que excederían los confines marcados por la referida jurisprudencia y que más parecerían configurar *lock-outs* de *protesta social*. Así habría ocurrido y según ilustra la crónica periodística de hace algún tiempo con los cierres patronales de farmacias de la Comunidad Valenciana por los impagos de la *Generalitat*, ocurridos en los años 2011⁸⁴, en 2012⁸⁵, o el del polígono industrial Cobo Calleja, donde alrededor de 700 empresas de origen asiático *cerraron* temporalmente sus puertas para mostrar su rechazo a la corrupción y blanqueo de capitales que habría sido hecho pública a raíz de una investigación policial (“Operación Emperador”).

Algunas pautas que podrían servir para determinar cuándo se estaría

⁸¹ ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo* cit., p. 991.

⁸² STS del 31-3-2000, A. 7403.

⁸³ GARCÍA MURCIA, en VALVERDE, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ y GARCÍA MURCIA, *Derecho del Trabajo* cit., p. 407. En igual sentido, ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo* cit., p. 992.

⁸⁴ *Europa Press*, diciembre de 2011, impagos de la *Generalitat*.

⁸⁵ *Gaceta Médica*, del 7-6-2012; *ElGlobalnet*, del 29-11-2012, con cuatro semanas de cierre por impagos de la *Generalitat*, farmacias de Valencia, Alicante y Castellón.

ante un *lock-out* de tipo defensivo serían las establecidas por el artículo 12 del RDLRT español, que en tal sentido prescribió su procedencia sólo en casos de huelga previa de los trabajadores o ante cualquier modalidad de irregularidad colectiva en el régimen de trabajo, concurriendo a su vez alguna de las siguientes circunstancias: a) notorio peligro de violencia para las personas o de daños graves para las cosas; b) ocupación ilegal del centro de trabajo o de cualquiera de sus dependencias, o peligro cierto de que ésta se produzca; c) que el volumen de la inasistencia de trabajadores o irregularidades en el trabajo impida gravemente el proceso normal de producción. Tales supuestos son independientes entre sí, según considerara el Supremo Tribunal de ese país⁸⁶.

b) En nuestro medio se admitiría casi pacíficamente la procedencia del cierre patronal cuando en las medidas de acción directa de los trabajadores se pone en peligro la seguridad de las personas o de los bienes que conforman la empresa, y también cuando las mismas amenazan con desquiciar o provocar daños irreparables en la estructura productiva⁸⁷. La medida de cierre tendría por finalidad primordial, en tales casos, defender los derechos del empleador amenazados por la actuación huelguística, y en ocasiones también los de terceros (demás trabajadores no adheridos, otras personas presentes en el establecimiento –proveedores, clientes, visitantes, etc.–). La tutela de la vida, la salud, la libertad y la seguridad de personas o cosas aparece casi como una constante en cuanto supuestos en que se admitiría el cierre defensivo o de protección.

c) De acuerdo con lo visto, para trazar la diferenciación entre una y otra modalidad, debería reposarse la atención sobre el elemento subjetivo, la *causa-fín* que inspire en cada caso el obrar del empleador: si la finalidad del cierre o clausura temporal decidida por el empresario es, verbigracia, modificar a su favor las condiciones laborales existentes, se estará ante un cierre en sentido propio u ofensivo; si, en cambio, está destinado a la protección o preservación de las personas o bienes del centro de trabajo, se tratará de un cierre impropio o defensivo.

⁸⁶ STS del 14-1-2000, A. 977; sent. del 17-1-2000, A. 1429, y del 31-3-2000, A. 7403.

⁸⁷ CARO FIGUEROA, Armando, *El sistema argentino de relaciones laborales*, en OIT, *Informe Relasur*, 1994, ps. 96/97.

d) Algunos autores entienden que el *lock-out* patronal no podría ejercitarse ante una medida legítima de los trabajadores dado el reconocimiento constitucional del derecho de huelga⁸⁸.

Sin embargo, podría apuntarse al efecto que el cierre no siempre significa que el mismo tenga fines de lucha frente a la huelga, aun cuando la misma pudiera muchas veces constituir una de las situaciones que pueden legitimar la adopción de esa medida⁸⁹. Tampoco significa que la ejercitación legítima del derecho constitucional de huelga impida necesariamente la efectivización de un cierre patronal, ni que en tal caso el mismo se encuentre descalificado de ilegalidad.

El Tribunal Central de Trabajo español –que de suyo ha desarrollado una doctrina bastante restrictiva respecto de la admisibilidad del cierre patronal defensivo– hubo de señalar en ese sentido que la legalidad de una huelga no es obstáculo para la viabilidad del cierre patronal⁹⁰, en tanto el mismo puede tener una finalidad defensiva o de protección. Y se ha recalcado en esa misma línea que no es válida la ecuación huelga lícita-cierre ilícito, ni tampoco la contraria (huelga ilícita-cierre lícito)⁹¹. De hecho, la jurisprudencia hispana ha recogido numerosos precedentes en los cuales hubo de ser estimado lícito el cierre patronal en casos de huelgas legales. Así se ha hecho en casos de huelgas legales que generan niveles altos de inasistencia o irregularidades en el trabajo que impedían gravemente el proceso normal de producción. Ello, por lo demás, ha sido expresamente admitido por la legislación de dicho país (v. gr., art. 12, RDLRT).

El Tribunal Central del Trabajo señaló también que en esos casos procedía el cierre defensivo, pues dicha clase de ausencias impiden al empresario dar tareas a quienes no se suman a la huelga y pretenden ejercer su derecho a trabajar⁹². Lo propio hubo de hacer admitiendo el cierre patronal en casos de huelgas legales parciales que inutilizan

⁸⁸ Así, v. gr., ETALA, *Derecho Colectivo del Trabajo* cit., p. 430.

⁸⁹ GARCÍA MURCIA, en VALVERDE, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ y GARCÍA MURCIA, *Derecho del Trabajo* cit., ps. 407/408.

⁹⁰ TCT, 9-5-82.

⁹¹ TCT, 9-5-82 cit.

⁹² TCT, 24-7-86 y 1-10-87.

el trabajo de los empleados no adheridos a la huelga⁹³, y en numerosos otros supuestos más de huelgas legales. En ese mismo camino, en nuestro medio Vázquez Vialard considera que el empleador puede, en determinados supuestos, recurrir al cierre como un medio para evitar las consecuencias dañosas de una medida de acción directa, aunque sea lícita, tal como cuando sólo una parte del personal cumple su labor, lo cual, en ausencia del resto, impide que se pueda realizar su prestación. Lo propio podría hacer en los casos de paros rotativos que perturban la producción⁹⁴.

En suma, si bien el cierre patronal defensivo normalmente procede respecto de medidas de acción sindical afectadas de ilegalidad, el mismo puede también proceder ante medidas gremiales legítimas. La legalidad de la acción sindical no constituiría óbice para la viabilidad de la respuesta defensiva.

2. "Lock-out" ofensivo

a) Otro importante sector de la doctrina y diversas legislaciones han admitido también, desde hace tiempo y junto al *lock-out* defensivo, a la modalidad ofensiva del cierre patronal. Ello es, con un sentido de presión sobre los trabajadores, a veces, para forzar la aceptación de nuevas condiciones de trabajo, en otras ocasiones para impedir su modificación –mantenimiento de condiciones–. El mismo se halla presente en la obra de numerosos autores, admitiendo su implementación en determinadas condiciones⁹⁵, y también aparece en la elaboración

⁹³ TCT, 24-4-84.

⁹⁴ VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, t. 2, ps. 174/175.

⁹⁵ Véase DESPONTÍN, Luis A., *Derecho Privado y Público del Trabajo*, ps. 428 y s.; NÁPOLI, Rodolfo A., *Manual de Derecho Sindical*, Buenos Aires, ps. 208/209; CABANELLAS, Guillermo, *Tratado de Derecho Laboral*, Buenos Aires, t. III, ps. 268 y 287; POZZO, *Manual teórico-práctico de Derecho del Trabajo* cit., N° 404, p. 274; RIVAS, José M., *Relaciones laborales en la empresa*, Buenos Aires, 1964, p. 82; TISSEMBAUM, Mariano, *Las controversias del trabajo, la huelga y el "lock-out" ante el Derecho*, Buenos Aires, 1952, Tít. III, p. 142; PIAZZI, Ugo, *Il lavoro e il sindacato*, en *Il lavoro, Enciclopedia a cura de Luigi Civardi*, Roma, 1964, p. 394, cit. por VÁZQUEZ VIALARD, *La contrahuelga* cit., p. 516; TRUEBA URBINA, *Derecho Procesal del Trabajo* cit., t. III, p. 120; BALELLA, *Lecciones de legislación*

científica de la OIT⁹⁶ y en diversas legislaciones del Derecho Comparado. Algunos autores definen incluso al *lock-out* sólo en su versión ofensiva. Así, refieren que el mismo consistiría en el “cierre simultáneo de fábricas, talleres o establecimientos, concertado entre patronos para compeler a los obreros a aceptar determinadas condiciones de trabajo”⁹⁷.

Algunas legislaciones formulan una definición casi excluyente del *lock-out* bajo su modalidad ofensiva, tal como ocurre con distintos países del Derecho anglosajón, sin perjuicio de admitir también su tipología defensiva. En *Inglaterra*, una ordenanza de 1944 así lo definía, y en *Canadá*, una ley de 1948 (art. 2º, inc. L) hizo otro tanto, y actualmente la normativa de la mayoría de las provincias de dicho país contempla expresamente dicha clase de *lock-out*. También fue recogida en Estados Unidos de América, y por la legislación de Nueva Zelanda, Antigua y Barbuda, Bahamas, Granada, Zimbabwe, Malasia, Haití, y diversos países más⁹⁸.

En ese sentido, la legislación y jurisprudencia norteamericanas han aceptado desde hace mucho tiempo el *lock-out* ofensivo. La Corte Suprema de dicho país admitió en distintas ocasiones el cierre de una empresa para presionar a los trabajadores en una negociación. Dijo el citado tribunal al efecto que el patrón no violaba la ley cuando, luego de un *impasse* en la negociación, cerraba temporalmente la planta industrial con el propósito de ejercer presión económica en apoyo de su legítima posición negociadora. Así lo hizo particularmente a partir del caso “*American Ship Building Co. vs. NLRB*”⁹⁹, y los pronuncia-

del trabajo cit., p. 399; GAETE BERRIOS, Alfredo, *Derecho del Trabajo*, p. 447; HUECK y NIPPERDEY, *Lehrbuch des Arbeitsrechts* cit.; BRIOSCHI, Gian y SETTI, Federico, *Lo sciopero nel Diritto*, p. 96; GRANIZO, León y GONZÁLEZ ROTHOWS, Mariano, *Derecho Social II*, p. 236; DEVEALI, Mario L., “*Lock-out*” por vencimiento del convenio colectivo, en D. T. 1966-308; TREU, *El “lock-out” como medida de acción directa de los empleadores* cit., p. 353, entre muchos.

⁹⁶ Puede verse al respecto *La libertad sindical*, publicación de dicho organismo, y también allí la definición del concepto; véase igualmente VÁZQUEZ VIALARD, *La contrahuelga* cit., p. 516, nota 8.

⁹⁷ GOLDSTEIN, *Diccionario de Derecho penal y Criminología* cit., p. 658.

⁹⁸ Para un mayor desarrollo en el aspecto, nos remitimos a nuestro trabajo “*Lock-out*”, en SIMÓN (dir.), ob. cit.

⁹⁹ Sent. del 29-3-65, 380 U. S. 300 (1965).

mientos posteriores¹⁰⁰. Lo propio se registra en los pronunciamientos del órgano estatal encargado de resolver las disputas en los conflictos colectivos laborales (NLRB –*National Labor Relations Board*–).

Siguiendo la línea citada, la jurisprudencia norteamericana ha señalado al respecto que la modalidad ofensiva no constituye de suyo un acto ilícito ni puede ser considerada como una práctica antisindical, pudiendo el empleador ocurrir a la misma en diversas circunstancias como una legítima herramienta de presión económica¹⁰¹.

b) La distinción del cierre patronal defensivo respecto del cierre llamado ofensivo es importante, aun cuando, en ocasiones, los confines presentan dificultades para establecerla debidamente, y ello, por cuanto algunas legislaciones sólo admiten como legítimo el cierre reactivo o de defensa forzado por una huelga o conflicto previo, y no la otra modalidad del mismo (el ofensivo). En efecto, algunos países no admiten el *lock-out* de tipo ofensivo, restringiendo su procedencia al que se realiza con una finalidad defensiva, también conocido como “cierre patronal de retorsión” o “*serrata di ritorsione*”. En ese sentido, el Código de Trabajo de Chile sólo admite el *lock-out* de tipo defensivo (art. 353), el cual sólo procede después de comenzando a hacerse efectiva una huelga por los trabajadores. Diversas otras legislaciones hacen otro tanto.

3. “*Lock-outs*” de solidaridad y de protesta

a) Además de las manifestaciones de *lock-out* hasta aquí vistas, algunas legislaciones admiten también otros tipos de la citada figura. En el Derecho alemán, verbigracia, se conocen no sólo el *lock-out*

¹⁰⁰ SHAWE, Earle, *The regenerated status of the employer’s “lock-out”: a comment on American Ship Building*, en *New York University Law Review*, vol. 41, N° 6, diciembre de 1966, p. 1124; casos “*American stores packing Co.*”, 142, NLRB, 711; “*Weyerhaeuser Co.*”, 155 NLRB N° 82, 16-11-65, etc. Véase, asimismo, ECHEVERRI URIBURU, Álvaro, *Teoría constitucional y ciencia política*, Buenos Aires, 2014, p. 223.

¹⁰¹ CJS Labor, p. 491, “*NLRB vs. Golden State Bottlin Co.*”, 353, Fd 667, 20; US, “*NLRB vs. Charles D. Bonnano Linen Service, Inc.*”, 630 F. 2d. 25; US, “*Utah Plumbing & Heating Constructors vs. NLRB*”; 294, F. 2d. 165; US, “*Inland Trucking Co. vs. NLRB*”, 440, F. 2d. 562; “*NLRB vs. Ancor Concepts Inc.*”, 166 F. 3d. 55, y muchos otros.

ofensivo y el defensivo ya analizados, sino también el de *solidaridad*¹⁰². El mismo se efectivizaría como manifestación de apoyo hacia otras empresas que resultan afectadas por medidas ilegales adoptadas por sus dependientes¹⁰³.

La citada modalidad aparece presente en la ley inglesa de 1927 sobre conflictos de trabajo¹⁰⁴, lo mismo que en la ya citada Ordenanza de dicho país de 1944; y así también se advierte en Canadá, en la ley de 1944 de la Provincia de Quebec, como igualmente en la ley federal de dicho país de 1948 (art. 2º); también en la ley de Granada, en la de Bahamas y demás otros países. La jurisprudencia norteamericana registra numerosos casos en donde también fue admitida dicha otra forma de expresión del *lock-out*¹⁰⁵.

b) Algunos autores van más allá al considerar que la medida de *lock-out* podría ser utilizada como modalidad de *protesta social*, afectando no sólo a trabajadores subordinados, sino incluso también a terceros, entes públicos o privados¹⁰⁶. Dicha parte de la doctrina estima en ese sentido que, además de abrigar fines profesionales, la medida de *lock-out* también procedería cuando es empleada con fines políticos, de protesta, etcétera¹⁰⁷, aun como excepción. De tal modo, su implementación no sólo haría a los intereses económicos y profesionales de los empleadores, sino también a razones políticas o sociales¹⁰⁸.

En cambio, la jurisprudencia de España no ha aceptado el *lock-out* de tipo ofensivo¹⁰⁹, ni tampoco el político y de solidaridad¹¹⁰.

c) En términos generales, podría resumidamente señalarse que tanto

¹⁰² BOLDT, G., *La grève et le "lock-out" en Droit allemande*, en *Grève et "lock-out"*, ps. 101 y 102, cit. por MONTROYA MELGAR, *Derecho del Trabajo* cit., p. 695; ZÖLLNER, Wolfgang, *Arbeitsrecht*, 3ª ed., Munich, 1983, ps. 354 y ss.; HANAU, Peter y ADOMEIT, Klaus, *Arbeitsrecht*, ps. 80 y ss.

¹⁰³ DEVEALI, "Lock-out", *cierre y suspensión* cit., p. 231.

¹⁰⁴ Ley del 29-7-1927.

¹⁰⁵ Suprema Corte de EE. UU., sent. del 1-4-57, y otros; "Buffalo Linen Supply Co.", 109 y NLRB, 447 (1954), etc.

¹⁰⁶ BALELLA, *Lecciones de legislación de trabajo* cit., p. 299. Véase al respecto TISSEMBAUM, *Las controversias del trabajo* cit., ps. 142 y s., y 228.

¹⁰⁷ BRIOSCHI y SETTI, *Lo sciopero nel Diritto* cit.

¹⁰⁸ POZZO, *Manual teórico-práctico de Derecho del Trabajo* cit., p. 274.

¹⁰⁹ STC, 8-4-81; STSJ de Castilla y León, 6-2-92, Ar. 574.

¹¹⁰ STC, 8-4-81 y 22-9-87.

en la doctrina como la jurisprudencia y la legislación de numerosos otros países se conocen fundamentalmente dos manifestaciones o clases de *lock-out* patronal: el ofensivo y el de tipo defensivo. En ese sentido, Montoya Melgar define al *lock-out* como "un medio de presión laboral ejercitado por uno o varios empresarios a través del cese en la actividad y el cierre de sus establecimientos, y la consiguiente interrupción del pago de los salarios, con el fin de imponer a sus trabajadores determinadas condiciones laborales, o de responder a una huelga u otro acto de presión de los trabajadores"¹¹¹. En ese último supuesto, se daría un *animus* defensivo en dicho medio de presión patronal, en tanto que en aquél sería de tipo ofensivo. Muchos otros autores y distintas legislaciones admiten ambas modalidades del *lock-out*. En tanto, otros países, aunque en menor proporción, aparecen admitiendo las otras manifestaciones del *lock-out* que se realizan con fines de solidaridad y de protesta social.

X. Licitud e ilicitud del *lock-out*

a) Del mismo modo que ocurre con el derecho de huelga, no debería confundirse el derecho de *lock-out* con su ejercicio en un caso determinado. En ese sentido, y de estimarse que existiría un derecho del empresario a ocurrir a la acción de *lock-out*, en cuanto a su ejercitación la resolución del problema de la licitud o ilicitud del cierre patronal no podría soslayar las nociones básicas del Derecho.

En primer lugar, y al igual que acontece con la huelga, el mismo no constituiría un derecho absoluto, sino que se hallaría esencialmente limitado por razones de bien común (v. gr., si el mismo pusiera en peligro a personas, la seguridad o conservación de bienes, etc.), de modo que el mismo no podría ser ejercido discrecionalmente, sino, y fundamentalmente, haciéndoselo en compatibilidad con otros derechos de jerarquía constitucional.

El *lock-out*, por otra parte, no constituiría un fin en sí mismo, sino un *medio* para la obtención de fines lícitos, un medio instrumental, por lo que el cierre debería revestir carácter funcional y resultar proporcionado –razonable– en orden al cumplimiento de los fines que se

¹¹¹ MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo* cit., p. 694.

persigan. Debería, por ello mismo, responder a fines profesionales y mediar una razonable proporcionalidad entre la medida de cierre empresarial y la medida de los trabajadores respecto de la cual se pretendería implementar. La razonabilidad constituye, en su aplicación, la contrapartida de la arbitrariedad, lo contrario a lo despótico. Debería así tratarse de un actuar racional¹¹². Ello constituye un principio que no sólo es del Derecho del Trabajo, sino de todo el Derecho, del Derecho “a secas”; sin él, no habría Derecho del Trabajo ni ningún otro¹¹³.

De ello mismo se sigue que el citado mecanismo no podría ser ejercitado para la resolución de disputas “de derecho”. En tal sentido, y como ha reseñado la OIT, la solución de conflictos de esa naturaleza, resultantes de diferencias relativas a la interpretación de un texto legal, debe incumbir a los tribunales competentes, de modo que el aco­m­ti­m­ie­n­to de una medida de *lock-out* patronal en dichas situaciones (al igual que la huelga de los trabajadores) no constituiría ejercicio legítimo de la libertad sindical¹¹⁴.

De otro lado, cabría recordar que el *lock-out* constituiría en principio una *excepción* a una regla jurídica, que es la obligación contractual en la relación individual de otorgar tareas a los trabajadores y que se halla en cabeza del empleador. De ello se sigue que la procedencia del derecho de cierre patronal, en cuanto significa una interrupción en la dación de tareas, ello es, una abstención en las obligaciones emergentes del negocio jurídico individual, resultaría –en principio– de procedencia restrictiva, y que de igual manera debería efectuarse primariamente su apreciación, la interpretación acerca de su procedencia. En ese sentido, debería partirse de que se estaría ante un incumplimiento objetivo del empresario respecto de su débito contractual¹¹⁵,

¹¹² PLA RODRÍGUEZ, Américo, *Los principios del Derecho del Trabajo*, 2ª ed., Buenos Aires, p. 284.

¹¹³ LÓPEZ, Justo, en LÓPEZ, Justo; CENTENO, Norberto y FERNÁNDEZ MADRID, Juan C., *Ley de Contrato de Trabajo. Comentada*, 2ª ed., Buenos Aires, t. I, p. 180.

¹¹⁴ Respecto de la huelga en dicha clase de diferendos, véase OIT, *Libertad sindical y negociación colectiva*, p. 76, párr. 374.

¹¹⁵ VÁZQUEZ VIALARD, *La contrahuelga* cit., p. 513.

de modo que debería analizarse en ese contexto si la medida patronal contaría con las condiciones necesarias para configurar un “no cumplimiento justificado”, una acción ajustada a derecho.

Por aplicación del deber de buena fe, se ha postulado que, de ser ello posible, según las particulares circunstancias, previo a la adopción de la medida de cierre el empleador debería *intimar* a los trabajadores al cese de la actitud ilegal (de tratarse de una medida defensiva frente a una acción de esa condición)¹¹⁶ y sólo en caso de no ser acatado dicho requerimiento ocurrir a la misma¹¹⁷. Debería así también, e igualmente por aplicación de la citada obligación, *anoticiarse* debidamente a los dependientes acerca de la implementación de la medida por parte del empleador.

b) Aun con la necesaria advertencia de que el Derecho Comparado no es sólo un catálogo de normas extranjeras, sino un conjunto de experiencias no nacionales respecto de conductas jurídicamente relevantes¹¹⁸, nuevamente un ligero repaso de los sistemas jurídicos extranjeros permitiría también orientar el análisis acerca de cómo han sido consideradas las medidas de acción que nos ocupan en el marco de la regulación de las relaciones laborales.

La regulación jurídica establecida por las distintas legislaciones en torno al fenómeno del *lock-out* permite apreciar diferencias significativas a su respecto. Algunas veces, producto de los recelos o disfavor que ha suscitado en ciertos ordenamientos. Así, la Constitución de la República Portuguesa de 1976 se refiere al mismo sólo para prohibirlo de modo expreso (art. 57.3).

Algunos viejos pronunciamientos de los tribunales franceses en su momento consideraron aun al *lock-out* de tipo defensivo como un abuso del derecho de propiedad, cuando con dicha medida –cierre del establecimiento– se respondía a la declaración de una huelga. Y

¹¹⁶ VÁZQUEZ VIALARD, *La contrahuelga* cit., p. 514, nota 4.

¹¹⁷ Ciertamente, ello dependería de las específicas circunstancias del caso, puesto que en ocasiones dicha intimación previa no resultaría factible, o también por mediar razones de urgencia en la adopción de la medida (v. gr., ante medidas de acción acompañadas de formas de violencia).

¹¹⁸ PIÑA, *Reformas laborales y Derecho Comparado. Valores en conflicto* cit., p. 1, en cita de Máximo D. Monzón.

así, y con base a dicho fundamento, condenaban al empleador a pagar los salarios de los días de huelga¹¹⁹.

En Japón el *lock-out* no se halla regulado expresamente en la ley, pero ha sido admitido por la jurisprudencia bajo su modalidad defensiva y con previa autorización judicial, salvo motivos de urgencia que no hicieran posible recabar la misma en tiempo oportuno. En Alemania el *lock-out* ha sido considerado legítimo por el Tribunal Federal de Trabajo, que ha establecido a su respecto algunas condiciones para su procedencia (ello es, que sea necesario y adecuado para lograr los objetivos del conflicto laboral; que se utilice sólo como último recurso; que no se persiga la destrucción de la otra parte, etc.). En Francia, actualmente, el *lock-out* no está contemplado ni regulado expresamente por la ley, pero ha sido reconocido como un derecho por la jurisprudencia, salvo que sea utilizado para imponer condiciones ilegales o para desconocer la libertad sindical de los trabajadores. En Rusia el Código Laboral de la Federación Rusa de 2009 debilitó significativamente los derechos de los sindicatos, así como la protección de los trabajadores sindicalizados. La Constitución de 1993 de dicho país reconoce el derecho de huelga, pero no menciona al *lock-out*, aunque tampoco lo niega. Sin embargo, en el plano infraconstitucional el artículo 19 de la LRCLC prohíbe los cierres patronales.

En nuestro país no han faltado autores que consideraron al cierre o *lock-out* empresarial como una acción que resultaría de suyo viciada de *ilicitud*, por considerar, aun sin brindar mayor fundamento, que el mismo siempre encubriría “una represalia patronal”¹²⁰. Entienden en tal sentido que el mismo no se justificaría jurídicamente, pues al adoptar el empresario una actitud de ese tipo, lo haría, por lo común, como represalia contra los trabajadores en razón de sus actividades sindicales o para rehusarse a negociar colectivamente con ellos¹²¹.

c) La aceptación del *lock-out* en el Derecho Comparado hubo de darse, en buena medida, a partir de su reconocimiento a través de la

¹¹⁹ LYON-CAEN, Gérard, *Manuel de Droit du Travail et de la Sécurité sociale*, Paris, 1955, p. 113, cit. por PÉREZ, Benito, *Derecho del Trabajo*, Astrea, Buenos Aires, 1983, p. 462.

¹²⁰ PÉREZ, *Derecho del Trabajo* cit.

¹²¹ *Ibíd.*

vía jurisprudencial y con base a construcciones jurídicas diversas. Una de ellas, en sus orígenes, hubo de constituir la llamada tesis o *principio de la igualdad en las armas* (*Waffengleichheit*) o de la “paridad en la lucha” (*Kampfparität*), formulada por el Tribunal Federal de Trabajo de Alemania. La misma hubo de importar una concepción que consideró al cierre patronal y la huelga en un plano de equivalencia, como consecuencia de la igualdad de trato que se preconizaba para ambas medidas de conflicto. Sin embargo, en la propia República Federal de ese país hubo de señalarse tiempo después que dicha doctrina partiría de premisas erróneas, en la medida que pretender que los trabajadores y los empleadores se enfrenten colectivamente en condiciones de igualdad real no dejaría de constituir una falacia¹²². Ello mismo hubo de ocurrir en algunos otros países.

Ciertamente, y según dijéramos, existe un vínculo estrecho entre el *lock-out* y la huelga. Todo estudio que se haga del *lock-out* es muy difícil separarlo del estudio que primeramente debe hacerse de aquélla. Más aún, ambos institutos compartirían casi una misma raíz histórica desde el momento que uno nacería como una respuesta al otro. Por otra parte, se igualan dichos institutos en que ambos serían respuestas de autotutela o autodefensa de los intereses propios. Ello no obstante, no cabe equiparar una medida con otra desde que existen plurales razones de orden conceptual y sustancial entre una y otra clase de acción para colocarlas en un plano de paridad en cuanto medidas de acción conflictiva.

Las significativas diferencias conceptuales existentes entre las figuras del *lock-out* y la huelga han llevado a la jurisprudencia constitucional española a señalar que las mismas rompen toda posibilidad de paralelo entre ellas, no autorizando la aplicación de la doctrina alemana sobre la igualdad o equiparación de armas en la lucha de trabajadores y empresarios¹²³. En el referido camino, el Supremo Tribunal Constitucional español ha acudido al efecto al diferente fundamento que sustentaría una y otra figura: “la huelga –ha dicho– es un contrapeso que tiene por objeto permitir que las personas en estado de dependencia salarial establezcan una nueva relación de

¹²² Véase PALOMEQUE LÓPEZ y ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del Trabajo* cit., ps. 605/606.

¹²³ ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo* cit., p. 991.

fuerzas en un sentido más favorable para ellas”, y por eso mismo “tiende a restablecer el equilibrio entre las partes de fuerza económica desigual”; en cambio, el *lock-out* constituiría –según consideró– “una mayor dosis de poder que se otorga a una persona que tenía poder ya desde antes”¹²⁴.

d) En la construcción jurisprudencial y doctrinaria europeas mayoritarias, incluyendo también a España, el *lock-out* aparecería mayoritariamente admitido. La aceptación de la licitud del mismo aparecería más ligada a los supuestos que integran el cierre de tipo “defensivo” como respuesta empresarial lícita ante determinados comportamientos de los trabajadores que amenazan la seguridad de personas y bienes de la empresa¹²⁵. El Tribunal Constitucional español ha sostenido en ese sentido que la Constitución de ese país (art. 37.2) ampararía, únicamente, la modalidad de cierre defensivo o de respuesta con la que se propugna impedir comportamientos ilegítimos de los trabajadores en huelga¹²⁶. Ha dicho también en igual línea que no resulta contrario a la Constitución de ese país el poder de cierre patronal como poder de policía para asegurar la integridad de personas y de bienes, siempre que exista una decidida voluntad de apertura del establecimiento una vez desaparecido el riesgo que se busca conjurar¹²⁷.

En una línea similar, en el Derecho italiano el cierre patronal se considera civilmente lícito cuando es defensivo, esto es, cuando se realiza para responder a un previo incumplimiento de los trabajadores. Pero, salvo dicho supuesto (de *serrata di ritorsione*), los demás casos son considerados ilícitos¹²⁸. Algún autor de ese país ha propiciado un estrechamiento aún mayor de su admisibilidad, postulando que el cierre patronal de retorsión o defensivo debería ser estimado lícito en un solo caso: cuando la acción colectiva de los trabajadores contra la que el cierre reacciona haga imposible la gestión de la empresa¹²⁹. Luego

¹²⁴ STC, noviembre de 1981.

¹²⁵ PALOMEQUE LÓPEZ y ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del Trabajo* cit., p. 606.

¹²⁶ TS/SOC, 10-3-82; STC, 22-11-86; TCT, 27-10-86 y 11-11-86.

¹²⁷ STC, noviembre de 1981.

¹²⁸ VALVERDE, Martín, *Derecho del Trabajo*, 11ª ed., Madrid, p. 695.

¹²⁹ PERA, Giuseppe, *Serrata e diritto di sciopero*, Milano, 1969, ps. 130 y ss.

de la promulgación del Estatuto de los Trabajadores de dicho país (en 1970), se habría acentuado la interpretación restrictiva en torno al cierre patronal¹³⁰.

e) En nuestro país, se ha sostenido que el *lock-out* (así como la huelga) no podría ser efectivizado como medio para modificar o dejar sin efecto negocios jurídicos concluidos por los interesados con autoridad de cosa juzgada o reabrir una causa fenecida también con fuerza de cosa juzgada, pues ello atentaría contra el principio constitucional de la estabilidad de los actos jurídicos y el derecho constitucional de propiedad (art. 17, CN)¹³¹. Resultaría también ilegítimo el llamado *lock-out* "encubierto" como una suspensión total de los trabajos de producción provocada por la imposición indiscriminada a todos los trabajadores ocupados en los mismos, de una suspensión¹³², o cuando se practica por el empresario para sustraerse de la negociación colectiva que le corresponde.

A su vez, distintos autores han considerado que la doctrina y la jurisprudencia de nuestro medio habrían reconocido el derecho del *lock-out* de los empleadores aunque limitado a la manifestación *defensiva* del mismo. En ese camino, Nápoli ha entendido que el reconocimiento del citado derecho habría sido tan sólo para oponerlos a demandas injustificadas de trabajadores en huelga, mas no para imponer a éstos condiciones distintas a las preexistentes derivadas de una convención colectiva de la actividad¹³³. En igual línea, Etala considera legítimo sólo el *lock-out* defensivo, el cual se justificaría como reacción lógica ante una medida ilegítima de los trabajadores (v. gr., huelga con ocupación del establecimiento, trabajo a desgano, etc.)¹³⁴. Otros autores, como Vázquez Vialard¹³⁵, así como algunos fallos, han estimado también que el *lock-out* procedería solamente en su versión de-

¹³⁰ VALVERDE, *Derecho del Trabajo* cit., p. 695; véase asimismo GUGNI, Gino, *Diritto Sindicale*, ps. 235 y ss.

¹³¹ CSJN, 1-12-58, "Hogg, David y Cía."

¹³² STS de España del 7-7-88.

¹³³ NÁPOLI, Rodolfo A., *Desarrollo, integración y Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, 1972, p. 284.

¹³⁴ ETALA, *Derecho Colectivo del Trabajo* cit., p. 430.

¹³⁵ VÁZQUEZ VIALARD, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* cit., t. 2, ps. 174/175.

fensiva, aunque no circunscripto sólo a medidas ilegítimas de acción de los dependientes, sino que sería admisible también, y según viéramos, ante medidas legítimas de acción por parte de éstos.

XI. Fundamentación constitucional

Si se admitiera que existe un derecho de *lock-out* (defensivo) del patrono, una de las cuestiones que se ha planteado en torno al fenómeno que nos ocupa, y que se mantiene aún en nuestros días, es la relativa al estatuto jurídico o jerarquía normativa que incumbiría atribuir al derecho de cierre o *lock-out* patronal. La respuesta varía en los distintos países.

a) La Constitución de Portugal de 1976, como viéramos, directamente prohibió el *lock-out* o cierre patronal (art. 57.3). En Francia, el Preámbulo de la Constitución de 1946 –declarado vigente por la de 1958– había consagrado el derecho de huelga, pero omitió toda referencia al *lock-out*. Dicha omisión dio espacio para que algunos autores interpretaran en su momento al cierre patronal como un delito de atentado contra la libertad de trabajo¹³⁶, en tanto que para otros el mismo no constituiría un hecho penalmente ilícito¹³⁷.

En el Derecho italiano, luego de la derogación de la legislación corporativa, el cierre patronal (*serrata*) no se considera como hecho constitutivo de delito¹³⁸. No obstante, el mismo no aparece reconocido expresamente como derecho de ese rango en la Constitución, como sí ocurre con la huelga¹³⁹.

En España, en cambio, los autores han estimado en general que el

¹³⁶ Lyon-Caen.

¹³⁷ DURAND, *Traité de Droit du Travail* cit., t. III, p. 903; véase MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo* cit., p. 695; GROUDEL, Hubert, *Droit du Travail*, Paris, 1974, p. 153; JAVILLIER, Jean C., *Derecho del Trabajo*, Madrid, 1982, ps. 524 y ss.

¹³⁸ Sent. del Tribunal Constitucional de ese país, de 4-5-60.

¹³⁹ MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo* cit., p. 695. Véase, asimismo, MONTIEL, Alberto, *Derecho de huelga y "lock-out"*, en D. T. 1950-459; SERMONTI, Alfonso, *Diritto del Lavoro*, 1948, t. 7 p. 143; sent. del pretor de Turín del 28-11-50, *in re* "Garavoglio c/Soc. Universalda"; sent. del Tribunal Constitucional de Italia del 4-5-60; DEVEALI, "Lock-out", *cierre y suspensión* cit., p. 232.

lock-out gozaría de asiento constitucional en la declaración de la Constitución de ese país contenida en el artículo 37.2, al reconocer "...el derecho de los [...] empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo..." En ese sentido, consideran que la Ley Fundamental debe ser entendida como consagrando y constitucionalmente protegiendo el derecho al cierre por los empleadores, pese a no aparecer específicamente identificado y aunque no con la intensidad que acuerda al derecho de huelga¹⁴⁰. El Tribunal Constitucional declaró a su vez con claridad que la Constitución de ese país "ha incluido el *lock-out* entre las medidas generales de conflicto en el artículo 37" de la misma¹⁴¹. Claro que no cualquier modalidad del mismo encontraría cabida en dicho plexo constitucional, pues según el propio Tribunal Constitucional, la única modalidad que se admitiría en el ordenamiento hispano sería el cierre defensivo o de respuesta¹⁴².

b) En nuestro Derecho, a diferencia del derecho de huelga que hubo de ser reconocido expresamente como derecho de orden constitucional, el cierre patronal o *lock-out* no ha sido mencionado de igual manera en el Texto Fundamental, y, como apunta Etala, se discute doctrinalmente su estatuto jurídico¹⁴³.

Algunos autores de nuestro país han considerado que el *lock-out* tendría un *reconocimiento implícito* en la ley, conforme surgiría de la mención que se efectúa en las normas de conciliación y arbitraje sobre conflictos colectivos de trabajo (arts. 9º y 11, ley 14.786)¹⁴⁴.

Otros autores han estimado que la circunstancia de no haber sido expresamente reconocido en la Constitución, en cuanto tal, como sí lo ha sido el derecho de huelga, echaría cierta luz de fragilidad jurídica a su respecto¹⁴⁵. Algunos otros autores han entendido, a su vez, que en nuestro país el *lock-out* no tendría un asiento propiamente constitucional sino que sólo tendría una justificación legal, y que la misma

¹⁴⁰ ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo* cit., p. 991.

¹⁴¹ STC, 8-4-81.

¹⁴² STC, 21-9-81; TCo., noviembre de 1981; SCT del 22-7-81, 5-8-81 y 3-5-82.

¹⁴³ ETALA, *Derecho Colectivo del Trabajo* cit., p. 429.

¹⁴⁴ Véase NÁPOLI, *Manual de Derecho Sindical* cit., p. 210; ETALA, *Derecho Colectivo del Trabajo* cit., p. 430.

¹⁴⁵ HERRERA, *El "lock-out"* cit., p. 257.

reposaría en los usos y costumbres de las relaciones laborales, que constituyen fuente de derechos¹⁴⁶.

Otros han entendido, incluso, que en nuestro medio el *lock-out* no tendría reconocimiento como derecho, sino que se trataría de un simple “hecho no prohibido” por la ley¹⁴⁷.

En la jurisprudencia de nuestro país, si bien no se registran demasiados antecedentes, puede observarse que la misma ha admitido la legalidad del instituto, con fundamento en el principio de libertad o legalidad (art. 19, CN), considerándolo como una medida de acción directa no prohibida por la ley¹⁴⁸.

c) Pues bien, en nuestro entender, el *lock-out* constituiría en nuestro ordenamiento un *derecho* y, a su vez, con *jerarquía constitucional*, aun cuando no como derecho específico.

c.1) Interesa principiar por señalar que la circunstancia de no existir una prescripción específica en el texto constitucional a su respecto, reconociéndolo expresamente como derecho y con esa jerarquía, no constituye, ciertamente, fundamento suficiente para negar la existencia de un derecho ni su condición fundamental. La teoría constitucional recuerda de inicios la doctrina de los “derechos no enumerados”, o “derechos implícitos”, en el marco de lo que establece el artículo 33 de la Carta Magna, y que surgen de los postulados y principios allí contenidos. Como sostuviera Laurence Tribe, no se trata de una nueva y diferente categoría jurídica, sino de una regla de interpretación de la Constitución, pues la circunstancia de que determinados derechos no se hallen allí enumerados en forma expresa *no significa que no existan* en la vida jurídica, pues la enumeración expresa no ha de considerarse taxativa, no significa exclusión o negación de otros derechos y garantías no enumerados.

Por lo demás, y como apunta Vázquez Vialard, con el mismo argumento negatorio esbozado por algunos autores a su respecto, podría

¹⁴⁶ LÓPEZ, Guillermo, *La suspensión de la relación de trabajo*, Buenos Aires, 1973, p. 168.

¹⁴⁷ LÓPEZ, en LÓPEZ, CENTENO y FERNÁNDEZ MADRID, *Ley de Contrato de Trabajo. Comentada* cit., t. II, p. 1044.

¹⁴⁸ CNAT, sala V, 29-8-63, “Padulo, Miguel c/Siam Di Tella Automotores SA”, D. T. 1964-265; íd., 23-4-64, “Villareal, Armando c/Fibralana SA”, D. T. 1964-27.

discutirse antes de la reforma de 1957 la existencia misma del derecho de *huelga*, que hasta entonces tampoco había tenido reconocimiento expreso en la Constitución¹⁴⁹, lo mismo que ocurriera con tantos otros derechos no receptados tampoco hasta entonces en el plexo constitucional, como lo fueron el relativo a las *condiciones dignas y equitativas de labor, jornada limitada, vacaciones, retribución justa*, pero cuya existencia, empero, no se negaba, ni en la doctrina ni la jurisprudencia. El alto tribunal puso incluso de relieve la descalificación de dicha concepción en un caso vinculado al derecho de huelga¹⁵⁰.

De igual manera, cabría señalar que lo mismo se presentaría respecto de muchos otros derechos que tampoco fueron objeto de reconocimiento expreso en la Ley Fundamental, ni antes de las reformas de la misma, ni después hasta el presente, pero cuya existencia tampoco se discute, tal como ocurre con el derecho a la salud o el derecho a la vida que lo comprende, y así también el derecho a la libertad y tantos otros más. Al respecto cabría memorar que los *derechos fundamentales de la persona* –lo que incluye tanto al trabajador como al empleador– no han sido “creados” ni por la Constitución ni por la ley, sino que en todo caso la misma los reconoce y reglamenta. La existencia de dichos derechos, aun sin consagración específica en la Constitución ni en la ley positiva, sino fundados en la ley natural, ha sido admitida en forma reiterada por la Corte Suprema de Justicia nacional¹⁵¹.

Por otra parte, y si bien el cierre patronal no ha sido incorporado como derecho específico en la Constitución Nacional, como sí lo ha sido el derecho de huelga, Nápoli recuerda que la misma expresa de modo genérico que “...Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe” (art. 19, *in fine*)¹⁵², y pese a no equipararse conceptualmente a la huelga, el tipo de cierre que nos ocupa parecería encontrar cabida en la amplia fórmula del principio general de legalidad allí enunciado.

¹⁴⁹ VÁZQUEZ VIALARD, *La contrahuelga* cit., p. 251.

¹⁵⁰ CSJN, julio de 1957, “Barrios, Catalina y otros c/SA Mantero y Balza”, *Fallos*: 238:191.

¹⁵¹ *Fallos*: 323:3239; 329:2552, y muchos más; véase asimismo CORTS GRAU, José, *Curso de Derecho natural*, p. 320.

¹⁵² NÁPOLI, *Desarrollo, integración y Derecho del Trabajo* cit., p. 284.

En similar pensamiento, Sagiés sostiene que el *lock-out* configura en nuestro Derecho un “*derecho constitucional patronal*”, paralelo al de la huelga de los trabajadores, y que el mismo encontraría tutela fundamental en el *derecho de libertad* previsto en el artículo 19 del texto constitucional¹⁵³. Lo mismo señala Krotoschin, recordando el decurso habido en su momento respecto del entonces no previsto derecho de huelga¹⁵⁴, y lo propio hace Ruprecht¹⁵⁵. El máximo tribunal ha considerado en forma amplia al derecho de libertad y ha memorado que entre los grandes objetivos para los que fue dictada la Constitución, “y aun el primero de todos, está el de asegurar los beneficios de la libertad”, contenido en el Preámbulo de nuestra Carta Fundamental¹⁵⁶.

c.2) Pero no sólo allí encontraría fundamento constitucional el referido derecho.

En efecto, consideramos que el *lock-out defensivo* se hallaría enmarcado, además, en el amplio *derecho constitucional a la autodefensa* frente a acciones ilegítimas de terceros susceptibles de provocar daños, máxime cuando se trata de la protección o tutela de garantías también consagradas por la Constitución Nacional, como lo serían la del ejercicio de industria lícita, la propiedad (arts. 14 y 17) y la preservación de las personas o cosas (art. 19). El mismo se deriva implícitamente, a nuestro entender, del deber general de no dañar el contenido de la Constitución Nacional (art. 19), el cual, según puntualizara el alto tribunal, interpretado *a contrario sensu*, prohíbe las acciones que perjudican a terceros¹⁵⁷, y se desprende también de los artículos 41, 42 y 43 de la misma normativa fundamental. Ello mismo ha llevado a Vázquez Vialard a sostener que no existiría ningún motivo constitucional para negar su admisión, ya que dicha medida, en definitiva, significa la defensa de otros derechos expresamente consagrados e implícitamente incluidos dentro de los principios de la Carta Consti-

¹⁵³ SAGÜÉS, Néstor P., *Elementos de Derecho Constitucional*, 3ª ed., Buenos Aires, t. II, p. 685.

¹⁵⁴ KROTOSCHIN, *Tratado práctico de Derecho del Trabajo* cit., vol. II, ps. 259/260.

¹⁵⁵ RUPRECHT, *El “lock-out”* cit., p. 738.

¹⁵⁶ CSJN, 5-9-58, “Kot, Samuel”.

¹⁵⁷ CSJN, *Fallos*: 308:1139, 1160; 308:1119; 17-3-98, “Peón c/Centro Médico del Sud”, L. L. 1998-D-596; 21-9-2004, “Aquino c/Cargo Servicios Industriales SA”.

tucional que figuran en el Preámbulo¹⁵⁸. Como bien señalara Montel, "donde hay una huelga ilegítima no se puede negar la legitimidad de resistirla"¹⁵⁹.

Cabe, por lo demás, recordar especialmente que la noción de *libertad sindical* –aplicable también, y según fuera visto, a los empleadores y sus organizaciones, y donde se encontraría incluido el derecho al *lock-out* patronal– es considerado un *derecho fundamental* por distintas constituciones nacionales y tratados de derechos humanos regionales e internacionales¹⁶⁰ y comprende un conjunto de poderes individuales y colectivos que aseguran la independencia de sus titulares en orden –entre otras cosas– a la actividad externa de los mismos¹⁶¹, y que media una conexión particular de los derechos constitutivos de la libertad sindical con los derechos civiles y políticos, según ha sido señalado por los organismos de la OIT.

En ese mismo orden de ideas, en el específico marco del Derecho Laboral cabe memorar que el Comité de Libertad Sindical de la OIT hubo de señalar, en igual camino, que los derechos conferidos a las organizaciones gremiales se basan en el respeto de las libertades civiles, las cuales se encuentran enumeradas en particular en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁶², y donde se incluyen el derecho a la protección de la vida, la libertad y la seguridad de las personas (art. 3º, Declaración Universal de Derechos Humanos; arts. 5º, 6º y 9º, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Ha sido señalado en dicha misma línea que deben adoptarse todas las medidas adecuadas para garantizar que los derechos sindicales se ejerzan dentro del respeto de los derechos humanos fundamentales y en un clima desprovisto de violencia, presiones, temores y amenazas de toda índole¹⁶³, debiendo la política de todo gobierno tener como objetivo el cumplimiento de los derechos

¹⁵⁸ VÁZQUEZ VIALARD, *La contrahuelga* cit., p. 521.

¹⁵⁹ MONTEL, Alberto, *Derecho de huelga y "lock-out"*, en D. T. 1950-461.

¹⁶⁰ GELLI, María A., *Prólogo*, en RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge (dir.), *Libertad sindical*, Buenos Aires, p. IX.

¹⁶¹ LÓPEZ, Justo, *Libertad sindical*, en AA. VV., *Derecho Colectivo de Trabajo* cit., p. 81.

¹⁶² OIT, *Recopilación de 1985*, párr. 72; 241 Informe, caso 1309, párr. 795.

¹⁶³ OIT, *La libertad sindical*, 4ª ed., 246 Informe, caso 1343, párr. 394.

humanos¹⁶⁴. El Comité de Libertad Sindical se ha preocupado también por resaltar en numerosas oportunidades que el derecho a la vida constituye un presupuesto básico del ejercicio de los derechos consagrados en el Convenio 87¹⁶⁵, entre los que se encuentran la libertad de las organizaciones de trabajadores y de los empleadores de ejercer sus actividades y de formular sus programas de acción (art. 3º), y así también que la libertad sindical sólo puede ejercerse en una situación en que se respeten y garanticen plenamente los derechos humanos fundamentales, en particular, los relativos a la vida y a la seguridad de las personas¹⁶⁶. De igual modo ha recordado que un clima de violencia que da lugar, verbigracia, a actos de agresión contra los locales y bienes de las organizaciones de empleadores constituye un grave obstáculo para el ejercicio de los derechos sindicales de los empresarios, y tales acciones exigen medidas severas por parte de las autoridades¹⁶⁷.

En el plano legal, en el Derecho común, la misma –la facultad de autodefensa– o de terceros se halla también receptada como supuesto típico de exclusión de antijuridicidad –causa de justificación– (art. 1718, CCC), y admitida sin cavilaciones aun antes de su recepción legal expresa¹⁶⁸. Ha sido señalado también que así como la huelga es la manifestación de la libertad de trabajar o no hacerlo, el *lock-out* formaría parte de la libertad de industria, de comerciar y trabajar, que constituyen un principio constitucional innegable, y cuando aquél opera como medio de defensa, constituiría un “derecho inalienable de la empresa” que no hace más que protegerse¹⁶⁹. La libertad de empresa, por lo demás, y conforme es sabido, constituye, al igual que la huelga respecto de los trabajadores, un “derecho fundamental del empresario”¹⁷⁰.

¹⁶⁴ OIT, Comité de Libertad Sindical, 259 Informe, caso 1273, párr. 321.

¹⁶⁵ OIT, Comité de Libertad Sindical, 265 Informe, casos 1434 y 1477, párr. 493.

¹⁶⁶ Entre muchos, véase OIT, Comité de Libertad Sindical, 233 Informe, caso 1233, párr. 682; 238 Informe, casos 1199, párr. 267, y 1262, párr. 280; 239 Informe, casos 1176, 1195 y 1215, párr. 255; 294 Informe, caso 1761, párr. 726.

¹⁶⁷ OIT, *Recopilación de 1985* cit., párr. 76; 291 Informe, caso 1700, par. 309.

¹⁶⁸ BELLUSCIO, Augusto (dir.) y otros, *Código Civil y leyes complementarias*, Buenos Aires, 1984, t. 5, p. 12; CARRERAS, *Las causas de justificación*, p. 63; CSJN, 17-9-1928, J. A. 28-278.

¹⁶⁹ RUPRECHT, *El “lock-out”* cit., ps. 737/738.

¹⁷⁰ SAGARDOY BENGOCHEA, Juan A., *Los derechos fundamentales y el con-*

XII. Casos que justificarían el *lock-out* defensivo

a) De acuerdo a lo que ha sido visto, y considerando la elaboración comparatista de los juristas y jurisprudencias españolas y de demás otros países, la procedencia de un cierre o *lock-out* patronal de tipo defensivo se justificaría en un acotado espectro de situaciones y ante determinadas condiciones.

Un aspecto que cabría tener presente es que el cierre patronal defensivo podría proceder (y normalmente lo es en los distintos países) ante una medida de huelga *ilegal* llevada a cabo por los trabajadores.

Pero también podría serlo, y según fuera visto más arriba, *aun frente a una acción de huelga legal*, de presentarse determinadas condiciones. Ello significa que la legalidad de la huelga no sería obstáculo para que, concurriendo esas circunstancias, sea aceptable la acción de cierre patronal¹⁷¹. Como también se ha dicho por la jurisprudencia, la licitud del cierre patronal no depende ni se condiciona a la legalidad o ilegalidad de la huelga que la haya podido provocar¹⁷².

La existencia de un riesgo cierto de violencia o de daños para las cosas producidas por una acción de los trabajadores constituiría indudablemente uno de los supuestos que habilitarían su procedencia. La violencia, en cuanto tal, implica el uso de la fuerza, física o moral. A su vez, el daño en sentido jurídico alude a una modificación de la realidad material desfavorable para el dañado, perjudicial para sus intereses; refiere a una *lesión* que coloca al mismo en una situación de desventaja o aflicción en comparación a la situación anterior a su producción¹⁷³. Designaría, así, a todo tipo de menoscabo, sea patrimonial e incluso no patrimonial, que puede asumir distintos contenidos, pero que en todo caso tiene un denominador común: un menoscabo

trato de trabajo, en *Revista Derecho del Trabajo*, N° 1, diciembre de 2005, Fundación Universitatis, Venezuela.

¹⁷¹ GARCÍA MURCIA, en VALVERDE, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ y GARCÍA MURCIA, *Derecho del Trabajo* cit., p. 409.

¹⁷² STC, 1-10-87; ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo* cit., p. 993.

¹⁷³ LÓPEZ HERRERA, Edgardo, en RIVERA, Julio C. y MEDINA, Graciela (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Buenos Aires, 2014, t. IV, p. 1063.

o pérdida¹⁷⁴. En ese específico caso, la medida de cierre empresarial se justificaría ante la presencia de un daño antijurídico que ya ha comenzado a producirse, en curso de ejecución, para detener, minorar o suprimir sus efectos, o ante la posibilidad de ocurrencia o concreción de una lesión, un menoscabo posible y previsible a un derecho o interés jurídico ajeno.

Ello significa que no sólo podría proceder ante una huelga ilícita o alguna medida irregular y antijurídica que estuvieran en curso de ejecución, puesto que podría ser viable aun *antes* de que dichas medidas comiencen a efectivizarse, cuando existiera una situación de *amenaza* objetiva y cierta de producción de daños. En otras palabras, cuando es perceptible el aroma del daño ilegítimo de una inminente huelga o acción irregular.

Este último configuraría un daño futuro previsible, que es *cierto* en cuanto resulta previsiblemente razonable su ocurrencia. El *riesgo* (de continuación en la producción de un daño, o de efectivización de un daño aún no iniciado), según se recordará, y a diferencia del peligro que es un concepto cualitativo, alude a la probabilidad de que ocurra un evento dañoso, un fenómeno que pueda afectar directa o indirectamente a la persona o sus demás bienes, y se expresa en términos cuantitativos de probabilidad de ocurrencia.

La acción de cierre patronal, en tales supuestos, asumiría un carácter *preventivo* frente a daños antijurídicos, para evitar la producción de dichas situaciones¹⁷⁵.

En esos casos, no sólo se estaría ante un *derecho* del empleador a proceder al cierre, sino también, y a su vez, ante un *deber jurídico* de obrar de esa manera, además de desplegar otras acciones consonantes. Incumbiría memorar al efecto que sobre el mismo pesa un deber amplio de previsión establecido por la propia ley laboral que le impone adoptar las medidas que sean necesarias para tutelar la integridad psicofísica y la dignidad de los demás trabajadores (y de los mismos que se hallan en situación de conflicto), así como también un

¹⁷⁴ ZANNONI, Eduardo, *El daño en la responsabilidad civil*, 2ª ed., Buenos Aires, p. 23.

¹⁷⁵ GARCÍA MURCIA, en VALVERDE, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ y GARCÍA MURCIA, *Derecho del Trabajo* cit., p. 408.

deber general proveniente de las normas del Derecho común, de adoptar, en cuanto del mismo dependa y de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas que fueran razonables para evitar que se produzca un daño de todo tipo a las personas o demás bienes, o disminuir su magnitud en caso de que ya hubiera comenzado su concreción (art. 1710, CCC).

b) La jurisprudencia española ha considerado lícito el *lock-out* defensivo en muy diversas situaciones. Así, verbigracia, hubo de admitir el cierre patronal dispuesto cuando los huelguistas impiden injustificadamente la labor de los restantes trabajadores¹⁷⁶, o también cuando la huelga causa daños por no observancia de los servicios mínimos de mantenimiento¹⁷⁷, o cuando la huelga causa daños tales que no resulta posible la reanudación del trabajo hasta mucho tiempo después de su conclusión¹⁷⁸, etcétera. Con arreglo a ello mismo, el cierre procedería en caso de riesgo cierto de vulneración de derechos de otras personas (trabajadores no huelguistas o no); o daños sobre instalaciones o bienes que impidan la continuación de la actividad empresarial; también en situaciones que afecten el orden público o que presenten notorio peligro de desórdenes¹⁷⁹, etcétera.

La ocupación ilegal del establecimiento o de cualquiera de sus dependencias, o el riesgo cierto de que ésta se produzca, configurarían otro de los supuestos que tornarían también viable la disposición de un cierre patronal defensivo. Existiría tal situación cuando sin autorización se ingresa a dependencias del centro de trabajo, como también cuando media una ilegal negativa a una orden legítima de desalojo¹⁸⁰. Una parte de la jurisprudencia ha considerado que la mera permanencia de los trabajadores en el centro de trabajo no sería ilegítima; sí lo sería –según entiende– si el empleador solicitara su desalojo, no autorizando la continuación de esa situación, y ello fuera inobservado por los ocupantes.

¹⁷⁶ TCT, 1-10-87.

¹⁷⁷ TCT, 11-5-88.

¹⁷⁸ TCT, 8-7-88.

¹⁷⁹ GARCÍA MURCIA, en VALVERDE, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ y GARCÍA MURCIA, *Derecho del Trabajo* cit., p. 408.

¹⁸⁰ GARCÍA MURCIA, en VALVERDE, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ y GARCÍA MURCIA, *Derecho del Trabajo* cit.

La legislación española contempla también como causales habilitantes de un *lock-out* defensivo las irregularidades en el trabajo y la inasistencia grave, ello es, cuando por su volumen impidieran gravemente el proceso normal de producción¹⁸¹. Se ha dicho, no obstante, y con buen criterio por la doctrina de ese país, que dicha pauta debe ser aplicada con cautela, pues podría significar una vulneración del derecho de huelga cuando el mismo es ejercido legítimamente¹⁸². Con arreglo a dicha pauta, el supuesto se reconduciría a los casos de una clara desproporción o abuso en la cesación o alteración del trabajo, siempre que fuera necesario preservar la integridad de personas o bienes, o que se imposibilite la continuación del proceso productivo¹⁸³.

Las ausencias que imposibilitan el proceso productivo, ha dicho a tal efecto el Tribunal Central de Trabajo español, son las que impiden al empresario “dar ocupación a quienes no se suman a la huelga y ejercen su derecho al trabajo”¹⁸⁴. También se ha admitido el cierre patronal en caso de huelgas parciales que inutilizan el trabajo de quienes no están en huelga¹⁸⁵, o en una reducción de la producción al 50 por 100 sin huelga¹⁸⁶ –trabajo a desgano–; también ante la paralización absoluta de la producción por huelga de trabajadores estratégicos que coloca al empresario ante la alternativa de cerrar el centro de trabajo o abonar salarios a trabajadores a quienes no podría encargar labor alguna¹⁸⁷. Igualmente ha sido aceptado en caso de paralización de la producción, inevitable con la sola intervención de las personas encargadas del servicio de mantenimiento y seguridad, incapaces por sí solos de conjurar un peligro evitable únicamente con la presencia de un elevado número de trabajadores¹⁸⁸.

c) La gravedad de la afectación impeditiva que en tales casos habilitaría ocurrir a un *lock-out* configuraría, ciertamente, una cuestión

¹⁸¹ Art. 12.1.c, RDLRT.

¹⁸² GARCÍA MURCIA, en VALVERDE, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ y GARCÍA MURCIA, *Derecho del Trabajo* cit., p. 409.

¹⁸³ TCT, 8-7-88.

¹⁸⁴ TCT, 28-7-86 y 1-10-87.

¹⁸⁵ TCT, 24-4-84.

¹⁸⁶ TCT, 1-4-85.

¹⁸⁷ TCT, 24-4-84, 28-7-86 y 29-6-89.

¹⁸⁸ TCT, 12-3-87.

a determinar en cada caso; se ha considerado que la misma debe traducirse en perjuicios "adicionales o suplementarios" a los que resultan normalmente de la huelga, si es ésta la que interrumpe el proceso productivo normal¹⁸⁹. Se trataría, así, de casos donde "el daño se agrave [...] más allá de [...] las exigencias inherentes a la presión que la huelga necesariamente implica", y haya sido dicho daño adicional buscado de propósito por los huelguistas¹⁹⁰. Por caso, si los perjuicios o impedimentos causados son graves e intencionales (creando dificultades insalvables de trabajar), el cierre quedaría justificado¹⁹¹. Dichos perjuicios podrían constituirlo, verbigracia, los causados en casos de huelgas intermitentes por tener el empresario que abonar salarios sin prestación laboral, que se halla imposibilitada en los días de no huelga por la intermitencia de ésta¹⁹².

d) En Estados Unidos y Suecia, las huelgas y otras medidas de acción sindical realizadas durante la vigencia de un convenio colectivo han sido consideradas por los tribunales como irregulares e inconstitucionales¹⁹³, y los empleadores tienen derecho a demandar por las responsabilidades consiguientes por los daños ocasionados por tal motivo¹⁹⁴. En Inglaterra, Francia, Australia, Estados Unidos y otros países han sido también estimadas ilegales por los jueces las huelgas decididas en forma irregular –salvaje¹⁹⁵–. Lo propio ha ocurrido mayoritariamente respecto de las huelgas que no tienen una finalidad vinculada a la relación obrero-patronal, como lo son las debidas a disputas internas entre las distintas facciones del sindicato (*factional strife*), habiendo sido descalificadas por ilegalidad en Estados Unidos, Suecia, Alemania, Inglaterra, Francia y otros sistemas jurídicos¹⁹⁶. Las huelgas individuales han sido también consideradas ilegales, como también lo han sido en la mayoría de los sistemas europeos occidentales, las huelgas

¹⁸⁹ ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo* cit., p. 993.

¹⁹⁰ TCT, 30-11-81; STS, 13-2-86.

¹⁹¹ TCT, 15-1-81, 30-11-81 y 8-12-81.

¹⁹² STMo., 19-9-90.

¹⁹³ CLEGG, Hugh A., *Trade unionism under collective bargaining*, Great Britain, p. 70.

¹⁹⁴ CLEGG, ob. cit.

¹⁹⁵ CLEGG, ob. cit., ps. 74/75.

¹⁹⁶ CLEGG, ob. cit., ps. 79/80.

que tengan propósitos meramente políticos (dentro del significado que convencionalmente se otorga a ese término, y sobre lo cual se difiere con frecuencia)¹⁹⁷. Los tribunales franceses han considerado ilegales en tal sentido a las huelgas políticas¹⁹⁸ y lo propio han hecho respecto de huelgas de solidaridad¹⁹⁹. Si bien se requiere mayoritariamente para su legalidad que las huelgas sean dispuestas en el marco de un contrato laboral con el empleador, se ha admitido que lo sean también respecto de contratos en expectativa. En Inglaterra, verbigracia, en el caso “University College London Hospital NHS Trust vs. Unison”, la Cámara de Apelaciones consideró legítima la huelga dispuesta para reclamar por la garantización de empleo en relación con la construcción de un nuevo hospital, ello es, versaba sobre las condiciones y términos que podrían aplicarse a trabajadores que aún no habían sido empleados, una disputa sobre empleo futuro con un nuevo –posible– empleador²⁰⁰.

Para la OIT, el derecho de huelga, en su jurisprudencia, se extendería para alcanzar también a la protesta pacífica sobre materias sociales que sean de interés directo para los trabajadores²⁰¹, en particular para ejercer una crítica contra la política económica y social del gobierno²⁰², aun cuando admite que sea sometida a limitaciones. En cambio, ha considerado que las huelgas de carácter puramente político no están cubiertas por los principios de la libertad sindical²⁰³, y tampoco las que se suscitan por conflictos o diferencias “de derecho”, verbigracia, en la interpretación de un texto legal, lo cual debería incumbir a los

¹⁹⁷ WEDDERBURN, Lord, *Los derechos laborales en Gran Bretaña y en Europa*, trad. al esp., MTySS, España, 1994, p. 402.

¹⁹⁸ Cass. Soc., 23-3-53, D. 1954, 89; PIZZIO-DELAPORTE, Corinne, *Droit du Travail*, Paris, 2011, p. 180.

¹⁹⁹ PIZZIO-DELAPORTE, *Droit du Travail* cit.

²⁰⁰ LEWIS, David y SARGEANT, Malcolm, *Essentials of Employment Law*, 10th ed., London, p. 330.

²⁰¹ BEN-ISRAEL, Ruth, *International Labour Standards, the case of Freedom to Strike*, 1988, ps. 94/96; OIT, *Digesto*, 1985, p. 368; 214 Informe, caso 1081.

²⁰² OIT, 238 Informe, caso 1309, párr. 360; 241 Informe, caso 1309, párr. 800; 260 Informe, casos 997, 999 y 1029, párrs. 39; 277 Informe, caso 1549, párr. 445; 295 Informe, caso 1793, párr. 603.

²⁰³ OIT, 238 Informe, caso 1309, párr. 360; 260 Informe, casos 997, 999 y 1029; *Recopilación de 1985* cit., párr. 372.

tribunales competentes²⁰⁴, así como aquellas que se deciden sistemáticamente mucho tiempo antes de que las negociaciones colectivas se lleven a cabo²⁰⁵.

En Francia, la *Cour de Cassation* ha considerado la definición de huelga con una concepción restringida, en el sentido de acción dirigida a presionar sobre reivindicaciones profesionales sobre el empresario²⁰⁶, y en cambio, en Italia, el artículo 40 de la Constitución, con una concepción amplia, reconoció el derecho de huelga no sólo con propósitos económicos frente al empleador –en apoyo de un conflicto de trabajo– sino también en relación con “demandas político-económicas”, ello es, aun cuando la presión de la misma esté dirigida principalmente sobre los poderes públicos²⁰⁷.

La OIT admitiría algunas modalidades que han sido consideradas irregulares en la legislación de distintos países, puesto que ha considerado que las modalidades de huelga de brazos caídos, huelgas de celo, trabajo a ritmo lento, a desgano, a reglamento, e incluso la ocupación del centro de trabajo podrían ser vedados por la legislación sólo en los casos en que la huelga dejase de ser pacífica²⁰⁸. Sin embargo, numerosos sistemas rechazan por ilegales las medidas de acción sindical consistentes en el trabajo lento, la huelga de celo, la negativa a realizar horas extraordinarias voluntarias, el trabajo de bajo rendimiento, la “huelga de pensar” (hecha en determinadas circunstancias hasta que se dé satisfacción a ciertas demandas o reclamaciones), y otras formas de acción colectiva que no importen una cesación total del trabajo²⁰⁹ y que habilitarían también al empresario a disponer un *lock-out*. En Francia, verbigracia, el trabajo a desgano o lentificado –*grève perlée*– es considerado ilegal, y los paros rotativos dirigidos a desestabilizar la empresa, impedir el derecho del empleador de organizar

²⁰⁴ OIT, *Recopilación de 1985* cit., párr. 374.

²⁰⁵ OIT, *Recopilación de 1985* cit., párr. 372.

²⁰⁶ Cass. Soc., 21-3-73 y 16-10-85; LYON-CAEN, Gérard y PÉLISSIER, Jean, *Droit du Travail*, 15ª ed., 1990, ps. 1021/1028.

²⁰⁷ GUGNI, *Derecho Sindical* cit., ps. 239/242.

²⁰⁸ OIT, *Recopilación de 1985* cit., párr. 367; 260 Informe, casos 997, 999 y 1029, párr. 39; 291 Informe, casos 1648 y 1650, párr. 466.

²⁰⁹ WEDDERBURN, *Los derechos laborales en Gran Bretaña y en Europa* cit., p. 388.

la empresa para asegurar la continuidad de su actividad, han sido estimados como un exceso en la ejercitación del derecho de huelga, una forma abusiva de ella²¹⁰. También han sido descalificadas cuando tienden a impedir el trabajo de los empleados no huelguistas, aquellos que no adhirieran a la misma²¹¹. No se discrepa en los distintos sistemas acerca de la ilicitud de las medidas de ocupación ilegítima del establecimiento laboral, como tampoco de las acciones que entrañan violencia sobre las personas o las cosas. La Corte Europea de Derechos Humanos consideró en ese mismo sentido como legítimas las restricciones impuestas al ejercicio del derecho de huelga basadas en la protección de la libertad de las personas y la protección de la seguridad pública²¹².

e) En nuestro medio, en cuanto a su legalidad no se registrarían normas que disciplinan de modo expreso cuál sería la finalidad admisible de la huelga que ha de considerarse lícita y admisible²¹³, aunque la doctrina y la jurisprudencia hubieron de delinear los contornos requeridos para que sea considerada ajustada al ordenamiento vigente. En términos generales han sido consideradas ilegales las huelgas cuando han sido convocadas por un sujeto no legitimado para ello, o sin observancia de los requisitos formales y los límites que el ordenamiento señala de forma expresa o implícita, tales como las que reconocen motivaciones extralaborales o esencialmente políticas, las que se declaran sin observar los procedimientos establecidos²¹⁴, las que se con-

²¹⁰ PIZZIO-DELAPORTE, *Droit du Travail* cit., p. 179. Cass. Soc., 11-1-2000, P. N° 97-22.025.

²¹¹ Soc. 7-7-83, Bull. N° 423; Soc. 25-2-88, Bull. N° 133; Cam. Soc., 9-3-2004, N° 02-30.294.

²¹² Decisiones del 10-6-2002 y del 27-6-2002 (D. 2003, 9).

²¹³ GOLDIN, Adrián, *El trabajo y los mercados*, Buenos Aires, 1997, p. 93.

²¹⁴ Como ocurre en nuestro país, otros sistemas hacen lo propio instituyendo procedimientos previos a la efectivización de la medida. En Inglaterra, v. gr., la huelga debe ser autorizada o refrendada por el sindicato y debe ser votada por la mayoría de los miembros a alcanzar, con una anterioridad no mayor a 4 semanas antes de su ejecución (plazo que puede extenderse a 8 semanas, de mediar acuerdo con la empresa), y con previa comunicación al empleador (Section 234, TURLCA, *Trade Union and Labour Relations, Consolidation, Act, 1992*; "R. J. B. Mining vs. Num.", 1997, IRLR, 621; LEWIS y SARGEANT, *Essentials of Employment Law* cit., p. 333).

voquen demandando la revisión, modificación o derogación de lo pactado en un convenio colectivo y durante la vigencia de éste –por entenderse implícito el deber de paz relativo–, etcétera²¹⁵. No obstante, y en cuanto a dicho último deber se refiere, cabrá señalar que en la doctrina de nuestro país se suele reivindicar la posibilidad de recurrir a la huelga aun antes del vencimiento de un convenio colectivo, cuando se ha producido un cambio extraordinario de sus circunstancias²¹⁶.

En cuanto a su finalidad, la doctrina y jurisprudencia mayoritarias de nuestro país se han pronunciado desde antaño en el sentido de requerir que la huelga debe perseguir fines *esencialmente profesionales*²¹⁷. No obstante, la sola circunstancia de dirigirse a la obtención de finalidades de ese tipo no bastaría para su consideración como ajustada a derecho. Podría, verbigracia, ocurrir en tal sentido que la medida hubiera sido dispuesta sin observar los procedimientos previos que la ley instituye para su declaración u otra clase de incumplimientos, incluyendo una eventual transgresión a la prohibición de abuso del derecho de huelga. En ese último orden de ideas, se han registrado algunos pronunciamientos en la jurisprudencia que han incursionado en la valoración de la razonabilidad de la medida, o la justicia o moderación de los fines –aun de aquellos estrictamente profesionales–, considerando, verbigracia, ilegales las mismas cuando se procuraba la obtención de aumentos salariales desmedidos²¹⁸, como también cuando se oponía a una reorganización de la empresa que no producía perjuicio alguno a los trabajadores²¹⁹.

²¹⁵ CARO FIGUEROA, Armando, *El sistema argentino de relaciones laborales*, en OIT, *Informe Relasur* cit., ps. 104/105. En igual sentido, respecto del implícito deber de paz, véase KROTOSCHIN, *Tratado práctico de Derecho del trabajo* cit., ps. 768 y ss.; POZZO, *Manual teórico-práctico de Derecho del Trabajo* cit., t. II, ps. 201 y ss., N° 372; CABANELLAS, Guillermo, *Derecho normativo Laboral*, Buenos Aires, 1966, p. 196.

²¹⁶ LÓPEZ, Justo, *La huelga como acto jurídico colectivo*, en L. T., t. XX, p. 30; GOLDIN, *El trabajo y los mercados* cit., p. 95.

²¹⁷ GOLDIN, *El trabajo y los mercados* cit., p. 93; NÁPOLI, *Manual de Derecho Sindical* cit., p. 203; DEVEALI, Mario L., *La huelga y otras medidas de acción directa*, en D. T. 1960-451; TISSEMBAUM, *Las controversias del trabajo. La huelga y el "lock-out" ante el Derecho* cit., p. 95; VÁZQUEZ VIALARD, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* cit., p. 554; CNAT, sala V, 28-6-63, D. T. 1963-527.

²¹⁸ CNAT, sala V, 19-2-63, L. T., t. XV, p. 275.

²¹⁹ CNAT, sala III, 31-5-61, L. T., t. XV, p. 275.

En cuanto a las huelgas políticas, en general no hubo de admitirse en nuestro país su legalidad²²⁰, debido a que la presión que se ejerce en las mismas se vuelve de modo directo o indirecto sobre los órganos del Estado, alterando el juego libre de las instituciones políticas en la formación de las decisiones de gobierno²²¹. Respecto de las huelgas de solidaridad, la Corte Suprema de Justicia nacional ha considerado desde hace tiempo que las mismas no son de suyo lícitas o ilícitas y por la sola razón de su índole, sino que la calificación de legalidad se hallaría condicionada al juicio que corresponda a los hechos y personas con quienes la solidaridad se ejercita y las circunstancias en que es llevada a cabo²²². Ello se hallaría en línea con lo sostenido a su vez por la OIT en el sentido de que los trabajadores deberían poder recurrir a dicha clase de huelgas a condición de que sea legal la huelga inicial que apoyen²²³.

f) De acuerdo a lo visto, las ejercitaciones abusivas del derecho de huelga han sido consideradas, en general, como manifestaciones ilegítimas de la misma, así como también lo han sido demás otras medidas irregulares de acción sindical, y las mismas habilitarían una ejercitación del derecho de *lock-out* de tipo defensivo. Ciertamente, no sólo se hallan comprendidas allí las huelgas o acciones irregulares acompañadas de hechos ilícitos, como injurias, actos de sabotaje, etcétera, los cuales configuran acciones ilegítimas por esa sola razón²²⁴, sino también el exceso o abuso en la ejercitación de huelgas o medidas que pueden producir perjuicios graves e irrazonables. Los citados daños van más allá de los que pertenecen a la esencia normal de la medida de huelga, que por propia naturaleza entraña un daño, pues transgreden

²²⁰ GOLDIN, *El trabajo y los mercados* cit., p. 94; VÁZQUEZ VIALARD, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* cit., p. 554; NÁPOLI, *Manual de Derecho Sindical* cit., p. 203; KROTOSCHIN, *Tratado práctico de Derecho del Trabajo* cit., p. 227.

²²¹ GOLDIN, *El trabajo y los mercados* cit., p. 94.

²²² CSJN, 5-4-63, “Bermúdez, María c/Camino y Cogneta SRL”, D. T. 1963-229; 23-11-66, “Valdéz, Julián y otros c/Tipoint SA”, D. T. 1967-57; L. T., t. XVI, B, p. 675; 5-4-63, L. T., t. XV, p. 274. En igual sentido, SCJBA, 10-7-68, L. T., t. XVI, B, p. 642; CNAT, sala I, 13-12-66, L. T., t. XV, p. 104, y muchos más.

²²³ OIT, 248 Informe, caso 1381, párr. 417; 277 Informe, caso 1549, párr. 445.

²²⁴ CSJN, 13-5-64, “Ribas, Ruego y otros”, *Fallos*: 258:267; 5-9-58, “Kot, Samuel”, etc.

los límites que imponen la proporcionalidad y racionalidad de la medida, considerando que ésta no debe llevar a la ruina de la empresa o a la total ineficiencia del servicio²²⁵, ni a un perjuicio grave al interés de la comunidad general. La Comisión de Expertos de la OIT ha destacado al efecto que el "derecho de huelga no puede considerarse absoluto"²²⁶, y lo propio hubo de ocuparse de señalar nuestro alto tribunal a través de la "sanción legal de tipos de conducta que importen extralimitaciones en el ejercicio razonable del mencionado derecho"²²⁷, o también destacando "la necesidad de hacer compatibles el interés general y los intereses profesionales", lo que lleva a "establecer limitaciones razonables al derecho de huelga", "pues la misma no tiene carácter absoluto e ilimitado". Ha dicho también que lo contrario "significaría tanto como consagrar una concepción antisocial"²²⁸.

Han sido considerados también como formas anómalas o insinceras de acción sindical, y por tanto ilegítimas, las acciones de trabajo a reglamento²²⁹, los piquetes, cuando incluyen acciones de intimidación o violencia física sobre terceros (trabajadores no huelguistas u otras personas)²³⁰, etcétera.

En ese contexto, serían también habilitantes del cierre patronal defensivo las huelgas políticas o no profesionales en general; las ilegales que no cumplen para su adopción y/o su ejecución con las normas legales o reglamentarias, incluidas las estatutarias internas, que reglamentan las mismas. En la legislación y jurisprudencia han sido también consideradas como justificantes del ocurrimiento al cierre patronal las huelgas novatorias que tienen por objeto alterar durante su vigencia

²²⁵ KROTOSCHIN, *Tratado práctico de Derecho del Trabajo* cit., p. 234.

²²⁶ Comisión de Expertos de la OIT, *Libertad sindical y negociación colectiva*, p. 71, párr. 152.

²²⁷ CSJN, 13-5-64, caso "Ribas", cit.

²²⁸ CSJN, *Fallos*: 136:161 y 171; caso "Partido Obrero"; 15-10-62, caso "Font"; 17-11-62, caso "Gatti".

²²⁹ KROTOSCHIN, *Tratado práctico de Derecho del Trabajo* cit., vol. II, p. 213; POZZO, *Manual teórico-práctico de Derecho del Trabajo* cit., ps. 272/273; ÁLVAREZ, Eduardo, *Conflicto colectivo y derecho de huelga*, p. 575.

²³⁰ KROTOSCHIN, *Tratado práctico de Derecho del Trabajo* cit., vol. II, p. 215; OIT, *Libertad sindical y negociación colectiva* cit., ps. 81/82, párr. 174; POZZO, *Manual teórico-práctico de Derecho del Trabajo* cit., t. II, p. 270.

lo pactado en un convenio colectivo²³¹, las huelgas salvajes²³², las de solidaridad o apoyo²³³, salvo cuando se refieren al interés profesional de los huelguistas; las huelgas que transgreden cláusulas de paz social²³⁴, y también han sido estimadas ilegítimas las medidas de trabajo a desgano²³⁵, la paralización alternada de tareas, etcétera²³⁶.

Ello no sería otra cosa que la aplicación de la prohibición del abuso de derecho, que tiene jerarquía constitucional (art. 19) y que recepta enfáticamente el ordenamiento general (art. 10, CCC).

g) Algunos autores de la doctrina extranjera y fallos de la jurisprudencia distinguen entre la huelga *ilegal* y la huelga *abusiva*²³⁷, la cual se configuraría, esta última, y según refieren, cuando media una violación del principio de proporcionalidad en la acción huelguística²³⁸. Estimamos, no obstante, que en el abuso del derecho de huelga –como también respecto del derecho de cierre patronal– se está, en rigor, también ante un supuesto de *antijuridicidad*. Como bien apuntara Planiol, cuando alguien usa su derecho, su acto es ilícito, y cuando se ha sobrepasado ese derecho, se ha obrado sin derecho, y por lo tanto el acto es ilícito²³⁹. La ilicitud se configura desde el inicio de la eje-

²³¹ Art. 11, RDLRT de España.

²³² LÓPEZ, *La huelga como acto jurídico colectivo* cit., p. 14.

²³³ Art. 11, RDLRT de España.

²³⁴ KROTOSCHIN, *Tratado práctico de Derecho del Trabajo* cit., p. 229; HUECK y NIPPERDEY, *Compendio de Derecho del Trabajo* cit., p. 16.

²³⁵ POZZO, *Manual teórico-práctico de Derecho del Trabajo* cit., vol. II, p. 271; KROTOSCHIN, *Tratado práctico de Derecho del Trabajo* cit., vol. II, p. 212; GIUGNI, *Derecho Sindical* cit., ps. 262 y s.; SCJBA, 15-3-66, D. T. 1966-356; CNAT, sala III, 5-5-69, L. L. 136-597; sala II, 23-4-69, D. T. 1970-100; íd., 28-12-62, J. A. 1963-II-556; íd., 13-12-62, J. A. 1963-IV-2665; íd., 24-6-63, J. A. 1963-IV-298; sala V, 31-3-64, L. L. 115-416; íd., 27-11-64, L. L. 116-754, etc.

²³⁶ KROTOSCHIN, *Tratado práctico de Derecho del Trabajo* cit., vol. II, p. 212; STS de España del 26-2-75; HERRERA, ob. cit., p. 264; SINAY, Hélène, *La huelga*, París, 1966, ps. 161/162; Tribunal de Casación de Francia, 16-1-75, N° 184; GUGNI, *Derecho Sindical* cit., p. 272; CNAT, sala IV, 28-6-95, “Banco del Buen Ayre SA c/Pedroso, Ricardo y otros”, D. T. 1995-B-1806.

²³⁷ PIZZIO-DELAPORTE, *Droit du Travail* cit., ps. 179 y 185.

²³⁸ PIZZIO-DELAPORTE, *Droit du Travail* cit., p. 185; WAQUET, Philippe, *La grève, les mouvements illicites et l'abus du droit du grève*, en R. J. S. 3/1995, p. 139.

²³⁹ PLANIOL, Marcel, *Traité élémentaire de Droit Civil*, 6ª ed., París, 1911/1913, II, N° 871.

cución indebida. El ejercicio del derecho es, desde el momento mismo en que se transgreden sus límites, ilícito. A partir de allí, deja de ser ejercitación válida de un derecho para ser una acción ilícita. El derecho cesa donde comienza el abuso. De ahí que el acto abusivo sea un acto contra el derecho²⁴⁰. Cuando el ordenamiento confiere una prerrogativa, decía Jossierand, no es para hacer de ella cualquier uso, ya que aquél ha tenido en vista un objetivo determinado²⁴¹ y es por ello que deben ser ejercitados dentro de ciertos límites de razonabilidad a fin de evitar ocasionar perjuicios innecesarios y graves.

Claro que en la materia se impone actuar con prudencia para “evitar el abuso de la teoría del abuso”²⁴². Sabido es que el ejercicio funcional del derecho de huelga ciertamente es susceptible de producir perjuicios, porque hace a la esencia misma de ella la provocación de un daño. Sin embargo, cuando la ejercitación de ese derecho es antifuncional (abusiva) se excedería el límite de razonabilidad del perjuicio admisible y la funcionalidad de la misma, porque el daño a tal fin admisible supone que sea dentro de cierta medida o proporción entre el fin perseguido y el medio empleado –razonabilidad–. Por ello, no cualquier daño es suficiente para configurar el abuso del derecho de huelga. Es menester que sea grave, desproporcionado; es necesario que medie una grave injusticia, notoria y repugnante al sentimiento moral²⁴³. Y la actividad abusiva ha de juzgarse en sí misma sin depender de la conducta de los agentes²⁴⁴. Lo propio ocurriría con el derecho de cierre patronal si su ejercitación por el empleador resultara antifuncional,

²⁴⁰ MOLINA, Juan C., *Abuso del derecho, lesión e imprevisión en la reforma del Código Civil*, Buenos Aires, 1969, p. 29; MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Responsabilidad por daños*, Buenos Aires, 1973, t. I, N° 114, p. 333; FALBO, Marcelo, *El abuso del derecho como teoría jurídica*, en *Fides*, N° 57/58, p. 451.

²⁴¹ JOSSERAND, Louis, *De l'esprit des droits et de leur relativité (Théorie dite de l'abus des droits)*, 2ª ed., Paris, 1939.

²⁴² MOSSET ITURRASPE, Jorge, en BUERES, Alberto J. (dir.) y HIGHTON, Elena I. (coord.), *Código Civil comentado*, Buenos Aires, t. 3-A, p. 127; ALTERINI, Atilio A. y LÓPEZ CABANA, Roberto M., *El abuso del derecho. Estudio de Derecho Comparado*, en L. L. 1990-B-1117, y autores allí citados.

²⁴³ CNCiv., sala D, 18-5-73, E. D. 51-539.

²⁴⁴ MOSSET ITURRASPE, en BUERES (dir.) y HIGHTON (coord.), *Código Civil comentado* cit., p. 128.

abusiva (v. gr., si fuera más allá que la mera acción defensiva, o se prolongare mucho tiempo después de la medida de acción sindical respecto de la cual se instrumentara defensivamente, ello es, en exceso del lapso razonablemente necesario para reorganizar y reiniciar la actividad productiva, o provocara un daño muy superior al que se pretende evitar, si el cierre no constituyera una respuesta razonable, proporcional)²⁴⁵.

XIII. Efectos

a) Por último, y en cuanto a las consecuencias jurídicas, el cierre o *lock-out* llevado a cabo dentro de la legalidad produciría, respecto del personal afectado, los siguientes efectos fundamentales: 1) el ejercicio del derecho de cierre no extingue la relación de trabajo sino que produce una interrupción temporal o suspensión de algunos efectos de los contratos individuales; 2) se entienden por ello suspendidos los efectos principales de los contratos de trabajo –no hay prestación laboral como consecuencia del cierre y los trabajadores no tienen derecho al salario²⁴⁶–; 3) en nuestro medio, y hasta el término de tres meses, el trabajador y su grupo familiar primario mantendrían en principio la cobertura del subsistema de salud de la Seguridad Social (prestaciones del régimen de obras sociales) sin obligación de efectuar cotizaciones (art. 10, inc. c, ley 23.660).

b) En cuanto a sus alcances, el cierre podrá abarcar en sus efectos la totalidad de un centro de trabajo o sólo una parte del mismo, y podría también comprender a la empresa en su conjunto o a un grupo de empresas.

c) Respecto a la remuneración de los trabajadores alcanzados por la medida, y según dijéramos, de tratarse de un cierre defensivo, en caso de resultar el mismo justificado se configuraría un supuesto de interrupción o suspensión de *mayor intensidad* en el negocio jurídico

²⁴⁵ Arg. arts. 10 y 1718, CCC.

²⁴⁶ Así se prescribe también, y entre otros efectos más, en la legislación española, conforme al art. 12.2 del RDLRT, el art. 45.m, y el 2º del LET. Véase STS del 19-3-2001, A. 3386; PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel y ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel, *Derecho del Trabajo*, 23ª ed., Madrid, 2015, p. 445.

individual, ello es que no aparejaría el pago de aquélla pues, habida cuenta de la condición sinalagmática del contrato de trabajo, no existiría la recíproca causal justificante que se halla en la base del mismo. De otro lado, e independientemente, cabría puntualizar que si la acción defensiva del empleador se produjera como respuesta ante una huelga de los trabajadores o una acción irregular que paraliza o imposibilita la actividad, o voluntariamente deteriora la misma para tornarla improductiva, en principio sería ello y no la respuesta patronal lo que constituiría la causa última del no devengamiento de la contraprestación retributiva en la mecánica del negocio jurídico, desde que hace a los efectos propios de la huelga –y las citadas otras medidas– la inexigibilidad remunerativa ante la interrupción de la prestación laboral²⁴⁷, salvo, claro está, que la huelga se hubiese motivado en una conducta previa reprochable y culpable del propio empleador²⁴⁸.

d) Respecto de los trabajadores que no han sido parte de la medida de huelga pero han sido alcanzados por la decisión de cierre patronal con fundamento en la inutilidad o escasa utilidad de la puesta a disposición de la fuerza de trabajo ante la acción colectiva de los huelguistas, en la jurisprudencia se ha considerado válido que el no pago abarcaría también a los mismos²⁴⁹, estimándose que el empleador no estaría obligado a recibir una prestación carente de utilidad²⁵⁰.

e) Sin perjuicio de ello, ha de memorarse que el *lock-out* configura un mecanismo que produce una interrupción o suspensión de sólo al-

²⁴⁷ LÓPEZ, Justo, *El salario*, 1ª ed., Buenos Aires, p. 112; VÁZQUEZ VIALARD, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* cit., t. 2, p. 143; KROTOSCHIN, *Tratado práctico de Derecho del Trabajo* cit., t. II, p. 247; ETALA, *Derecho Colectivo del Trabajo* cit., p. 389; FERNÁNDEZ MADRID, Juan C., *Práctica laboral empresaria*, Buenos Aires, 1980, t. I, p. 317.

²⁴⁸ CSJN, 5-8-63, casos "Aguirre" y "Buhler"; KROTOSCHIN, *Tratado práctico de Derecho del Trabajo* cit., t. II, p. 249; VÁZQUEZ VIALARD, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* cit., t. 2, p. 465.

²⁴⁹ CNAT, sala V, 29-8-63, "Padulo, Miguel y otros c/Siam Di Tella Automotores SA", D. T. 1964-264; íd., 23-4-64, "Villareal, Armando c/Fabrilona SA", D. T. 1965-27; SSTS de Francia, 21-5-74; sent. del 19-2-79 y 3-4-79; Tribunal de Casación de Italia, 13-2-78, N° 688; íd., 12-4-79, N° 2179; íd., 7-9-74, N° 2433.

²⁵⁰ VÁZQUEZ VIALARD, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* cit., t. 2, p. 152; TREU, *El "lock-out" como medida de acción directa de los empleados* cit., p. 358; GIUGNI, *Derecho Sindical* cit., ps. 272/273.

gunos, *ciertos*, efectos del contrato de trabajo, y no todos, lo cual significa que durante el curso de la misma subsisten íntegramente todos los demás efectos jurídicos del mismo no alcanzados por la medida, tales como los derivados de las obligaciones de buena fe²⁵¹, confidencialidad, no concurrencia, deber de previsión, etcétera. Conforme con ello, toda transgresión de cualquiera de las partes producida en ese lapso y que fuera jurídicamente relevante y grave e imputable podría dar lugar a la disposición de la extinción con base a tal fundamento o a otra medida consecuente.

XIV. Consideraciones finales

La libertad humana, refería San Agustín, no es pura e irracional opción y decisión²⁵²; es una libertad *ordenada*. La libertad, pensada no como la posibilidad de hacer sino como ámbito dentro del cual los individuos pueden desenvolverse, recuerda Ramírez Bosco, sería el gran tema del Derecho y, en última instancia, el único afán verdadero de la justicia²⁵³. La tarea jurídica consistirá siempre, entonces, y en el tema que nos concierne, en encontrar el punto de equilibrio en el cual los ámbitos personales de libertad se hacen compatibles, teniendo en cuenta que la clase de libertad que nos ocupa, la libertad *sindical*, tiene una connotación bilateral, pues se halla reconocida no sólo a los trabajadores y sus organizaciones, sino también a los empleadores.

Resulta prácticamente innecesario recordar que, de considerarse –como creemos– que existiría un derecho del empleador al *lock-out* defensivo, el mismo, como cualquier otro reconocido en el ordenamiento jurídico y al igual que la huelga, tiene límites, pues no se trataría de un derecho absoluto sino esencialmente limitado, como todos los otros. Limitada es, así, no sólo la libertad sindical referida, sino

²⁵¹ CARRO IGELMO, Alberto, *Curso de Derecho del Trabajo*, Barcelona, 1999, p. 438; MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo* cit., p. 417; VIDA SORIA, José, *La suspensión del contrato de trabajo*, Madrid, 1965, p. 3; Corte de Casación de Francia, Sala Soc., 2-2-2001, D. T. 2001-B-2462.

²⁵² BARGALLO CIRIO, Juan M., *Pensamiento político y jurídico de San Agustín*, Buenos Aires, 1960, p. 36.

²⁵³ RAMÍREZ BOSCO, Luis, *La función de los sindicatos*, Buenos Aires, 1976, p. 217.

también la llamada libertad de empresa, en la que muchas veces ha sido considerado asentado también el cierre patronal. Existirían en tal sentido fronteras respecto del derecho de cierre patronal. El respeto de los valores superiores del ordenamiento jurídico, el orden público y la paz social imponen limitaciones por la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades y derechos fundamentales, así como por la salvaguardia de la seguridad, de la salud y la moralidad públicas.

De otro lado, debería tenerse presente que la medida respecto de la cual muchas veces el mismo se presenta, esto es, la huelga de los trabajadores, constituye un derecho a hacer presión colectivamente, la cual puede muchas veces verse traducida en la producción en un perjuicio a un tercero –el empresario–, perjuicio sin el cual no se comprendería la misma²⁵⁴.

Resulta por tanto significativo el examen de la medida patronal para poder determinar si, por su modalidad, forma de ejecución y su finalidad, supone una causa suficiente para responder al ejercicio del derecho de huelga, cuestión por cierto delicada, habida cuenta de tratarse este último, también y principalmente, parte de la libertad sindical y un derecho fundamental.

Ciertamente, resulta de interés general, y no solamente de la empresa, que la huelga u otras medidas no sirvan como instrumentos para la destrucción o daño grave de la propia empresa y de la natural y civilizada convivencia de las relaciones intersubjetivas establecidas, pues dicha consecuencia excedería sobradamente la finalidad de presión económica que la huelga se propone²⁵⁵. La respuesta a la necesidad de protección de la seguridad de cuantos se encuentran en la empresa, así como del patrimonio constitutivo de la misma y el de las personas allí presentes –mantenimiento y protección de las personas e instala-

²⁵⁴ SINAY, Hélène, *La grève*, 2ª ed., Paris, 1977, p. 23; DURÁN LÓPEZ, Federico, *Autorregulación de servicios mínimos en huelgas y paros laborales*, Sevilla, 1988, p. 10; RAY, Jean Emmanuel, *Les pouvoirs de l'employeur à l'occasion de la grève*, Paris, 1985, p. 21; GONZÁLEZ BIEDMA, Eduardo, *Derecho de huelga y servicios de mantenimiento y seguridad de la empresa*, Madrid, 1992, p. 17.

²⁵⁵ GONZÁLEZ BIEDMA, *Derecho de huelga y servicios de mantenimiento y seguridad de la empresa* cit., p. 162.

ciones, las materias primas y mercaderías en general, la evitación de graves perjuicios a la actividad de la empresa, etcétera–, se traducirían en la habilitación o justificación para la ejercitación, en la especie, de la excepcional medida de cierre por parte del empresario. En dicha línea, se considera prevalente el derecho a la vida y a la integridad física, así como la salvaguarda de la supervivencia de la empresa, de su productividad y, dentro de los límites aportados, el derecho de propiedad. La continuidad de la prestación de las tareas de mantenimiento y seguridad durante las medidas de conflicto, y en los niveles mínimos indispensables, constituirían acciones accesorias para procurar evitar los daños graves y permitir la pronta vuelta a la actividad una vez finalizada la huelga²⁵⁶.

Cabría tener igualmente presente que, atento a la finalidad a la que correspondería la ejercitación de la modalidad defensiva de cierre patronal, si bien el mismo normalmente procede respecto de acciones sindicales afectadas de ilegalidad, podría no obstante proceder también en supuestos de medidas legítimas de acción sindical de los trabajadores, de darse determinadas condiciones especiales.

La existencia de un derecho de *lock-out* defensivo, y de jerarquía constitucional, en modo alguno podría importar, no obstante, prescindir de las nociones básicas del Derecho para la ejercitación a su respecto.

La ausencia de una regulación específica en nuestro ordenamiento con relación al mismo, como sí ha ocurrido en otras legislaciones, y la problemática que dicha orfandad normativa usualmente suscita parecerían tornar sobradamente aconsejable el establecimiento de un tratamiento puntual y expreso en su derredor, debidamente definidor de los presupuestos de su procedencia, y del marco, límites y consecuencias jurídicas que del citado fenómeno se derivan.

²⁵⁶ GONZÁLEZ BIEDMA, *Derecho de huelga y servicios de mantenimiento y seguridad de la empresa* cit.

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LAS RAZONES DEL CONFLICTO LABORAL

por HORACIO LAS HERAS

SUMARIO: 1. Delimitación y alcance. 2. Aproximación a la categoría conceptual del conflicto laboral. 3. El problema en la sociedad industrial. 4. La inmanencia del conflicto en la economía capitalista. 5. Las bases o razones del conflicto en el marco de las relaciones laborales. 5.1. Conflicto y poder. 5.2. Conflicto e intereses. 5.3. El conflicto y los procesos de producción o explotación. 5.4. Conflicto y contratación. 5.5. Conflicto y comportamiento. 5.6. Conflicto y organización del trabajo. 5.7. Conflicto. Resistencia y adaptación. 5.8. Conflicto e información. 5.9. Conflicto y cooperación. 5.10. Conflicto y mercado. 5.11. Conflicto y la economía. Conclusiones.

1. Delimitación y alcance

Una simple aproximación al tema del conflicto laboral nos induce a plantear dos afirmaciones básicas: la primera es que –y la historia así lo ha demostrado– el conflicto laboral es inevitable; la segunda, mucho más dinámica y adaptable a las características de cada sociedad, es que el conflicto laboral puede adoptar una gran variedad de formas.

Si estas dos premisas son ciertas –así lo creemos– existen al menos tres niveles de análisis para este tipo de conflictos. El primer nivel es determinar *las razones* que puedan dar nacimiento al conflicto y para ello será menester apoyarse en el análisis económico, sociológico y político que origina la existencia de conflictos permanentes. El segundo nivel de análisis estará orientado a cómo las distintas *formas de organización del trabajo* son causa fuente de conflictos laborales. En

ese sentido, la participación o no de los trabajadores en el desarrollo general del funcionamiento de la empresa, expresada a través de la negociación de condiciones de trabajo, salario o del control de la producción, deberá ser tenido en cuenta a este fin. Por último, el tercer nivel estará focalizado al análisis específico de *los casos de conflicto* y todas sus formas de manifestación. En este sentido, poder desentrañar el porqué de un tipo de manifestación conflictual y no otra.

Conscientes de la delimitación natural del presente trabajo, analizaremos aquí –especialmente por su trascendencia– las *razones del conflicto*, puesto que si no pudiésemos siquiera aproximarnos a dicha explicación, la afirmación inicial en el sentido de que el conflicto es inevitable o endémico carecería de todo sentido o de fundamento.

2. Aproximación a la categoría conceptual del conflicto laboral

En primer término se debe señalar que suele identificarse la definición de conflicto laboral con una manifestación del mismo, la huelga, considerándose a ambos conceptos como sinónimos. Y, si bien es cierto que la huelga es el conflicto por excelencia, la misma no es otra cosa que un *instrumento o herramienta* utilizada por los trabajadores para intentar resolver a su favor una disputa con el empresario. Por ello creemos conveniente distinguir entre conflicto y recursos conflictivos¹. *El conflicto* es una situación de discrepancia entre partes de una relación que posee una intensidad variable y que puede o no haberse exteriorizado. La inconmensurable cantidad de relaciones humanas que se dan en una sociedad caracterizada por la multiplicidad de vínculos y comunicaciones ofrece igual cantidad de discrepancias posibles en torno a diferencias de sexo, religión, condición social, raza, edad, etcétera. Cada vinculación humana encierra una posibilidad de conflicto y cada conflicto la necesidad humana de solucionarlo para poder alcanzar un clima de convivencia mínimo.

La gravedad del problema se advierte claramente si le adicionamos

¹ ÁLVAREZ BANGUESES, Ramón y LAS HERAS, Horacio, en ACKERMAN, Mario (dir.) y TOSCA, Diego (coord.), *Tratado de Derecho del Trabajo*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007, t. VIII, ps. 679 y ss.

un ingrediente que subyace en el inconsciente humano en el sentido de que es más frecuente estar en desacuerdo que de conformidad con nuestros semejantes, con quienes siempre advertimos alguna diferencia. Ahora bien, se ha señalado precedentemente que el conflicto puede o no haberse exteriorizado. En este sentido, la exteriorización del conflicto es la conducta que resulta objeto de análisis y corrección por parte del Derecho y es la especie de conflicto que se denomina habitualmente controversia. Es decir que al Derecho el único conflicto que le interesa analizar es el que logra manifestarse y no el latente.

Sin perjuicio de ello, el conflicto que no logra manifestarse –el latente– tiene su importancia en la medida que: (i) genera tensión entre las partes; (ii) es, a veces, tan importante que suele transformarse en pequeños conflictos de baja intensidad que alteran la relación, y (iii) al conflicto latente –como no se lo ve– se lo suele negar y ello importa inhibir las acciones que podrían fácilmente prevenirlos. *Los recursos conflictivos* son las medidas utilizadas por ambas partes en una controversia directa. Pueden citarse, entre otros: la promesa, la amenaza, la simulación, el abandono de la iniciativa, la manipulación de la información, y en el ámbito laboral la huelga, el trabajo a reglamento, etcétera. En fin, una variada gama de manifestaciones de conductas humanas que se le hacen saber a la otra parte y que denotan un malestar incontenible.

3. El problema en la sociedad industrial

La sociedad industrial fue, es y será una fuente de conflictos. Las llamadas teorías sociológicas en torno al conflicto industrial (y reflejamente en el consenso) han tenido gran desarrollo como referencia paradigmática de la dinámica social.

Primero en el tiempo, Marx –considerando precisamente el funcionamiento dinámico de la sociedad– atribuyó al conflicto un papel esencial como núcleo del proceso social en el capitalismo, entendiendo que la propiedad privada de los medios de producción produce desigualdad y asimetría tanto económicas como de poder. En concreto, conecta la estructura de la propiedad en el sistema industrial con la explotación de la clase trabajadora y la consiguiente lucha antagónica

de las clases sociales². Desde allí, el *conflicto* resulta ser una expresión constante de la desigualdad estructural entre capital y trabajo. Esta última sentencia sigue siendo esencial para comprender no solamente el conflicto laboral, sino la existencia misma del Derecho del Trabajo.

Históricamente, frente a la exteriorización del conflicto se perfilaron dos posiciones claramente diferenciadas: para la primera, el conflicto de grupos fue *considerado ilícito* por la clase dominante, quien no aceptaba alterar o menoscabar la hegemonía de poder que detentaba y a consecuencia de ello la solución considerada fue únicamente la represión, ya que el conflicto no debía existir. La segunda posición fue, ante el fracaso del modo represivo, la resignación a *aceptarlo pero tratando de contenerlo* a través del Derecho, intentando regular las manifestaciones del conflicto, asirlo.

Teniendo en cuenta esta última posición que podríamos caracterizar de pragmática, existen las siguientes actitudes de la sociedad industrial frente al conflicto: a) se la acepta de igual modo que las controversias individuales, como un fenómeno natural, inevitable, y b) no sólo se lo acepta sino que además se lo trata especialmente, permitiéndole que se exteriorice con su auténtico perfil. Sin embargo, tal exteriorización del conflicto es especialmente restringida cuando de la modalidad del mismo surgen confrontaciones violentas o cuando las coyunturas económicas o fines políticos-institucionales imponen alguna restricción (emergencia económica, social, sanitaria, etc.).

Esta segunda actitud se complementa con la búsqueda de que sean los propios interesados los que resuelvan los conflictos por sí mismos dentro del llamado proceso de “autocomposición”. Es o debería ser³ la forma más habitual y extendida de composición de las controversias. Sin perjuicio de ello, la sociedad dispone de mecanismos que se denominan de “heterocomposición” del conflicto privado, tales como el arbitraje, la mediación, la conciliación, etcétera.

² MONEREO PÉREZ, José Luis (dir.), *Manual de teoría de las relaciones laborales*, Tecnos, Madrid, 2011, ps. 195 y 196.

³ En la Argentina sigue siendo una asignatura pendiente de todos los actores de las relaciones laborales, ya que ha prevalecido y prevalece la idea de que es el Poder Administrador el único capaz de resolver los conflictos laborales.

Cuando el conflicto se exterioriza entre individuos pertenecientes a diferentes jerarquías, la sociedad industrial opta siempre por solucionarlo en función del argumento de autoridad, evitando por todos los medios posibles que sea menoscabada la autoridad.

4. La inmanencia del conflicto en la economía capitalista

A pesar de que muchos amantes del “orden” se alteran hasta el paroxismo ante la existencia de conflictos, en la economía capitalista o economía de mercado (expresión más afable y aparentemente menos peyorativa) el conflicto es inmanente, endémico en los ambientes laborales, ya que los intereses legítimos de los trabajadores chocan con los intereses de los empleadores (ratificamos el concepto de conflicto estructural). Así como tal verdad es, a nuestro juicio, incontrastable, también es absolutamente cierto que tales intereses contrapuestos pueden ser salvables mediante fórmulas o compromisos que permitan la persistencia de la relación.

Trabajadores y empresarios tienen un interés común en producir y llevar adelante a las empresas, ya que éstas resultan ser un importantísimo y masivo vehículo del desarrollo humano.

En ese sentido, se puede afirmar que el conflicto que caracterizó al siglo XX, expresado a través de la denominada “lucha de clases”, quedó definitivamente saldado en la actual sociedad industrial y se avizora un concepto que consiste en consensuar la producción y la distribución de la riqueza. Una prueba concreta de ese cambio podría ser que en la actualidad la acción sindical –a través de la negociación colectiva– apunta a controlar los factores productivos y de distribución y ya no cuestiona la titularidad de la propiedad de los medios de producción de bienes y servicios.

Sin perjuicio de ello, hay conflicto estructural en las relaciones industriales porque nadie desea el trabajo alienado, a las órdenes y en beneficio de otro como medio de vida. El bien máspreciado de las personas es su libertad y la sujeción permanente a las decisiones de otro, de quien depende su sustento, genera tensión. Ahora bien, el conflicto laboral no debe perseguir la derrota del adversario, de manera

de entender la disputa como una lucha por el todo o la nada (la denominada suma cero en la teoría de los juegos). Tal conceptualización representa una verdadera miopía por parte de los actores del conflicto, quienes no pueden prever cuándo los ciclos económicos podrán cambiar y cómo podrán ser las nuevas relaciones de fuerza.

Por eso, el conflicto laboral debe entenderse como de motivación mixta, donde la disputa se mezcla con la mutua dependencia, inmersa en un estado de negociación continua, aun cuando aparentemente el diálogo hubiera quedado roto. Siempre es posible encontrar una fórmula que permita reencauzar la negociación.

5. Las bases o razones del conflicto en el marco de las relaciones laborales

Originariamente, existieron dos corrientes de pensamiento para tratar de explicar las bases o razones de la existencia del conflicto en el marco de las relaciones laborales, conocidas como *enfoque unitario* y *enfoque pluralista*⁴.

La primera –*el enfoque unitario*– se funda en la opinión de que la organización de trabajo, es decir, empresario y trabajadores, resultan ser organismos unificados en los que todos comparten los mismos objetivos⁵. En este supuesto, el conflicto resulta “como algo más bien innecesario, producto de la incomprensión o de la mala voluntad; en otras palabras, como algo patológico”⁶.

Sin embargo, es una verdad evidente que las organizaciones de trabajo no son estructuras unitarias, sino coaliciones con intereses contrapuestos genuinamente diferentes. Este enfoque unitario resulta al menos reduccionista, no obstante lo cual muchos de quienes manejan

⁴ FOX, Alan, *Industrial Sociology and Industrial Relations*, en *Research Paper 3*, Royal Commission on Trade Unions and Employers' Associations, HMSO, London, cit. por EDWARDS, Paul K., *El conflicto en el trabajo. Un análisis materialista de las relaciones laborales en la empresa*, en *Colección Economía del Trabajo*, Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, España, 1990, p. 3.

⁵ CROUCH, Colin (ed.), *The State, Capital and Liberal Democracy. State and Economy in Contemporary Capitalism*, London, Croom, Helm, 13:54, cit. por EDWARDS, ob. cit., p. 3.

⁶ CROUCH, ob. cit.

las relaciones laborales (en especial los empresarios, los responsables de sectores de recursos humanos) defienden la idea de que la relación obrero-patronal es cuestión de amalgamar acciones en torno a un “equipo” donde trabajadores y empresarios tienen los mismos objetivos. Los seguidores de este *enfoque unitario* creen entonces que el conflicto es “patológico”, reniegan de la existencia de los sindicatos ya que los mismos no colaboran en este concepto de unidad y en la defensa de los intereses “comunes”. Es más, la propia razón de ser de las relaciones laborales –insistimos para esta teoría– no tendría sentido ya que no habría conflictos de intereses sino una “temporal” alteración del estado natural de relacionarse del sector trabajador y del sector empresario.

De allí se desprende que en el mundo empresarial aparece recurrentemente la explicación del conflicto en términos muy simples, entendiéndose que el mismo deriva de la *incomprensión* o del comportamiento de determinados “activistas” o de la mala calidad de las comunicaciones⁷.

En consecuencia, podríamos afirmar que esta teoría sería inadecuada para explicar totalmente las bases del conflicto laboral, aunque existe una cuota de verdad que, si bien no justifica la razón del conflicto, explica la razón de existencia de espacios o áreas de cooperación en el marco de las relaciones laborales.

Así, se comprende que se puedan elaborar programas de participación del sector trabajador, ampliar los niveles de negociación y muy especialmente lograr la ampliación de beneficios. Es absolutamente cierto que los trabajadores pueden salir ganando con este tipo de actitudes que importan aumentar los niveles de colaboración y cooperación. Una empresa con bajo o nulo nivel de conflictividad –como producto de esta acción en el área de relaciones laborales– es muy probable que sostenga el nivel de empleo, mejore su competitividad o genere mayores beneficios para sus trabajadores. Pero tales acciones –preferibles por cierto– *no pueden explicar la razón o no de la existencia de un conflicto* ya que la experiencia indica que puede existir

⁷ FIDLER, John, *The British Business Elite*, Londres, 1981, cit. por EDWARDS, ob. cit., p. 5. Quizás para estas concepciones sea benéfica la cláusula de *closed shop* (taller cerrado), por medio de la cual todos los trabajadores deben estar afiliados a un determinado sindicato, ya que mediante esta interacción se conforma la idea de intereses compartidos (nadie disiente).

toda esa colaboración y cooperación e igualmente el conflicto exista. La colaboración y la cooperación serán –en todo caso– un modelo de *solución o prevención* de los conflictos.

El segundo enfoque que intentó dar respuesta a las razones del conflicto laboral es el denominado *enfoque pluralista*. Esta teoría considera la existencia de un *equilibrio bastante estricto de poder* entre empleadores y trabajadores, estos últimos organizados en sindicatos. Precisamente los *desequilibrios de poder* generan la “patología” o conflicto⁸. Para entender la existencia de tales “desequilibrios” se enunciaron explicaciones tales como: (i) la neutralidad o no del Estado respecto de ampliar la cuota de poder del sector empresario o sindical; (ii) las herramientas jurídicas, generadas por parte de las instituciones, adecuadas para la solución de tales desequilibrios; (iii) la existencia de un mercado de trabajo (políticas de generación de más y mejor empleo), ya que la existencia de un mercado sobreofertado o infraofertado puede desequilibrar fuertemente a favor o en contra de cada uno de los dos sectores (empresarios-trabajadores). Este enfoque, si bien puede *explicar ciertas justificaciones* para la existencia de un conflicto, no puede explicar la naturaleza o base del conflicto laboral.

5.1. *Conflicto y poder*

Existe, sin embargo, otra explicación de las bases o razones del conflicto laboral que se ha denominado la *perspectiva radical*⁹. Para los autores de esta corriente de pensamiento el conflicto se encuentra *generalizado en la sociedad y es total*. Para ellos, la idea de cooperación o colaboración son ideas imposibles y si ocurren son el resultado de la manipulación por parte de grupos *poderosos*. Esta posición radical tampoco –como la anterior– puede explicar definitivamente la base o razón de ser del conflicto laboral. No dan respuesta al carácter propio del conflicto sino que más bien hacen hincapié en la naturaleza endémica del mismo¹⁰.

⁸ CLARKE, Tom y CLEMENS, Laurie, *Trade Unions under Capitalism*, Fontana-Collins, Londres, 1977, ps. 132 a 134.

⁹ LUKES, Steven, *Power: a Radical View*, Macmillan, Londres, 1974, cit. por EDWARDS, ob. cit., p. 12.

¹⁰ CROUCH, ob. cit., p. 27.

Sin embargo, esta perspectiva radical tuvo como legado el analizar las implicancias reales que puede tener *el poder* que cada uno de los dos grupos (empresarios y sindicatos) detentan en esa relación. Ello es así ya que el poder podría ejercerse aun en el supuesto de la *no existencia* de conflicto efectivo. El reconocimiento del poder del otro (aun sin manifestación de conflicto) hace que quien posea esa superioridad lo condicione aun de manera contraria a sus intereses (*conflicto latente*).

Así, en relación con las manifestaciones del poder, hacen una distinción entre “poder para” y “poder sobre”¹¹. En consecuencia, si partimos de la base de que el único interés de los empleadores es el control de las actividades del trabajador, estaríamos hablando del “poder para”, consolidándose la idea de la subordinación del trabajador en el marco de una concepción de poder donde hay ganadores y perdedores. Cuando hablamos de “poder sobre”, se define el poder en función de la capacidad y recursos de las dos partes, siendo la parte poderosa la que es capaz de lograr sus objetivos¹².

Y esta distinción no es un tema menor, ya que esta relación entre *poder* y *conflicto* suele ser la explicación más común en orden a la manifestación o existencia de los conflictos colectivos.

La ganancia o pérdida de un conflicto será –en principio– la correcta interpretación acerca de las *fortalezas y debilidades propias o ajenas*. Específicamente, la fortaleza y debilidad en el *nivel de resistencia* a la presión que la otra parte podrá hacer. Sin embargo, hay innumerables conflictos que aparentemente son llamados a fracasar y que por un error de cálculo de la parte “aparentemente” gananciosa terminan siendo victoria para la otra. Pero la explicación del resultado de un conflicto (ganancia o pérdida) no solamente podría ser justificada por un error de cálculo. Así, la propia naturaleza de los recursos conflictivos puede variar durante un conflicto, como cuando se produce una solidaridad inesperada, cuando el empleador se abstiene de utilizar –precisamente– los recursos conflictivos que están a su disposición. En efecto, frente a la existencia de un conflicto, los empleadores y los trabajadores

¹¹ BENTON, Ted, *Objective. Interest and the Sociology of Power*, en *Sociology*. V. 15, mayo 1961-84, cit. por EDWARD, ob. cit., p. 14.

¹² BENTON, ob. cit.

tienen una cantidad de acciones (herramientas) que se van a aplicar según lo exija la situación, conforme a las fortalezas y debilidades que cada una de las partes haya previamente analizado y que así lo decidan sus estrategias.

Vale destacar que influye decidida y especialmente en el sector trabajador el nivel de organización y de experiencia que tengan sus dirigentes. Sin perjuicio del conocimiento y apropiación de ambos elementos esenciales (*organización y experiencia*), naturalmente no existen certezas acerca de la correcta elección de las acciones o herramientas a seguir.

5.2. *Conflicto e intereses*

Hay clásicamente dos formas de considerar los intereses, o bien se los equipara a los *deseos y preferencias* o bien se adopta un enfoque clásicamente marxista que supone que todos los intereses son *reducibles a posiciones de clase* y que los intereses de la clase trabajadora se sustancian en la destrucción de la clase dominante representada por los detentadores del capital.

Si tenemos como válido que las relaciones sociales dentro del capitalismo son dinámicas (aun para Marx), los intereses también lo serán, de modo tal que la búsqueda de un interés colectivo podrá variar significativamente, no existiendo intereses únicos.

Ciertas condiciones objetivas pueden estimular el crecimiento de determinadas preferencias y no de otras. Así, por ejemplo, frente a un mercado laboral deprimido, la preferencia del sector laboral será el sostenimiento del nivel del empleo, y por el contrario frente a un mercado de trabajo demandante de mano de obra las preferencias serán salariales y en beneficios.

5.3. *El conflicto y los procesos de producción o explotación*

Existe un tipo de conflicto que se origina en el monopolio que ejerce el empresario para determinar los modos de producción –precisamente– por detentar la propiedad de esos medios de producción. Este poder monopólico se utiliza claramente para obligar o intentar obligar (tensión endémica/medición de resistencias) a la mano de

obra a hacer más trabajo del necesario para satisfacer sus necesidades. Esta ecuación simple importará la producción de una mayor ganancia neta para el empresario por apropiarse del resultante de ese trabajo adicional.

Sin embargo, el conflicto obrero/patronal no se reduce exclusivamente a un problema de distribución de la plusvalía generada por el modo de realizar la producción. La determinación en sí misma de cómo se realiza el proceso productivo impuesta por el empresario (“la tarea se realiza de esta manera...”) resulta también una fuente de conflictos (a veces de baja intensidad) que solamente se pueden resolver en la medida que se extienda la participación de los trabajadores en la toma de decisiones. En este punto resulta central para la resolución de los conflictos la eficiencia y desarrollo de los mecanismos de negociación colectiva.

5.4. *Conflicto y contratación*

El contrato de trabajo nunca puede *especificarse* totalmente por anticipado. La determinación de la cantidad y clase o tipo de trabajo no ha de hacerse momento a momento y menos aún determinarse de antemano.

Por detalladas que sean las reglas e instrucciones, ningún empleador puede prever todas las eventualidades, ni describir exactamente qué es lo que hay que hacer. Hasta la tarea menos calificada presupone la aplicación de la capacidad del trabajo y el conocimiento práctico de cómo debe hacerse la tarea.

Existe entonces un espacio de *indeterminación* en el contrato de trabajo. La importancia de esta afirmación estriba en que pone de manifiesto un *área potencial* de conflicto dentro del proceso de producción. Así, el trabajo no es simplemente una actividad técnica en la que los factores se transformen en productos; tampoco es un proceso en el cual pueda suponerse que existe coincidencia entre los intereses de los trabajadores y el de los empleadores (vid. supra). Por el contrario, existe necesariamente una gran incertidumbre sobre el modo en que se transforma el trabajo prestado, siendo el proceso de producción un espacio en donde la relación entre salarios o beneficios y el trabajo

realizado (como dijimos: de naturaleza *indiscutiblemente variable*) será un resultado que se determinará con la propia ejecución del contrato de trabajo.

El concepto de disparidad entre *salarios* y *esfuerzo* es un auténtico centro del conflicto laboral aplicable a todas las manifestaciones del mismo, aunque los participantes no sean conscientes de sus intereses contrapuestos en términos de nuevos valores del esfuerzo.

5.5. *Conflicto y comportamiento*

Lo señalado precedentemente ratifica el concepto acerca de la existencia de un conflicto laboral de características endémicas. En efecto, exteriorizado o latente, el conflicto existe aun cuando los participantes no son conscientes de sus intereses contrapuestos.

Ahora bien, ¿cuándo y cómo se puede determinar que un determinado comportamiento es en realidad un conflicto laboral? El comportamiento de las partes de las relaciones laborales puede reflejar muchas cosas diferentes. Puede ser simplemente una acción negativa o también puede resultar una exteriorización de un malestar (conflicto en sentido amplio).

Así, resulta indispensable investigar (acción que corresponde tanto a los empleadores como a la representación sindical) el significado profundo de tales comportamientos a través del examen del contexto social en el que se da y de los significados sociales que dichas acciones tienen para las partes. Descubrir o desentrañar esos significados es central para la prevención de la conflictividad.

5.6. *Conflicto y organización del trabajo*

Nos explayaremos aquí sobre cómo la organización del trabajo y las luchas que tienen lugar dentro del proceso de producción son o pueden ser la fuente de conflictos laborales.

Hemos señalado que existe una resistencia (expresa o latente) por parte de los trabajadores para aceptar los modos de trabajo impuestos por el empresario en orden a los beneficios unidireccionales y que tales modos de producción generan un aumento de la plusvalía.

Tal resistencia ha generado por parte del sector empresarial dos estrategias de gestión:

- 5.6.1. El *control directo* por el que el empleador trata de limitar la capacidad de resistencia de los trabajadores respecto del modo de realizar la producción. Ello se traduce a través de una supervisión estricta y agobiante y la nula o casi nula responsabilidad de los trabajadores en el proceso productivo. Es el pasaje del *oficio a la actividad* que tanto propició Taylor desde su obra *Scientific Management* y que permitió el despegue de la producción en masa¹³. Este control puede implicar una supervisión estricta y la imposición de una disciplina rigurosa, pero también puede reflejar un sentido paternalista con el que la empresa trate de inspirar una forma personal de lealtad, en la que los trabajadores acepten la necesidad de trabajar siguiendo la dirección de la empresa aunque no se emplee una disciplina rigurosa.
- 5.6.2. La *autonomía responsable* por la que el empleador aspira a utilizar la creatividad de la mano de obra permitiendo a los trabajadores libertad y discrecionalidad para adaptarse al cambio de condiciones. Ésta es la base del modelo de gestión empresarial denominado TPS (*Toyota Production System*), en donde son los trabajadores (todos) los que dan la luz al sistema, comunicándose, resolviendo los problemas productivos, haciendo sugerencias de mejoramiento y logrando la implicación del empleado¹⁴. Obviamente en las empresas en general pueden darse ambas estrategias (control directo y autonomía responsable) de manera conjunta y simultánea y no son incompatibles entre sí.

Un cambio en la dirección empresarial puede importar un cambio de la cultura productiva y un momento propicio para el pasaje de una estrategia de control directo a una de autonomía responsable, con el

¹³ CORIAT, Benjamín, *El taller y el cronómetro. Ensayo sobre el taylorismo, el fordismo y la producción en masa*, Siglo XXI de España, Madrid, 2001, p. 23.

¹⁴ LIKER, Jeffrey K., *Toyota. Cómo el fabricante más grande del mundo alcanzó el éxito*, Grupo Editorial Norma, Bogotá, 2011, p. 67.

consiguiente cambio de procesos productivos. Este tipo de cambios culturales en el modo de realizar la producción suele darse –no necesariamente– en los procesos de venta y adquisiciones de empresa por parte de corporaciones multinacionales respecto de empresas locales. Pero no necesariamente el cambio de estrategias es en la dirección *control directo* hacia *autonomía responsable*, sentido que tendría –en sí mismo– una idea de progreso.

La empresa puede, precisamente, por razones de retomar el control o limitar el nivel de resistencia de los trabajadores, dejar de lado un sistema de *autonomía responsable* e ir a un sistema de *control directo* si tal cambio de estrategia puede inferir una mejora de beneficios.

Sin embargo, no solamente la resistencia de los trabajadores es la que determina las estrategias de producción en uno de los dos modelos descriptos; muchas veces las circunstancias externas, de mercado, de producto, de la competencia, son las que determinan una mutación en los procesos productivos.

El cambio de estrategia de la gestión empresarial en la forma de producción de automóviles desarrollada por Toyota en los años 50 no tuvo que ver con la resistencia que pudieron hacer los trabajadores, sino por el contrario tuvo injerencia directa y exclusiva con la necesidad de reducir costos y mejorar la competitividad¹⁵. Ahora bien, podemos afirmar que cada estrategia de gestión tiene sus propias contradicciones que se entienden no como imposibilidad sino como persistencia de una tensión fundamental generada desde dentro¹⁶.

En cuanto a la valoración de cada uno de los dos modelos, el *control directo* refleja una matriz empresarial piramidal, sumamente estratificada (réplica de una estructura militar), compuesta por la dirección de la empresa (la comandancia), las gerencias (la oficialidad), la supervisión (la suboficialidad) y los operarios (la tropa). Las decisiones y la comunicación es siempre direccionada de arriba hacia abajo. Su principal problema consiste precisamente en la resistencia que presenta este tipo de estructura autocrática que pretende que los trabaja-

¹⁵ LIKER, ob. cit., p. 50.

¹⁶ FRIEDMAN, Andrew, *Industry and Labour*, Macmillan, Londres, 1977, ps. 78 a 82, cit. por EDWARDS, ob. cit., p. 24.

dores se comporten como máquinas (la expresión más común es denominarlos igual que a las máquinas: recursos humanos¹⁷).

Esta conformación autocrática en sí misma genera descontento, amenaza de trastornos evidenciados en resistencias y obviamente desaparecen los aspectos positivos que pueden obtenerse de los aportes creativos de los trabajadores.

Sin embargo, ello no significa que el modelo de *autonomía responsable* sea por contraposición mejor por dos importantes razones: a) no modifica esencialmente la matriz autocrática de la empresa, ya que si bien no existe un control directo por parte de un supervisor, se mantienen los niveles gerenciales y suelen establecerse los llamados “líderes”, que aunque sin facultades disciplinarias no dejan de realizar un control de la forma en que se realiza el trabajo, y b) tiene un serio y grave problema: obliga a persuadir a los trabajadores de que se comporten como si el proceso de trabajo reflejara sus propios deseos y objetivos, cuando en realidad el trabajador no será su destinatario directo o lo será sólo en parte, en el mejor de los casos.

Normalmente esta estrategia está únicamente orientada a la maximización de la ganancia del empresario con poco o nulo beneficio para el trabajador. En definitiva y –como señalamos– el nivel de resistencia de los trabajadores al modo de control de la producción, es decir, a la estrategia de gestión que el empleador determine, significará o podrá significar una razón o base del conflicto. La gestión basada en la *autonomía responsable* puede ser el resultado de la resistencia operada por los trabajadores que –aunque la empresa no lo desee– puede verse obligada a aceptar que los trabajadores controlen los ritmos de trabajo, la cantidad de tareas asignadas, la aplicación de sanciones

¹⁷ ACKERMAN, Mario, *Si son humanos no son recursos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, ps. 30 y 31: “...Los trabajadores se piensan, se definen y se presentan como personas que trabajan, esto es, como trabajadores. Con su propio nombre y apellido. En singular o en plural. Lo que permite, además, una individualización. La expresión recursos humanos, en cambio, está instalada en las antípodas de esa posibilidad. Porque el sustantivo recursos, que define lo importante, fundamental o esencial, refiere, como indiqué, un uso, costo o aprovechamiento en abstracto, esto es, sin individualizar, sin personalizar. Lo humano aparece bajo la forma de adjetivo, que nota accidental, secundario o no esencial. Recurso es así lo consistente. Humano lo contingente. El reproche es obvio: el trabajador es un sujeto; el recurso es instrumento”.

disciplinarias o bien puede darse por iniciativa de la propia empresa, como ocurre con los planes de rediseño de los puestos de trabajo, planes de capacitación, etcétera.

En definitiva, las circunstancias por las que las empresas pueden elegir entre uno u otro *sistema de gestión* no están directamente vinculadas al nivel de resistencia de los trabajadores, pero es evidente que el pasaje de un sistema de *control directo* a uno de *autonomía responsable* y participación en los beneficios del mismo sí puede darse (aunque no es la única razón) *por la resistencia de los trabajadores y el conflicto*.

5.7. *Conflicto. Resistencia y adaptación*

Es evidente que la relación entre capital y trabajo no es necesariamente antagónica (sí que contiene –como dijimos– un conflicto estructural) y que la podríamos caracterizar como dual. Ello se explica porque el capital tiene que aprovechar la capacidad creativa de sus trabajadores, para lo cual necesita recurrir a cierta cooperación así como al uso de métodos coactivos. Los trabajadores, a su vez, si bien se van a oponer a los métodos de subordinación, tienen interés en la viabilidad de la empresa, que es la que le da empleo y por ende medios de subsistencia.

Sin embargo, este análisis es insatisfactorio en términos de equidistancia de los intereses¹⁸, especialmente para los trabajadores, lo que torna a esta relación que hemos denominado como dual y francamente contradictoria para ellos.

En efecto, no todos los trabajadores dependen directamente de empresas concretas. En sectores en que la movilidad laboral es muy alta no existe esa vinculación directa a una empresa determinada. Por otra parte, en un mercado laboral con una satisfactoria oferta de trabajo, la conservación del mismo no será un *interés directo* del trabajador ya que podrá encontrar otros empleos iguales o mejores.

¹⁸ La observación de la realidad nos obliga a creer que el concepto de interés es bastante más amplio. En la actualidad este término incluye necesariamente conceptos como los deseos y las necesidades, es decir, las preferencias de los trabajadores en la vida real.

Igualmente, desde la óptica del empresario el control del proceso de trabajo (que incluye la capacidad que pueda aportar el trabajador) no es siempre una preocupación predominante del empresario, ya que el concepto de “plusvalor” no necesariamente proviene de la apropiación del esfuerzo del trabajador, sino que también puede realizarse en el mercado, ya que, en circunstancias concretas, la mayor ganancia puede provenir de los términos del intercambio. Así, por ejemplo, las industrias en las que los beneficios derivan en gran parte de los esfuerzos realizados por el sector de ventas, marketing, desarrollo tecnológico, innovaciones, etcétera, siendo de poca influencia las cuestiones referidas al control del trabajo.

En ese sentido, podemos afirmar que la primera prioridad del empresario *es la acumulación de beneficios, no el control*. La utilización de este último recurso adquiere importancia en la medida que resulta ser un instrumento (habitualmente lo es) para la maximización de la ganancia.

5.8. *Conflicto e información*

Un problema estructural en la relación capital y trabajo es precisamente determinar cuándo y por qué el capital genera plusvalor y en qué medida esa generación de plusvalor está directamente causada por la “apropiación de trabajo ajeno” o por valores propios del proceso productivo (innovación tecnológica, características del mercado, aciertos de productos, invenciones, etc.).

En el capitalismo dilucidar este concepto es siempre oscuro, difuso y difícil de desentrañar, a diferencia, por ejemplo, del feudalismo, en el que ese concepto, trabajo “excedente” aportado por los campesinos a sus señores feudales, era perfectamente tangible. En nuestro modelo se producen bienes sin que se distinga empíricamente entre los elementos necesarios y la generación del plusvalor.

Esta ocultación de la verdad resulta ser una estrategia central del capital, ya que priva al sector del trabajo de un elemento vital al momento de negociar, como lo es la información. De allí la enorme resistencia que ofrecen y ofrecerán (y que sin duda es una razón o causa de conflictos)

los empresarios al derecho legítimo de los trabajadores de saber o de informarse acerca del resultado de la gestión empresarial.

Este acercamiento informativo del empresario hacia los trabajadores configura para éstos un verdadero *derecho subjetivo*, como un correlato del deber jurídico empresarial de informar.

De no ser así, es decir, si la actitud del empresario fuera la de ocultar, no informar o bien que la información dada fuera insuficiente o poco seria, importaría en la práctica una conducta abusiva y desleal que inclusive podría llegar a calificarse como un comportamiento antisindical.

La importancia del elemento informativo en cualquier tipo de negociación y muy especialmente cuando la misma importa un sacrificio social es fuera de lo común, extraordinaria. Tanto es así que, precisamente, el derecho a la información ha sido considerado una de las actuales técnicas de *redistribución del poder*¹⁹, ya que condiciona la sucesiva actividad de los representantes de los trabajadores, comprometiendo la negociación precisamente por la eventual pérdida de confianza del colectivo de trabajadores respecto de sus representantes.

Precisamente la Recomendación N° 163 de la Organización Internacional del Trabajo, en relación con los medios para promover la negociación colectiva, establece en su artículo 7° que deben tomarse medidas adaptadas a las condiciones nacionales, si es necesario, para que las partes *tengan acceso a la información requerida para negociaciones significativas*. Así, “para este propósito: a) los empleadores públicos y privados deberían, a petición de las organizaciones de trabajadores, facilitar dicha información sobre la situación económica y social de la unidad de negociación y la empresa en su conjunto, como es necesario para negociaciones significativas; cuando la divulgación de parte de esta información pueda ser perjudicial para la empresa, su comunicación podrá estar condicionada al compromiso de que se considere confidencial en la medida necesaria; la información que se pondrá a disposición puede ser acordada entre las partes en la negociación

¹⁹ RODOTÀ, Stefano, *Diritto all'informazione e controllo sull'impresa*, en AA. VV., *Crisi e riforma dell'impresa*, p. 306, cit. por MONEREO PÉREZ, José Luis y FERNÁNDEZ AVILÉS, José Antonio, *El despido colectivo en el Derecho español*, Aranzadi, España, p. 190.

colectiva; b) las autoridades públicas deberían facilitar la información necesaria sobre la situación económica y social general del país y la rama de actividad de que se trate, en la medida en que la divulgación de esta información no sea perjudicial para el interés nacional”.

La información y más precisamente el derecho a la fiel información deben presidir cualquier negociación en materia de relaciones laborales. Importará la fiel representación de una negociación llevada a cabo con buena fe, principio éste fundamental en el marco de las relaciones colectivas del trabajo. No nos cabe ninguna duda de que la falsa o falta de información suficiente aportada por el sector empresario significa una enorme potencialidad conflictual.

5.9. *Conflicto y cooperación*

Al tratar de analizar el conflicto laboral en el marco concreto de la empresa importa tratar especialmente el denominado *control del proceso de trabajo*, esto es, el mecanismo mediante el cual la fuerza de trabajo de los trabajadores se convierte en producto. Precisamente la dinámica de la organización del trabajo se materializa en lo que hemos denominado modelos de estrategia de gestión empresarial.

Ahora bien, la aplicación de esas estrategias de control (*control directo* o *autonomía responsable*, o ambas a la vez) indican que las relaciones de trabajo se orientan conjuntamente: a la cooperación, a la adaptación y aceptación y al conflicto. ¿Por qué entonces le damos prioridad de análisis al conflicto? Quizás la explicación de esta mayor trascendencia a esta manifestación de las relaciones laborales es precisamente porque el conflicto es un principio básico. Afirmamos que el conflicto es más importante que la cooperación.

¿Por qué el conflicto es más importante que la cooperación? En el campo de la filosofía, tanto Kant como Hegel comienzan a subrayar la *fertilidad* de los conflictos sociales y su inmanencia a una sociedad en constante evolución. Hoy en día se reconoce en la existencia del conflicto la *posibilidad de progreso social*, es decir, se reconoce que la finalidad y la efectividad de los conflictos sociales consisten en mantener despierta la posibilidad de cambio, de modificar el devenir de la historia y fomentar con ello el desarrollo de la sociedad.

Señala Dahrendorf que en la raíz de las posiciones favorables al conflicto se encuentra la convicción liberal, sustentada a partir de Darwin, de que la tensión sirve de impulso al progreso social, de igual forma que la lucha por la supervivencia perfecciona la especie²⁰.

5.10. *Conflicto y mercado*

Para el capitalismo, hay contradicción entre las necesidades de la producción y los sistemas de intercambio comercial, caracterizado por la competencia entre empresas, expresada en una lucha continua por los mercados y por la supervivencia.

Esta contradicción tiene su importancia a la hora de analizar el conflicto laboral, ya que esa lucha por la supervivencia, expresada en la competencia entre empresas, tiende a rebajar la tasa de beneficio, por lo que se halla en contradicción con la necesidad de beneficio creciente para que el proceso de acumulación continúe a largo plazo.

En ese sentido, no reconocer la potencialidad que tiene para el desarrollo del mercado que la clase trabajadora tenga posibilidades de consumir y hasta de ser posible ahorrar mediante la tenencia de medios de pago ganados como consecuencia de su trabajo resulta, como mínimo, una conducta contradictoria de los empresarios.

En efecto, para el desarrollo de un capitalismo vigoroso es indispensable una clase trabajadora fuerte, representada por sindicatos fuertes que pugnen por la distribución de la riqueza obtenida por el empresario. La tracción que genera para el desarrollo, el mercado de consumo y hasta la inversión que pueda generar la clase trabajadora se expresa en un círculo virtuoso de mayor consumo-mayor producción.

Un momento clásico de exteriorización del conflicto es, precisamente, ante los procesos de estancamiento de la economía, donde no existen ni un mercado de consumo ni un mercado de inversiones. La situación torna entonces hacia un círculo vicioso menor consumo-menor producción. Ahora bien, frente a este tipo de crisis el conflicto reside en que lo que más beneficia –en una visión cortoplacista e

²⁰ Cit. por OJEDA AVILÉS, Antonio, *Derecho Sindical*, Tecnos, Madrid, 1995, ps. 391 y 392.

inmediata– a los capitalistas (para mantener sus tasas de rentabilidad y no perder el capital ganado) es intentar conservar el nivel de salario de la clase trabajadora lo más depreciado que sea posible. Sin embargo, lo que más beneficia a ambos (trabajadores y empresarios) si pretenden mantener su nivel de consumo creciente en un mercado en expansión es sostener empleos y salarios.

5.11. *Conflicto y la economía*

Las estrategias del capitalismo frente al conflicto surgido de una crisis económica han sido variadas y no reconocen una forma expresa y unívoca. En el contexto del modelo dinámico simple que hemos desarrollado y frente al punto crítico en el que el rendimiento de la inversión ha descendido casi hasta el nivel en el que cesa la acumulación, la economía se aproxima al estancamiento.

Tanto en el punto crítico como después hay estancamiento total; no existen inversiones ni hay crecimiento y por ende no existe creación de empleo. Ahora bien, en todos los casos es evidente que lo que más beneficiaría a los empresarios, si desean mantener un capitalismo vigoroso y creciente, es intentar conservar el potencial de consumo de la clase obrera, aunque como es conocido muchos no lo vean así. Por ello, no debe pensarse que la sola tracción de la demanda por el consumo será el cénit del círculo virtuoso (consumo-producción). El exceso de consumo no acompañado por una inversión creciente que amplíe las potencialidades productivas suele devenir en un aumento de la inflación por exceso de demanda.

En esas circunstancias, el Estado cumple un rol fundamental creando condiciones de consumo para dinamizar el mercado –por ejemplo– a través de la creación de fondos de inversión de los propios trabajadores en épocas de bonanza para utilizarlos como fondos anticíclicos.

Conclusiones

Somos conscientes de que un análisis como el realizado en el presente trabajo conlleva el peligro de ser considerado tan general que carezca de practicidad. No creemos que necesariamente la acción de

la doctrina esté identificada exclusivamente con la practicidad, aunque en nuestra disciplina se ponderan o valoran las reflexiones que tiene esa orientación. Sin embargo, vaya esta contribución para desarrollar y en alguna medida dar pautas para un debate responsable de las posibles teorías que den razón al conflicto laboral en la sociedad capitalista.

LA HUELGA EN SU CONTEXTO, 2018

por JUAN MANUEL LORENZO

No hay producción de riqueza si la tierra no es fecundada por el hombre. Trabajar es fecundar. El trabajo es la vida, es el goce, es la felicidad del hombre. No es su castigo¹.

Las leyes llamadas obreras o sociales son expresión, más o menos afortunada, del deseo [...] de emprender, en fin, el lento camino de las reformas para evitar el violento de las revoluciones².

Correspondería acá mencionar la necesidad de una adecuación entre las consideraciones de cada hecho y su contexto histórico, social, económico, político y cultural, para no caer en el error de universalizar como valores permanentes instituciones humanas que dependen de situaciones concretas, cambiadas las cuales pierden su razón de ser³.

Tenéis, venerables hermanos, ahí quiénes y de qué manera han de laborar en esta cuestión tan difícil. Que se ciña cada cual a la parte que le corresponde, y con presteza suma, no sea que un mal de tanta magnitud se haga incurable por la demora del remedio. Apliquen la providencia de las leyes y de las instituciones los que gobiernan las naciones; recuerden sus deberes los ricos y patronos; esfuércense razonablemente los proletarios, de cuya causa se trata⁴.

¹ ALBERDI, Juan Bautista, *Gobernar es poblar*, París, 1879.

² DE AZCÁRATE, Gumersindo, *Alcance y significación de las llamadas leyes obreras*, 1893, cit. por PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos, *Dedicatoria*, en *Derecho del Trabajo e ideología*, 5ª ed. rev., Tecnos, Madrid, 1995.

³ VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, *Consideraciones sobre la huelga*, en J. A. 1965-II-47, sec. doct.

⁴ León XIII, *Rerum Novarum*, Roma, 15 de mayo de 1891, punto 41. Ver texto

Formuladas las citas seleccionadas a modo de autónoma introducción y con la única finalidad de destacar la importancia trascendental de ubicar en los contextos social, político, económico y temporal a la huelga, sólo pretendo señalar que, en mi opinión, no existe una definición o conceptualización de la huelga mejor que otra ni ninguna que comprenda cabal e íntegramente dicho fenómeno.

El presente ensayo pretende únicamente reflejar la actualidad de la huelga como derecho y herramienta propia de los trabajadores en su significancia colectiva, no sin ello contextualizar la misma a modo de poner en evidencia su importancia y tal vez su ineficacia para la consecución de sus propios fines u objetivos.

Destacados autores y profesionales han definido ya a la huelga de los modos más diversos y, por cierto, acertados, empero me atrevo a realizar el esfuerzo de ensayar una aproximación actual, ajustada a la realidad que nos circunscribe y con mirada crítica, incluso respecto de propias convicciones. Al fin de cuentas, repensar nuestras propias ideas podría ser el ejercicio más importante para el crecimiento y evolución profesional.

Particularmente soy de la opinión de que la huelga no debe ser conceptualizada sólo como un derecho, como una situación de hecho o como un acto jurídico, puesto que todas esas aproximaciones lucen acertadas aunque implican una toma de posición teórica; es por ello que me inclino más por definir a la huelga como un fenómeno de tipo social apto para exteriorizar un conflicto laboral determinado.

Entiendo que cuestionar la validez, legalidad o existencia misma de la huelga en 2018/2019 no sólo resultaría un absurdo manifiesto sino que hasta incluso podría calificarse como un intento intelectual estéril. Empero, bien podría analizarse a la luz de los hechos y del camino recorrido por la huelga su eficacia o eficiencia para obtener los resultados perseguidos intrínsecamente.

La huelga se hace para causar un daño⁵. Si bien el fin último de la huelga no es el daño en sí mismo sino obtener o mantener un

completo en: http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum_sp.html.

⁵ LÓPEZ, Justo, *La huelga como acto jurídico colectivo*, en L. T., t. XX-A, 1972, p. 5.

beneficio laboral, el daño es el elemento que hace útil a la huelga como recurso de los trabajadores, para por su intermedio coloca un peso en la consideración del empleador que logre torcer su voluntad inicial. El daño es el fin inmediato, mientras que la obtención o mantenimiento de beneficios es el fin mediato. Dicho de otro modo, el daño es el medio para conseguir un fin. Es oportuno entonces concentrar el análisis en ese punto: el fin. Ahora bien, ¿ha podido la huelga obtener los resultados perseguidos *ex ante*?

Cabe reparar que el presente análisis impide trazar conclusiones universales puesto que ha de ceñirse al contexto temporal de 2018/2019, objeto del presente Anuario, empero tal vez pueda resultar interesante para quien desee repetir este método de aproximación como investigación, de modo de poder componer a lo largo del tiempo un camino que tal vez, y sólo como consecuencia de una labor científica, nos permita precisar de mejor modo la eficiencia o no de la huelga en sí misma.

Estas líneas apuntan al futuro, puesto que lo ya sucedido hasta aquí nos ha dado conclusiones ciertas respecto de la eficacia de la huelga en décadas precedentes; empero, sospecho que en la actualidad o en la historia más reciente, tal vez, la huelga haya perdido buena parte de su eficacia inicial.

A lo largo de la historia la huelga ha sido utilizada con los más diversos fines y las más variadas intenciones, en algunos casos reivindicando mejoras en las condiciones laborales, en otros con finalidad política, e incluso en algunos casos las huelgas han sido aprovechadas por los empleadores para aumentar el precio de sus productos.

Claro está que la huelga ha permitido el reconocimiento y consagración de múltiples institutos del Derecho del Trabajo de nuestros días. Jornada, seguridad e higiene, remuneración, entre otros, a la vez que la huelga, ha sido también la herramienta preferida por dirigentes inescrupulosos que han priorizado sus apetencias personales por sobre las de sus representados.

¿Podría pasar desapercibido que la huelga, concebida –inmediatamente– para causar daño al empleador en procura de mejoras o sostenimiento de condiciones laborales, implica también un daño al propio huelguista por efecto directo de la pérdida de derecho a salarios durante

el transcurso de la misma? Ciertamente es que no y por ello la prudencia y templanza que impone la declaración o sostenimiento de la misma.

Es notable la falta de reglamentación de la que adolece la huelga en nuestro país. Tal vez porque reglamentar ha sido un tema tabú entre los principales actores, tal vez porque se confunde intencionalmente reglamentación con prohibición o limitación o tal vez por conveniencia oportunista y egoísta de quien debe asumir semejante responsabilidad. Pareciera que al fin de cuentas, en este particular aspecto, ha acertado Vincent de Gournay mediante su conocida expresión *laissez faire, laissez passer*⁶. Ello claro está en oposición al sentido de reglas claras y sostenidas, de condiciones y consecuencias preestablecidas, en suma, en detrimento incuestionable de la tan ansiada seguridad jurídica como ordenadora de la sociedad.

Debo destacar que el exceso de reglamentación resulta tan malo como la ausencia de reglamentación alguna, porque esto último genera incertidumbre e inseguridad jurídica –tanto para empleadores como para trabajadores huelguistas y no huelguistas–, lo cual repercute en escalada del conflicto y aumento de las pérdidas recíprocas. Ya decía el Quijote que “el valor reside en el término medio entre la cobardía y la temeridad”, y en igual sentido reza el proverbio del poeta Quinto Horacio Flaco: “*In medio stat virtus, quando extrema sunt vitiosa*”⁷.

El Ministerio de Producción y Trabajo de la Nación, a través de su Informe Anual sobre Conflictividad Laboral, resulta interesante a fin de conocer datos duros y puros de la realidad en materia de huelga a lo largo de 2018, dejando de lado pasiones o subjetividades. En el *ámbito privado*, durante el primer trimestre del año 2018, se registraron 74 conflictos laborales con paro que involucraron alrededor de 114.200 huelguistas y 226.000 jornadas individuales no trabajadas. Respecto al primer trimestre de 2017, aumentó la cantidad de conflictos con paro y huelguistas, pero descendieron las jornadas individuales no trabajadas⁸.

⁶ Vincent de Gournay, fisiócrata francés del siglo XVIII: “dejen hacer, dejen pasar, el mundo va solo”, en respuesta al intervencionismo del gobierno en la economía.

⁷ La virtud está en el medio cuando los extremos son viciosos.

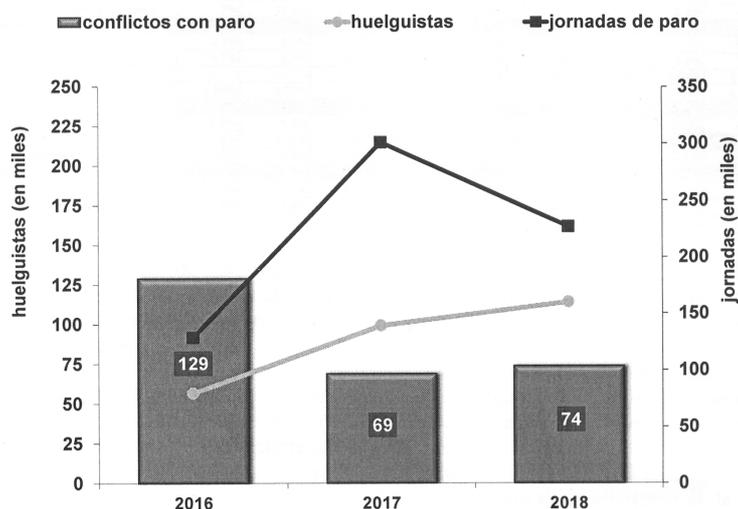
⁸ La cantidad de jornadas individuales no trabajadas (JINT) es el índice resultante de multiplicar la duración de los paros por la cantidad de huelguistas. Dicha duración se establece teniendo en cuenta el tipo de jornada de trabajo característico de cada actividad económica o sector de actividad.

En el *ámbito estatal*, durante el primer trimestre del año 2018, se registraron 138 conflictos laborales con paro que involucraron 834.000 huelguistas y alrededor de 2.335.300 jornadas individuales no trabajadas. En relación con el mismo trimestre de 2017, se destacó el descenso observado en la cantidad de jornadas de paro.

Como primera conclusión derivada de la comparación aritmética, podría concluirse sin margen a incurrir en error que la mayor expresión del fenómeno de la huelga se ha dado en el sector público o ámbito estatal. Es decir, en el sector al que contribuyen y sostienen todos y cada uno de los ciudadanos argentinos.

Como dato de la realidad cabe entonces destacar que se registró mayor número de demandas por mejoras salariales, seguidas de reclamos por pagos adeudados y despidos o renovación contractual, siendo el principal sector afectado por la huelga el correspondiente a la enseñanza. Es decir, una vez más los argentinos no nos quedamos en cuestiones menores; concentramos principalmente nuestra conflictividad en la educación.

En el ámbito privado se registraron 74 conflictos laborales con huelga que involucraron alrededor de 114.200 huelguistas y 226.000 jornadas individuales no trabajadas, lo que ha significado un incremento del conflicto colectivo del trabajo en relación con años anteriores, en lo que respecta a cantidad de huelguistas.



En el ámbito privado una gran parte de los conflictos estuvieron motorizados por reclamos de pagos adeudados (29 conflictos) y despidos o renovación contractual (28). Respecto al mismo trimestre del año anterior, se observaron incrementos en la participación de los conflictos por aumento salarial (pasaron de 6 en 2017 a 11 en 2018), pagos adeudados (de 23 en 2017 a 29 en 2018) y despidos o renovación contractual (de 24 en 2017 a 28 en 2018). Respecto al primer trimestre de 2016, se destacó el descenso en la cantidad de conflictos por pagos adeudados (se registraron 58 en 2016).

Según la Dirección de Estudios y Relaciones del Trabajo del Ministerio de Producción y Trabajo de la Nación, las motivaciones de los conflictos en el sector privado se han circunscripto a:

- i) mejoras salariales (2% en el lugar de trabajo y 71% en la rama de actividad);
- ii) pagos adeudados (43% en el lugar de trabajo y 22% en la rama de actividad);
- iii) despidos o renovación contractual (45% en el lugar de trabajo y 7% en la rama de actividad), y
- iv) otras demandas (10% en el lugar de trabajo y 0% en la rama de actividad).

De este modo, la evidencia empírica expone que la conflictividad traducida en huelga se origina en el lugar de trabajo mayoritariamente cuando el conflicto se motiva en pagos adeudados, despidos o renovaciones de contrato de trabajo y por el contrario se origina en la actividad cuando se trata de reclamos por mejoras salariales.

A su vez, adentrados en el sector privado, el 35% de las huelgas declaradas en 2018 se han concentrado en el sector de la industria, el 26% en la actividad del transporte y el 4% en la rama de intermediación financiera.

Ahora bien, cuando se totalizan los conflictos laborales que han involucrado huelgas sin distinguir entre sector público o sector privado, los datos resultan por demás elocuentes puesto que la mayor cantidad de jornadas de paro se ha concentrado en el sector de intermediación financiera, seguido por la enseñanza, aunque la mayor cantidad de conflictos declarados se han dado en el sector de transporte. Véase:

Actividad económica	2016			2017			2018		
	Con-flictos	Huel-guistas	Jorna-das de paro	Con-flictos	Huel-guistas	Jorna-das de paro	Con-flictos	Huel-guistas	Jorna-das de paro
Agricultura, ganadería y silvicultura	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Pesca	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Explotación de minas y canteras	7,0%	19,4%	23,4%	5,8%	1,9%	0,8%	4,1%	0,5%	0,8%
Industria	17,8%	18,7%	16,3%	17,4%	21,8%	9,3%	35,1%	16,5%	14,3%
Agua, gas y energía	3,1%	3,6%	1,5%	2,9%	0,4%	1,3%	1,4%	0,03%	0,1%
Construcción	4,7%	2,7%	6,4%	4,3%	0,6%	0,4%	4,1%	0,2%	1,2%
Comercio y actividades afines	-	-	-	5,8%	0,2%	0,3%	1,4%	0,03%	0,03%
Hoteles y restaurantes	1,55%	0,3%	0,26%	-	-	-	1,4%	0,05%	0,02%
Transporte	32,6%	14,2%	10,7%	37,7%	6,6%	2,3%	25,7%	15,4%	18,0%
Comunicaciones	6,2%	1,2%	3,1%	-	-	-	6,8%	0,1%	0,2%
Intermediación financiera	1,6%	0,04%	0,04%	1,4%	25,8%	4,3%	4,1%	31,3%	45,9%
Servicios empresariales	7,0%	0,5%	0,4%	5,8%	2,2%	2,3%	1,4%	0,1%	0,1%
Enseñanza	5,4%	34,8%	30,6%	4,3%	37,3%	77,2%	4,1%	32,3%	18,7%
Salud	7,8%	3,1%	6,3%	1,4%	0,1%	0,6%	-	-	-
Otras actividades comunitarias	5,4%	1,4%	1,1%	13,0%	3,1%	1,3%	10,8%	3,4%	0,7%
TOTAL	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%

Podría de este modo aproximarse a una primera conclusión en el sentido de que, en términos comparativos, durante 2018 se han reducido la cantidad de conflictos que han importado huelgas, empero se han reportado incrementos notorios en la cantidad de huelguistas involucrados y jornadas de paro desarrolladas.

Así las cosas y sin que resulte posible establecer conclusiones finales, la realidad de 2018 en materia de conflictividad laboral nos

enseña que el volumen de conflictos acaecidos no se destaca ni diferencia grandilocuentemente de otros años, lo que si bien podría ser entendido como un dato plano o intrascendente, entiendo que encierra un verdadero problema a analizar.

Es que si entendemos que el nivel de conflictividad laboral se ha mantenido medianamente estable en el último año, cabe preguntarse entonces respecto de la eficiencia de la huelga en sí misma. ¿Cómo debe entenderse el dato de la realidad que demuestra un sostenimiento de los niveles de huelgas y la ausencia de satisfacción o respuesta a los reclamos o motivos que han originado las mismas?

¿Acaso el sector empleador se ha tornado más resistente a la huelga y la misma ya no causa la conmoción en el mismo como para producir los cambios intentados o por el contrario la realidad del empleo moderno ha hecho que la huelga, como es conocida en la actualidad, ya no sea lo eficiente que ha sido décadas atrás?

No resultará novedoso señalar que la huelga ha de ser mayormente eficiente en aquellas actividades o sectores que resulten ser dadores de trabajo más intensivos, es decir, en actividades productivas en donde la relación producción-cantidad de trabajadores empleados sea más estrecha y por el contrario perderá eficacia cuando la producción no guarde una vinculación tan relacionada.

Lo que sí debiera analizarse como una novedad de la realidad en el mundo del trabajo es que en estos tiempos ya no imperan los grandes empleadores como determinantes de la realidad o del empleo, sino que han sido las pequeñas y medianas empresas las impulsoras y sostén del trabajo argentino, sino que esta proporción se ha modificado sustancialmente, ya que de los 5.564.817 trabajadores formales del sector privado, 2.870.399 se registran en grandes empresas, 1.078.392 en medianas empresas, 1.002.336 en pequeñas empresas y 613.690 en microempresas. Es decir que 2.694.418 trabajadores son empleados por medianas, pequeñas y microempresas, lo que ciertamente impacta en la eficiencia de la medida de huelga.

Es que no puede escapar al presente análisis que en 2018 las pequeñas, medianas y microempresas han representado aproximadamente el 44% del producto bruto interno (PBI) de nuestro país, lo que evidencia la importancia o relevancia de ese sector en el trabajo argentino.

Esto tal vez sirva para explicar la ocurrencia de 539 huelgas declaradas en el sector público contra las 274 huelgas que se han verificado en el sector privado a lo largo de 2018 o tal vez la participación de 9.317.548 huelguistas en el sector público en oposición a los 904.207 huelguistas que han actuado en el sector privado.

Lo que este trabajo pretende destacar es que el debate respecto de la bondad o malicia de la huelga, de su reconocimiento constitucional como derecho o como práctica abusiva del mismo, es un debate que luce cuando menos fuera de su tiempo y contexto, puesto que el debate más complejo que debiéramos darnos radica en lograr comprender si el fenómeno de la huelga conserva su eficiencia originaria o si por el contrario ha perdido eficiencia en cuanto a la consecución de sus fines u objetivos.

Tal vez la realidad actual del empleo, la segmentación de los empleadores o bien la disparidad de la relación entre trabajadores afectados a los niveles de productividad puedan servir como datos objetivos sobre los cuales debamos postular nuevas ideas o metodologías que permitan superar nuestros conflictos laborales. Pretendo con esto sólo convocar a la reflexión sin ánimo de postular, enarbolar ni imponer un nuevo rumbo o paradigma, pero me permito sospechar que la noble y reconocida herramienta que tantos frutos ha dado en décadas pasadas puede estar transitando el inicio de su fin del modo en que la hemos conocido y seguramente necesitará encontrar nuevas formas o alternativas para no perder vigencia.

CONFLICTOS COLECTIVOS. COMPOSICIÓN O AUTOCOMPOSICIÓN, ÉSE ES EL DILEMA

por JORGE OSCAR MORRESI

SUMARIO: I. Introducción. 1. La relación de conflicto. 2. ¿Quiénes son los sujetos que participan en la relación de conflicto? 3. El interés colectivo sustrato del conflicto. 4. Tipos de conflicto. II. El dilema. 1. El planteo. 2. La negociación colectiva. 3. La conciliación. a) Características. b) Concepto. c) Conciliación voluntaria. d) Conciliación obligatoria. e) Procedimiento preventivo de crisis. 4. El arbitraje. a) Arbitraje voluntario. b) Arbitraje obligatorio. 5. Las consecuencias. III. Conclusiones.

I. Introducción

Las relaciones humanas llevan ínsita la conflictividad, y son los propios miembros de la sociedad los que se posicionan de diversas maneras frente al conflicto. Algunos lo alientan, otros difieren en terceros la solución del mismo y otros directamente dejan que el transcurso del tiempo temple los ánimos y sea él quien lo solucione. Advertía en un anterior trabajo que de nada vale centrarnos en el remedio si desconocemos la patología, y en los que son objeto del presente trabajo, los colectivos, por lo que considero prioritario al momento de analizar las distintas formas de solución de los conflictos adentrarse en la estructura, develar el trasfondo, para que el procedimiento que luego se adopte no sea nada más que un paño frío frente a una fiebre de origen desconocido, y se termine alongando el problema y generando el aumento de la intensidad además de la posibilidad de que sea fuente de nuevas problemáticas.

Al momento de caracterizar al conflicto colectivo de trabajo se debe partir, inevitablemente, de la existencia previa de una relación jurídica laboral colectiva que involucra a trabajadores y empleadores con un interés colectivo que los abarque, que han entrado en colisión o confrontación, exteriorizándose la misma a través de diversas medidas de acción directa. Lo cual genera ahora una nueva relación: la de conflicto, que amerita una solución a fin de extinguirla y llevar a las partes involucradas a la paz social, tanto para ellas como para los terceros que directa o indirectamente se ven afectados por la ruptura de la misma.

1. *La relación de conflicto*

El conflicto es la situación patológica de cualquier relación, sea ésta individual o colectiva, por lo que es la relación la que identifica a aquél. En toda situación confrontativa algún tipo de vínculo previo ha de existir, de allí que ése es el motivo por el que el Derecho es convocado en búsqueda de la solución. Para confrontar con otro –sea tanto en el plano individual como colectivo– necesariamente debo estar previamente vinculado con el mismo, ya que la ruptura del equilibrio en la relación es lo que ha llevado al conflicto.

En el tema que convoca este análisis hablamos de relaciones colectivas. Ahora bien, en nada cambia a las mismas el hecho de que en el comienzo del conflicto se reconozcan una o varias relaciones individuales en crisis (v. gr., uno o varios despidos), ya que ese detonante fue el que inquietó la relación colectiva (v. gr., entre el sindicato y el o los empleadores) y llevó a la conflictividad, con consecuencias disvaliosas para su equilibrio. De la misma manera, un acto individual de un empleador que afecta la libertad sindical de un trabajador no sólo altera el contrato individual sino también, y fundamentalmente, a la relación colectiva de asociación. Por lo que siempre ha de verse afectada la relación colectiva, independientemente de que también lo haga en las relaciones individuales de trabajo. De alguna manera puede hablarse de que todo conflicto encierra en sí una faz colectiva y una faz individual, ya que esta última necesariamente interviene sea como detonante del mismo, como partícipe en su exteriorización, o como afectada, positiva o negativamente, en su solución.

Las relaciones colectivas de trabajo se definen como tales a partir del interés en juego, lo que irremediamente también sucede en la relación de conflicto. De allí que independientemente de que la misma involucre intereses individuales, no son éstos los que generaron a aquélla sino que el conflicto individual alteró las otras relaciones colectivas: de negociación o de asociación, generándose así la relación colectiva de conflicto. Existe una suerte de interdependencia entre ellas. La relación colectiva de asociación puede verse afectada por un conflicto, lo que genera una relación colectiva de esa índole, y que a su vez puede derivar en su decurso en una relación de negociación. Y a su vez, una relación de negociación puede verse alterada por una situación de conflicto, de resultas de la cual pueden o no generarse nuevos ámbitos de negociación en aquélla. Con ello se reafirma la “triangularidad del Derecho Colectivo del Trabajo”¹ y la “unidad indisociable”² entre los tres institutos del Derecho Colectivo del Trabajo. La relación de conflicto se encuentra vinculada con las otras relaciones colectivas, las que a partir de la misma se ven afectadas, lo que habla de la imposibilidad de reconocerle autonomía³.

El Centro Internacional para la Formación de la OIT, al momento de conformar las directrices destinadas al mejoramiento de los sistemas de resolución de conflictos laborales⁴, entiende que para comprender mejor la naturaleza de las relaciones laborales y el grado en el que predominan la cooperación o el conflicto es necesario examinar, por un lado, la naturaleza y las características de las partes que interactúan, y los entornos en los que interactúan, por el otro. A partir de ello distingue a las partes en interacción según tres aspectos: a) el poder que poseen; b) sus valores, y c) el entorno en el que operan.

Y así considera que las interacciones entre empleados y empleadores se ven influenciadas no sólo por el poder que poseen, sino por la

¹ ERMIDA URIARTE, Oscar; VILLAVICENCIO, Alfredo y CORTES, Juan, *Derecho Colectivo*, cit. por ACKERMAN, Mario (dir.), *Tratado de Derecho del Trabajo*, t. VII, p. 19.

² DE LA CUEVA, Mario, *El nuevo Derecho mexicano del Trabajo*, cit. por ACKERMAN (dir.), *Tratado de Derecho del Trabajo* cit., t. VII, p. 20.

³ IZQUIERDO, Roberto, *Relación de conflicto*, en RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge (dir.), *Curso de Derecho del Trabajo*, p. 582.

⁴ Centro Internacional de Formación de la OIT, 2013.

manera en que dicho poder es utilizado, ejemplificando que cuando el poder se ejerce unilateralmente y no se comparte de alguna manera, pese a obtenerse un resultado inmediato, el conflicto se manifestará tarde o temprano.

En cuanto a los valores, cuando los de los empleados y los empleadores son ideológicamente opuestos la intensidad del conflicto dependerá del poder de cada parte para imponer su ideología. En cambio, cuando los valores de los empleados y los empleadores son similares, como, por ejemplo, cuando ambos creen en la operación de las fuerzas del mercado pero atenuadas por intervenciones equilibradas para garantizar normas mínimas aceptables, aún habrá conflicto pero estará más ligado a las normas que impulsado por ideologías.

Por último, las interacciones entre empleados y empleadores ocurren en un entorno compuesto por diversos factores (el entorno político, el entorno económico, el entorno legal, el entorno tecnológico, en entorno social y cultural) que juegan un papel clave en la determinación del resultado de las mismas.

El Instituto promueve la interacción entre empleados y empleadores, pero también el gobierno, asumiendo aquella distintas intensidades y calidades, lo cual dependerá de la disposición de las partes y de la capacidad para hacerlo. Esta capacidad es la de las partes para comunicarse eficazmente, lo que no sólo incluye la capacidad de hablar, sino también la capacidad de escuchar, de preparar un plan y una estrategia de negociación, de analizar y evaluar la información, de formular argumentos y contraargumentos sólidos y la capacidad de asegurarse de que las palabras empleadas para dejar constancia de los acuerdos reflejen las verdaderas intenciones de las partes. La disposición para interactuar hace referencia a la medida en la que las partes se muestren serias acerca de compartir el poder y se comprometan a llegar a un resultado mutuamente aceptable.

Evidentemente para estos fines se requiere un nivel de madurez y compromiso con los intereses que cada uno de los contendientes atiende, que no siempre están presentes en la realidad laboral y política en que se desarrolla el conflicto.

2. *¿Quiénes son los sujetos que participan en la relación de conflicto?*

Alude Rimoldi que en el ámbito de las relaciones laborales se desarrolla el juego de tres poderes: el poder jurídico y financiero (accionistas-empleadores y sus asociaciones); el poder de la competencia técnica (tecnestructura, dirección o gerencia), y el poder del trabajo (trabajadores y sindicatos), todos ellos interrelacionados directamente y a través de sus respectivas representaciones. En estas relaciones subyace expectante la posibilidad de situaciones conflictivas, de diversa naturaleza, magnitud y efectos, las que se manifiestan en determinadas circunstancias cuando se rompe el equilibrio que los tres grupos involucrados admiten para su gestión, funcionamiento y propios objetivos. Por ende han de ser, a su criterio, los mismos los que participan en la relación de conflicto, siempre necesariamente sometidos a los fines de la empresa en cuanto unidad y/o de la rama de actividad a la cual pertenecen, puesto que dependen todos de la supervivencia y del crecimiento económico de aquéllas, lo que habla de una suerte de solidaridad entre los mismos⁵.

En principio, como todas las de su clase, esas relaciones requieren la participación de sujetos colectivos. A este respecto es importante lo que se mencionaba anteriormente, por cuanto si esa relación se superpone con una relación de negociación sólo han de serlo los sujetos negociales. Ahora, si la misma involucra un grupo de trabajadores con un empleador, deberá evaluarse el interés en juego. Sólo podrá hablarse de conflicto colectivo en función del interés en juego. Por lo que vuelve el viejo tema de los conflictos pluriindividuales a terciar en la cuestión, con la consecuente derivación en cuanto a las formas heterónomas de solución⁶.

⁵ RIMOLDI, Alberto L., *Métodos alternativos de solución de conflictos en la negociación colectiva*, en D. T. 2005 (noviembre), p. 1557.

⁶ Lo que diferencia un conflicto "colectivo" de uno "pluriindividual" es el interés que se halla comprometido. Puede sólo calificarse de "colectivo" a aquel conflicto en el que el interés que se encuentra en juego afecta a los trabajadores de la actividad como gremio. La trascendencia jurídica de la calificación de un conflicto es que ella tiene por objeto determinar cuál es el Derecho aplicable y el órgano y procedimiento que legalmente debe utilizarse para su encauzamiento y solución (CNAT, sala VII,

Álvarez alude al Derecho Procesal de los conflictos colectivos del trabajo y consecuentemente concluye que la relación procesal se establece entre “partes”, preguntándose quiénes lo son en los conflictos en análisis, concluyendo que el tema se vincula con la titularidad del Derecho de acometer medidas de acción directa, y a su entender debe vincularse con la naturaleza de la controversia, por lo que serán las organizaciones sindicales las que suscriban convenios colectivos o que se encuentran capacitadas para concertarlos. Aunque, luego, no descarta que podrán serlo también los grupos de trabajadores enmarcados en el concepto amplio del término “gremio”, que operan por fuera de la estructura sindical e independientemente de la idea que se tenga acerca de la titularidad del derecho de huelga⁷. No concuerdo con la idea por entender que el conflicto es anterior a la medida de acción directa, ya que ésta es una consecuencia de aquél y no al revés: se trata de la forma en que se exterioriza el mismo.

En todos los casos inevitablemente la parte obrera debe ser un sujeto colectivo, lo cual lleva a plantear quién ha de ser el mismo: la asociación sindical con personería gremial, la simplemente inscripta o un colectivo de trabajadores sin forma jurídica que los contenga. La respuesta varía en el análisis doctrinario, pero la Corte Suprema, en el caso “Orellano”⁸, ha fijado posición respecto a la titularidad del derecho de huelga, pero omitiendo un análisis profundo del conflicto colectivo, lo que la podría haber llevado a una solución distinta de la que recibió el trabajador involucrado en el pleito.

Uno de los principios que sostienen al Derecho del Trabajo es el de la primacía de la realidad, a tal punto que el artículo 39, inciso 3º, de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires expresamente así

20-7-2006, “Randazzo, Juan y otros c/La Internacional Empresa de Transporte de Pasajeros SA s/Despido”, expte. 17.123/02, sent. 39.430).

⁷ ÁLVAREZ, Eduardo, *Conflicto colectivo y derecho de huelga*, en *Derecho Colectivo del Trabajo*, La Ley, Buenos Aires, 1998, p. 583.

⁸ “Lo que equivale a decir que para la CSJN las huelgas impulsadas por los otros sujetos colectivos no oficializados (asuman o no, por medio de la libre elección de los trabajadores, formas asociativas que no alcancen los estatutos de personería gremial ni de simple inscripción) quedan al margen de las garantías que tutelan el ejercicio del derecho fundamental de huelga” (CARO FIGUEROA, José A., *Huelga, titularidad del derecho de huelga y libertad sindical*, en D. T. 2016 [julio], p. 1516).

lo establece. El mismo ha tenido un desarrollo importante en el ámbito del Derecho individual del Trabajo, y nada impide que también lo tenga en el Derecho Colectivo. La realidad hoy nos muestra una creciente conflictividad laboral, en donde la participación de la estructura sindical ha sido superada, lo que no implica desconocer la existencia del conflicto en sí. Nos decía Pla Rodríguez que este principio significa que, en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos⁹, y ese concepto es válido no sólo para desnudar la existencia de un contrato de trabajo sino también para advertir la existencia de un conflicto colectivo pese a que la entidad jurídicamente habilitada no participa de él. De lo contrario estaríamos definiendo al mismo a partir del sujeto y a su legalidad, y no desde los intereses en juego. Luego vendrá la cuestión de componer el mismo y volver las cosas a su quicio. Ni los sujetos ni la forma de exteriorización son los que definen al conflicto colectivo. Por lo tanto, que el Derecho positivo no contemple la forma de solucionarlo cuando no aparecen sujetos legalizados no puede implicar su negación, o lo que es peor: consecuencias disvaliosas para los trabajadores involucrados. Cuestión ésta que nos permite advertir que la realidad conflictual muestra una doble faz: la del conflicto en sí y la del ámbito de solución del mismo, lo que entiendo debe tener una armónica correlación, no imponiéndose una sobre la otra. Si la ruptura de la relación previa se impusiera sin importar la solución nos encarrilaríamos hacia un ámbito de caos y anarquía; la situación contraria generaría que sólo buscáramos encarrilar aquellas controversias entre sujetos legitimados, dejando al albur todas las demás con graves consecuencias no sólo para los involucrados (trabajadores y empleadores) sino también para la comunidad y la vida democrática.

No puede desconocerse que la representación sindical se encuentra en crisis no sólo en nuestro país, sino también a nivel global, lo cual no sólo conspira contra las estructuras sindicales conocidas, sino fundamentalmente en el ámbito de la empresa o establecimiento (localización en donde se generó el caso antes referido). Esa crisis lleva

⁹ PLA RODRÍGUEZ, Américo, *Los principios del Derecho del Trabajo*, 3ª ed. act., Depalma, Buenos Aires, 1998.

inexorablemente que al no encontrar las bases la legitimidad en las estructuras sindicales que debían contenerlos, los trabajadores conformen colectivos que entran en conflicto con el o los empleadores, importando poco y nada lo que a nivel general regule en su favor el convenio colectivo. En suma, el conflicto existe, quienes deberían representar a los trabajadores están ausentes por propia decisión o por ser desconocidos por sus bases, y al momento de exteriorizarse aquél quienes se encuentran involucrados no gozan de protección constitucional, a decir de la Corte Suprema.

De allí entonces que entiendo que la propia Corte ha contradicho su propia doctrina cuando hablaba en “Rossi” “de una proyección del principio protectorio del trabajo y del trabajador proclamado expresamente por el artículo 14 bis, hacia el universo de las relaciones colectivas laborales, en el cual, por ende, también impera la regla de que el que el trabajador es sujeto de preferente tutela constitucional (‘Vizzoti’, *Fallos*: 327:3677, 3689 y 3690 –2004–, y ‘Aquino’, *Fallos*: 327:3753, 3770, 3784 y 3797 –2004–). La protección, por añadidura, si bien debe ser realizada por el Estado, no defiende a los representantes gremiales sólo ante acciones u omisiones de aquél violatorias de la libertad sindical, sino también frente a las acciones u omisiones de análogo tenor pero provenientes de particulares o actores no estatales, como es el caso, verbigracia, de los empleadores privados”¹⁰.

Si bien se sostiene entre quienes aprueban el fallo “Orellano” que la Corte no se ha pronunciado acerca del derecho de huelga sino de su ejercicio, para lo cual se requiere primariamente el acto colectivo que lleva a la declaración de la misma por parte de la entidad sindical (con personería o simplemente inscripta), y luego el ejercicio individual del trabajador de adherirse o no a la misma¹¹, como se advirtió precedentemente, queda un importante colectivo de trabajadores sin ningún tipo de protección, lo que hace pensar que esa supuesta decisión acerca del ejercicio no es otra cosa que una limitación, vía pretoriana,

¹⁰ CSJN, 9-12-2009, “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa «Rossi, Adriana María c/Estado Nacional. Armada Argentina s/Sumarísimo»”.

¹¹ ETALA (h), Juan José, *El fallo “Orellano” y la titularidad del derecho de huelga*, en D. T. 2016 (julio), p. 1513.

del derecho de huelga, e indirectamente un olvido de la realidad y hasta una explicación del interrogante que se formula Etala en su comentario acerca de la no presencia de la CGT en la audiencia de *amicus curiae* que convocara la Corte antes de emitir su fallo, clara muestra del poco interés de la central sindical a que se avale el accionar de grupos inorgánicos. Lamentablemente, este “límite” vino a desconocer principios que habían sido avalados por la propia Corte en fallos anteriores (“Aquino”, *Fallos*: 327:3753; “Álvarez c/Cencosud SA”, *Fallos*: 333:2306), como el *pro persona* y el de *justicia social*, y olvidando fundamentalmente que el trabajador es “sujeto de preferente tutela constitucional” (“Vizzoti”, *Fallos*: 327:3677; “Aquino”, *Fallos*: 327:3753; “Pérez, Aníbal Raúl c/Disco SA”, *Fallos*: 332:2043; “Asociación de Trabajadores del Estado s/Acción de inconstitucionalidad”, *Fallos*: 336:672)¹².

Limitar la titularidad del ejercicio del derecho de huelga al sindicato con personería gremial y además, o como ahora agrega la Corte, a las asociaciones simplemente inscriptas contraría la conducta social al negar el conflicto que se produce en la realidad, aleja a las partes de una solución pacífica y aumenta las posibilidades de anarquía y desorden¹³.

Es muy limitada también la visión que se enfoca en la finalidad para determinar la titularidad del derecho de huelga, ya que no siempre la pretensión del grupo atiende a negociar un convenio colectivo o una negociación similar, lo que necesariamente requiere la presencia de la entidad sindical con personería gremial. La búsqueda de los trabajadores involucrados en la huelga es la defensa de un interés profesional, lo que podrá ser satisfecho en una negociación (no necesariamente destinada a concertar un convenio colectivo), en la que el sistema debe permitir la participación de los mismos, si lo que se quiere es que cesen los efectos no queridos del conflicto.

Ya decía Goldin hace más de veinte años: “Los tiempos han cam-

¹² GIALDINO, Rolando E., *La Corte Suprema y la titularidad del derecho de huelga. El caso “Orellano”: un regreso al siglo XIX*, en R. D. L. y S. S. 2016 (agosto-diciembre), ps. 1734-1744.

¹³ FERNÁNDEZ MADRID, Juan C., *Tratado práctico de Derecho del Trabajo*, 3ª ed., t. III, p. 568.

biado. De un lado, profundas transformaciones en el funcionamiento de las economías nacionales y del modo en que entre sí se influyen y vinculan, en los paradigmas ideológicos predominantes, en la base técnica de los procesos de producción, en las escalas de prestigios y en las relaciones de poder, conllevan una puesta en tela de juicio de los criterios tradicionales (normativos, administrativos, institucionales) de regulación de las relaciones del trabajo; esos mismos que, en la propia nomenclatura del pensamiento dominante, se perciben como interferencias que impiden el desempeño fluido de los mecanismos de equilibrio de los mercados, que ajustan unas veces en precios y otras en cantidades”¹⁴.

Podremos hablar de la negociación colectiva como una de las formas de prevención y de composición de los conflictos colectivos, en donde la propia dinámica de la misma arbitra distintos mecanismos, más o menos alejados de la voluntad de la partes contendientes, lo que llama Ackerman “conciliación asistida”. Esa negociación colectiva es la que puede servir para prevenir los conflictos, para arbitrar los mecanismos de solución de los mismos cuanto la prevención ha sido inocua, y hasta menguar los efectos dañosos de los instrumentos que las partes utilizan como exteriorización de aquéllos. Pero no es la única.

No caben dudas de que planteado el conflicto la forma de solucionarlo la pueden encontrar las propias partes en disputa a través de la autocomposición, pero en aquellos casos en donde por alguna razón una o las dos no lo hacen, es el Estado el que debe promover la misma a través de sistemas obligatorios de resolución.

En este aspecto, ninguna duda cabe de que la normativa vigente atiende a la conflictividad en tanto la parte obrera se encuentre representada por una entidad con personería gremial, pero sabido es que de acuerdo a la conflictividad colectiva actual un gran porcentaje de conflictos, como ya se dijo, reconocen como partícipes a entidades sindicales sin personería y en muchos casos a un colectivo de trabajadores, lo que de alguna manera impide arbitrar la aplicación del Derecho positivo vigente. Si bien no existen pronunciamientos judi-

¹⁴ GOLDIN, Adrián O., *Los conflictos laborales y sus formas judiciales y extra-judiciales de solución. Apuntes y reflexiones*, en D. T. 1998-A-1157.

ciales al respecto, quizás deba buscarse en la doctrina de la Corte Suprema cuál sería la interpretación que deba darse.

Ha dicho la CSJN que la representación de los intereses colectivos de los trabajadores es atributo tanto de las entidades con personería gremial como de las simplemente inscriptas (“ATE II”), y que la diferencia entre unas y otras a este respecto es que las primeras tienen atribución exclusiva en materia de negociación colectiva, representación ante los organismos internacionales del trabajo y consulta por parte del Estado (“ATE I”, “ATE II”, “Orellano”, entre otros).

Si entendemos a la negociación colectiva como la que se da entre un empleador o una organización de empleadores, por un lado, y una organización de trabajadores, por el otro, con finalidades tan diversas como establecer condiciones de trabajo y regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, evidentemente ello ha de ser competencia exclusiva de las entidades con personería gremial en función de la representación que ha sido investida al momento del otorgársele la misma. Ahora, si permitimos que el concepto sea lo suficientemente extenso como para abarcar la negociación amplia en donde esté en juego un interés colectivo, con exclusión de la conclusión de un convenio colectivo de trabajo, se podría pensar que esa negociación abarca también la competencia de las entidades simplemente inscriptas. Pero distinta es la situación de un colectivo de trabajadores a los que la ley vigente –y la doctrina de la Corte– no les reconoce ningún tipo de legitimación (ver “Orellano”).

Es atractivo desde el punto de vista ideológico plantear que nada mejor que los propios trabajadores sean los que busquen la solución de sus conflictos, pero no debe dejar de advertirse que todo Estado de Derecho requiere mínimamente de normas que regulen las representaciones, ya que de no ser así las organizaciones e instituciones no tendrían razón de ser y por ende el caos sobrevendría. Por lo tanto, los conflictos de representación que pueden plantearse en las organizaciones sindicales no pueden ser la piedra de toque para que todo valga y todo esté permitido al momento de disponer la elaboración del derecho en que culmina el proceso negocial colectivo.

La Recomendación N° 92 de la OIT del año 1951 es clara al propiciar la “conciliación voluntaria” “...con objeto de contribuir a la pre-

vención y solución de los conflictos de trabajo entre empleadores y trabajadores” (art. 1º), advirtiéndose que en ningún momento hace referencia a organizaciones de trabajadores o de empleadores, con lo cual no habría que limitar el procedimiento a los casos en donde por la parte obrera interviene necesariamente la entidad sindical. Si va de suyo que por la parte empleadora no se exige la presencia de una asociación representativa de la misma, no se advierte la razón por la que sí se pretende que lo sea por la contraria. En esa línea de pensamiento se generaría un desequilibrio negocial inadmisibles.

Estas dudas nacen como consecuencia de que nuestro sistema de relaciones colectivas está configurado a partir del modelo sindical vigente desde la década de los '40 del siglo pasado, por el que se le ha atribuido al sindicato único la totalidad de los derechos derivados de su condición. Ese modelo ha sido duramente cuestionado por nuestra Corte Suprema en los fallos que se dictaron a partir de “ATE I”, ya que del artículo 14 bis de la Constitución Nacional surgen: a) “el derecho de los trabajadores a asociarse en instituciones sindicales” (final del primer párrafo), y b) “los derechos y garantías reconocidos a tales asociaciones para la consecución de sus fines” (segundo párrafo)¹⁵. Por lo que, respecto al primero, la Constitución garantiza un sistema sindical libre, democrático y desburocratizado, de donde el modelo pergeñado a partir del decreto 23.852/45 y continuado en la actual ley 23.551 sería contrario a la Constitución Nacional. Y, en relación con los segundos, la norma constitucional atribuye a los sindicatos (cualquiera sea su carácter) el derecho a concertar convenios colectivos, recurrir a la conciliación y al arbitraje y declarar la huelga, atributos éstos que la Corte entiende que pueden ser regulados por la norma reglamentaria, a partir de lo cual considera que la negociación colectiva es atributo exclusivo de los sindicatos con personería gremial¹⁶, y que

¹⁵ Del voto del Dr. Rosatti, en el “Recurso de hecho deducido por el actor en la causa «Sindicato Policial Buenos Aires c/Ministerio de Trabajo s/Ley de asociaciones sindicales»”.

¹⁶ CSJN, 27-10-2015, “Sindicato de Obreros Marítimos Unidos c/Sindicato Marplatense de Pesca s/Cancelación de la personería gremial”, *Fallos*: 338:1171, en donde sostuvo que “no resulta censurable que la legislación nacional establezca una distinción entre las organizaciones sindicales reconocidas como más representativas y las demás,

la huelga es un derecho que asiste por igual a entidades sindicales con personería gremial y simplemente inscriptas, no a grupos de trabajadores inorgánicos o que actúen al margen de la organización (v. gr., “Orellano”). Restaría saber cuál es el pensamiento en relación con la conciliación y al arbitraje, cuestión ésta en la que se centra el presente análisis.

Apunta Álvarez que nuestro sindicalismo se formó en coherencia con el sistema de elaboración de bienes denominado “taylorista-for-dista”, basado en la existencia de empresas de entidad, con estructura vertical, integrada, que incluía, en un mismo ámbito, todo el ciclo productivo completo. Esta tipología de organización influyó, como infraestructura determinante, sobre todo el diseño de relaciones laborales, en su acepción más amplia, y originó, en nuestro país muy especialmente, un universo que se caracterizó, como bien lo apuntan Marta Novick y Ana Catalano (*Reconversión productiva. Cambio tecnológico y relaciones laborales*, en *Relaciones laborales*, Año I, N° 8, Interoceánicas, Buenos Aires, 1995, ps. 840 y ss.), por el fortalecimiento del sindicato de actividad y su poder institucional, así como por la intensa centralización negocial, con decisiones de cúpula. La empresa, en líneas generales, como una unidad lucrativa de ritmos estandarizados, en los cuales se identifican claramente el producto y en la cual la externalización es excepcional y se ciñe a funciones periféricas¹⁷. Este sistema es el que ha llevado a que la representación colectiva se encuentre unificada e impida que grupos o sectores no orgánicos se encuentren impedidos de participar en la negociación, pese a que son artífices primarios en el conflicto y esencialmente en su externalización, lo que habla entonces de que el sistema está en una crisis profunda que amerita la búsqueda de soluciones a fin de conciliar las controversias más allá de posiciones estáticas que de últimas, si bien aparecen como cuestionantes del “modelo sindical”, no profundizan ni en la problemática ni en su resolución.

siempre y cuando la distinción no tenga como consecuencia conceder a las organizaciones más representativas privilegios que excedan de una prioridad para la representación en las negociaciones colectivas, para la consulta con las autoridades y para la designación de delegados ante los organismos internacionales”.

¹⁷ ÁLVAREZ, Eduardo, *Examen del modelo sindical*, en D. T. 2014 (diciembre), p. 3263.

La doctora Gelli, en el análisis que realiza del caso “Orellano”, sostiene que se ha pretendido considerar legitimados activos para ejercer el derecho de huelga también a los “sujetos colectivos” no formalizados en asociaciones específicas, en el entendimiento de que los trabajadores de una misma actividad u oficio, unidos por una causa, constituyen un gremio aunque no hayan conformado, de alguna manera formal, esa agrupación. Estos grupos de trabajadores por afinidad, no sindicalizados, suelen –y pueden– realizar peticiones plurales en nombre de todos los que las formulan, pero no están facultados para representar los intereses colectivos que afecten a toda la categoría laboral¹⁸. Mirada ésta que se abstrae del concepto de interés colectivo centrándose en la categoría, sin advertir que ésta está definida por aquél.

3. *El interés colectivo sustrato del conflicto*

Sostiene Ackerman que el interés colectivo profesional es un presupuesto de hecho que condiciona la configuración de relaciones colectivas de trabajo y que, de manifestarse, reclamará y legitimará la participación de los sujetos colectivos que lo representen y el desarrollo de las acciones colectivas adecuadas¹⁹. Ahora bien, la relación de conflicto supone, como antes decía, la existencia de una relación jurídica previa: individual o colectiva, como también la existencia de intereses contrapuestos que no han podido encauzarse, lo que deriva en una seria afectación de esa relación, y en algunos casos, e inevitablemente –con mayor o menor intensidad–, con afectación a terceros ajenos a la misma. El conflicto no sólo ha de involucrar a un colectivo de trabajadores sino también a un interés de la misma naturaleza.

Es ese interés el que nos permite diferenciar la naturaleza individual o colectiva de un conflicto, obviamente analizado el mismo desde el punto de vista del trabajador, por cuanto la presencia de un solo empleador no es la que define, sino la de la parte obrera, siendo indiferente la mayor o menor cantidad de trabajadores en este sujeto de la relación. La dimensión cuantitativa es sólo un dato, que si bien es importante no es determinante. Basta para ello analizar los supuestos de concul-

¹⁸ GELLI, María Angélica, *La huelga y el derecho a la huelga (a propósito del caso “Orellano”)*, en L. L. 2016 (julio), p. 31.

¹⁹ ACKERMAN (dir.), *Tratado de Derecho del Trabajo* cit., t. VII, p. 36.

cación de la libertad sindical individual como detonante de un conflicto en donde no se puede negar la naturaleza colectiva del mismo.

En suma, la relación de conflicto supone la presencia de una relación previa y un interés colectivo afectado, cosa que no sucede en los casos de *huelga de solidaridad*, ya que la relación previa en que se asienta el conflicto no se encuentra conformada²⁰.

4. *Tipos de conflicto*

En la tipología de los conflictos colectivos de trabajo se advierte la diferenciación en su objeto entre los de derecho y los de interés. Si bien el motivo de este trabajo no es conceptualizar y delimitar a aquéllos, no puede soslayarse que no es idéntica la forma de solucionarlos por cuanto en los primeros es la vía heterónoma judicial la que tiene esa finalidad, mientras que en los de interés se privilegia la vía autónoma aunque sin descartar la heterónoma administrativa. Es evidente que detrás de todo conflicto, sea de la naturaleza que sea, está el componente económico o de interés, pero también es cierto, tal como lo puntualiza Goldin en el trabajo antes citado, que el conflicto de derecho reconoce un encuadramiento jurídico previo que deberá ser consolidado a través de la solución del tercero; mientras que en los de interés tal encuadramiento previo es inexistente y lo que buscan las partes enfrentadas es definir la carencia de normatividad y la creación de un encuadre jurídico que regule la relación colectiva previa al conflicto. Pese a tal diferenciación, es dable observar que en el producto de la negociación colectiva, sistema de autocomposición por excelencia: el convenio colectivo, muchas son las partes que resuelven diferir en la autocomposición la solución de los conflictos de derecho²¹.

²⁰ La huelga por solidaridad no se encuentra incluida entre las garantías expresadas en el art. 14 bis de la CN, aun cuando haya sido declarada por el despido de un delegado gremial (conf. CNAT, sala V, 25-6-90, “Fernández c/Proveeduría del Banco Prov. de Bs. As.”, sent. 66.896). Con mayor razón debe formularse su descalificación cuando su objeto es la reincorporación de un trabajador de escasa antigüedad que habría sido despedido sin causa, pues en tales circunstancias no hay posibilidad alguna de considerar que la medida responde a un interés colectivo o gremial (CNAT, sala II, 19-6-91, “Cantero, Marta c/Romo, Armando s/Despido”, sent. 68.411).

²¹ “...podría identificarse cierta tendencia de los sujetos (empresarios y sindicatos) en pos de procurar resolver sus diferencias sin la omnipresencia estatal, confirmando

Krotoschin, al diferenciarlos, apunta al órgano encargado de dilucidar estos conflictos, ya que mientras en los de “derecho” la función del órgano destinado a dilucidarlo es la de “decir el derecho” conforme a lo que éste ordene para el caso concreto, en los de “interés”, sea a través de la conciliación o el arbitraje, el procedimiento tiende a arreglar el conflicto, cuya solución no es posible mediante la aplicación de una norma jurídica determinada sino equilibrando las posiciones de las partes involucradas en el mismo²².

Por su parte, Pasco Cosmópolis reserva la expresión “conflicto colectivo” únicamente a aquel que plantea la revisión del derecho, la sustitución de la norma vigente, la modificación del statu quo, vale decir al que tradicionalmente se conoce como de intereses o económico²³.

II. El dilema

1. *El planteo*

El Instituto Internacional para la Formación reconoce que las interacciones empleado-empendedor en una economía de mercado apuntan a la inevitabilidad del conflicto, ello a partir de que en las mismas los intereses de unos y otros son distintos, lo que no debe llevar inevitablemente a la disputa constante. Esa diferencia en el interés es lo que debe llevar a la necesidad de debatir y negociar, por lo que es el mismo el que debe servir de impulsor de un compromiso y de un acuerdo. De allí que el Instituto propicie a que los conflictos se prevengan y resuelvan a partir del accionar de las partes mismas, sin intervención de terceros. Y en ese accionar también se pueden utilizar

lo señalado al comienzo respecto de la funcionalidad del pluralismo jurídico y el sistema democrático y comprendiendo que en las instancias colectivas de negociación el rol secundario del Estado debería ser, sobre todo, una aspiración de los propios actores sociales” (MUGNOLO, Juan P., *La autonomía colectiva: negociación y regulación del conflicto colectivo de trabajo*, en R. D. L. y S. S. 2008-11-998).

²² KROTOSCHIN, Ernesto, *Tratado práctico de Derecho del Trabajo*, t. II, p. 1005.

²³ PASCO COSMÓPOLIS, Mario, *Solución de los conflictos colectivos de trabajo: la conciliación y el arbitraje*, en *Derecho PUCP* [S. l.], 1983, n. 37, ps. 103-159; disponible en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/5874/5871>, fecha de acceso: 28-2-2019.

los servicios prestados por organismos respaldados u operados por el Estado o por empresas del sector privado.

Un sistema eficaz de gestión de conflictos tiene por objetivo, en primer lugar, la prevención y, en segundo lugar, la resolución disciplinada y pacífica de todo conflicto que surja a pesar de las acciones de prevención adoptadas, principalmente por medio de acciones de las mismas partes en conflicto.

La esencia de un sistema eficaz son los enfoques basados en el consenso por medio de la negociación colectiva. El papel que cumple el gobierno en dicho sistema consiste en: a) alentar la negociación colectiva al proporcionar un marco legal propicio; b) proporcionar mecanismos de conciliación/mediación voluntaria y de arbitraje que sean gratuitos y rápidos, y c) disuadir las acciones de conflicto colectivo mientras se encuentren abiertos procesos de conciliación/mediación y arbitraje²⁴.

Por ello, los sistemas de solución de conflictos fluctuarán entre los procedimientos de raíz autónoma y los de raíz heterónoma.

No comparto la idea de que haya dos “formas” de solución de los conflictos: la pacífica y la de autodefensa, entendiendo esta última como la que se plantea a través de la huelga, el *lock-out* o cualquier otra medida de acción directa, ya que la misma confunde, a mi entender, el método de solución con la forma en que se exterioriza el conflicto.

Las medidas de acción directa son las formas en que las partes en conflicto hacen trascender el mismo con el fin de torcer la voluntad de la contraria, sin perjuicio de los daños que produzcan a terceros. Las mismas son la evidencia palpable del conflicto, por lo que nunca podrán ser su solución. Ésta descansa siempre en la voluntad de las partes, la que podrá ser alentada por el propio comportamiento de los contendientes o a través de un tercero que se involucra a fin de arribar a un entendimiento que en mayor o menor medida satisfaga los intereses en juego. Razonamiento éste que descarta entonces la existencia de mecanismos de “autodefensa” como forma de solución.

Planteada así la cuestión, ante el conflicto, y siendo el mismo de

²⁴ Centro Internacional para la Formación de la OIT, *Sistemas de resolución de conflictos laborales* cit., p. 17.

interés, no existe otra manera de solucionarlo que no sea con la participación de las propias partes enfrentadas, sea sin nadie más en la mesa de negociación o con la participación de un tercero en distintos grados de injerencia, que va desde el simple acercador hasta a aquel a quien se le difiere la solución del conflicto.

Alfie concluye que, respecto al encauzamiento del conflicto, existen dos modelos posibles: 1) el modelo reglamentarista o intervencionista, en el que las normas estatales regulan minuciosamente los trámites previos al estallido del conflicto, y sus modos de solución, y 2) el modelo abstencionista, que reduce la normativa estatal al mínimo, dando absoluta libertad a las partes para una conducta libre y espontánea. Claro está que no todos los Estados que siguen el modelo reglamentarista lo hacen con la misma rigidez o profundidad, pues hay diversas variedades, que van desde una fórmula amplia y laxa hasta otra estricta, rigurosa, detallista, minuciosa y hermética; entre ambas, una gran variedad de regulaciones intermedias. Muchas veces, en el rigor y la minuciosidad de la reglamentación naufraga o se cercena el derecho de huelga, que en varios países se proclama como derecho constitucional²⁵.

Goldin advertía la estrecha relación entre los sistemas de solución de conflictos y el sistema de fuentes, apuntando a que la mayor rigidez o flexibilidad de un ordenamiento jurídico tiene su correlato en aquéllos. Desde esa perspectiva, las demandas (empresarias) de flexibilidad apuntan básicamente a una redistribución de los contenidos normativos entre esas fuentes (quitar de la ley para atribuir a la autonomía colectiva; en vertiente más extrema, quitar de la ley y de la autonomía colectiva para habilitar a la autonomía individual), y a una modificación del orden de prelación y de los poderes de abrogación entre esas fuentes, de modo que los niveles de autonomía prevalezcan sobre los de heteronomía y, entre aquéllos, los de la autonomía del nivel menor (individual, plural o pluriindividual) prevalezcan a su vez por sobre los del nivel mayor (la autonomía colectiva)²⁶.

²⁵ ALFIE, Ana Clara, *Conflicto y derecho de huelga: reflexiones a partir del caso argentino*, en *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, N° 15, julio-diciembre de 2012, ps. 3-33.

²⁶ GOLDIN, ob. cit.

De allí el dilema, por lo que es de entender que la mayor protección a la libertad sindical, entendida ésta como un atributo de la persona, trabajador o empleador, a partir de la cual puede subjetiva o colectivamente ejercer todas las acciones y actividades destinadas a defender sus intereses profesionales, y a la autonomía colectiva se ha de lograr permitiendo el más amplio abanico de sistemas de solución de conflictos. La plena libertad es entonces la que permitiría la más plena satisfacción de intereses.

Siguiendo a Goldin en el citado trabajo, el mismo advierte que los sistemas de solución de conflicto están directamente vinculados con los de negociación colectiva, y allí diferencia el modelo anglosajón y el modelo continental. En el primero no hay una separación entre el momento de creación y de administración del convenio colectivo, con lo cual se da el replanteo permanente del mismo, lo que lleva el ejercicio pleno de la autonomía colectiva, siendo en su marco en el que se solucionan los conflictos. En cambio, en el modelo continental de negociación es tajante la separación en las secuencias creación, ejecución y renovación del convenio, lo que lleva inevitablemente a que todos ellos deban requerirse de asistencia externa, y planteado un conflicto a su criterio la intervención asignada a terceros sujetos se exagera; más si ese tercero es un sujeto estatal; más aún si es un sujeto no probadamente independiente; más todavía si la recurrencia a esa instancia es obligatoria, antes que voluntaria; más, incluso, si la elaboración del producto de esa intervención no depende de la común voluntad de las partes.

Rimoldi entiende que existen siete medios de solución de conflictos: 1) la negociación o arreglo directo entre las partes (que sería la única forma de autocomposición); 2) la mediación; 3) la conciliación; 4) el arbitraje; 5) la solución judicial; 6) la investigación y encuesta, y 7) la acción legislativa²⁷.

2. *La negociación colectiva*

Es la máxima expresión de autocomposición, aunque la misma no

²⁷ RIMOLDI, ob. cit.

siempre asume ese rol, de lo contrario implicaría reconocerle una suerte de dependencia del conflicto, cuando son muchos los casos en donde éste se desencadena en el marco de un proceso negocial, lo que habla de una autonomía dentro del Derecho Colectivo, aunque sin olvidar la interdependencia entre los tres ejes en que se sustenta el mismo.

En el marco de la autocomposición debe incluirse sin dudas la conciliación voluntaria, sea que la misma se defina estando en ciernes el conflicto o surja de un convenio colectivo previo que así la disponga. Mientras que procedimientos como la conciliación obligatoria, la mediación, el arbitraje –voluntario u obligatorio– y la instancia judicial asumen el carácter de heterocomposición²⁸.

En el proceso de solución de conflictos colectivos existe desde siempre una reticencia en las partes involucradas en diferir la misma en un tercero por entenderse que de esa manera se está abdicando en parte de su autonomía colectiva y fundamentalmente en el derecho de huelga. De allí entonces que sistemas como el arbitraje carezcan de la necesaria confianza en los contendores, a lo que se suma una natural –y cultural– desconfianza en el tercero encargado de arbitrar²⁹. Situación ésta que a veces conduce en diferir en la justicia la solución, pese a que el conflicto descansa en temas de interés y no de derecho. De allí entonces que han de ser los procedimientos que actúen –o

²⁸ Ackerman considera que las formas de solución pasan por la autocomposición o la heterocomposición, entre las que ubica al arbitraje, la intervención judicial o legislativa, situando a la conciliación y a la mediación como soluciones intermedias (ACKERMAN, Mario, *Autocomposición de los conflictos colectivos de trabajo*, en D. T. 1988-B-1229).

²⁹ El arbitraje en general ha sido más resistido por las causas que ya hemos señalado (afectación de la autonomía colectiva y del derecho de huelga), pero también por la falta de una “cultura de neutralidad”, al decir de Rey Guanter, y la dificultad para encontrar terceros imparciales, ya sea que se trate de órganos arbitrales plurales (normalmente tripartitos) o unipersonales, incluyendo la selección de un tercero no vinculado a las partes. También se ha observado una carencia de regulación en la vía arbitral en sus dos modalidades básicas: voluntario u obligatorio. Se reserva el primero para el ámbito de la negociación colectiva (apoyo a la propia negociación, aplicación e interpretación del convenio colectivo) y el segundo para situaciones extraordinarias, comúnmente vinculadas a intereses públicos (RIMOLDI, ob. cit.).

sobreactúen– la autonomía colectiva como los mejores perfilados en el sentido pretendido. Esto no sólo cuando el conflicto ya se encuentre en etapa de exteriorización, sino también como forma preventiva de evitarlo. Por ello, un proceso negocial anterior puede (y debería) servir como medio instrumentador de prevención de futuros conflictos a través de cláusulas obligacionales para quienes conformaron la unidad negociadora del convenio colectivo, en las que se disponga una conciliación en el marco de incumbencia de la Comisión Paritaria que cree el convenio (conciliación) o disponiendo desde ya la designación de un mediador en quien diferir el acercamiento de las partes frente a conflictos de intereses, o de un árbitro cuando la contienda asuma características jurídicas.

En nuestro Derecho positivo tal alternativa la prevé la propia ley 14.250 al regular el funcionamiento de las comisiones paritarias, aunque con un previo acuerdo al efecto (art. 14).

Ahora bien, la función preventiva requiere necesariamente de la incidencia decisiva no sólo de las partes sino también del Estado. Los primeros no sólo evitando los resquemores propios de los intereses que cada uno defiende, sino también una auténtica voluntad conciliadora, apartada de los tintes políticos que el conflicto puede tener en mayor o menor medida y más allá de los reales intereses en conflicto. El Estado, como ferviente promotor, sea desde la parte legislativa como de la ejecutiva, de la prevención, destañada también de los tintes políticos que un conflicto puede tener en su favor.

El Convenio N° 154 de la OIT del 11 de agosto de 1983 promueve que los países adopten “...medidas adecuadas a las condiciones nacionales para fomentar la negociación colectiva...”, las que deberán tener por objeto que “los órganos y procedimientos de solución de los conflictos laborales estén concebidos de tal manera que contribuyan a fomentar la negociación colectiva” (art. 5.e). Y a su vez advierte que este Convenio no implicará desconocer los sistemas nacionales en donde la conciliación y el arbitraje voluntario deriven en procesos de negociación colectiva (art. 6°), con lo que se advierte que para la OIT la negociación colectiva es uno de los procedimientos de solución de conflictos, a la que alienta decididamente.

3. *La conciliación*

a) *Características*

Es una práctica que consiste en utilizar los servicios de un tercero neutral para que ayude a las partes a allanar sus diferencias y llegar así a una transacción amistosa o a una solución adoptada de común acuerdo.

La diferencia con la *mediación* –con la que tiende a confundirse tanto en la práctica como en la doctrina– estriba en la mayor participación que se reconoce en ésta al tercero, que no se limita a ayudar a las partes en la superación de los puntos de desacuerdo, sino que llega a efectuar propuestas concretas –que pueden ser o no aceptadas– para alcanzar una solución pactada.

Como bien se ha señalado, la mediación, según los casos, puede aparecer otrora como una forma intensa de conciliación y otrora como una forma suave de arbitraje. Y un tercer mecanismo de estas modalidades, que no se ha desarrollado aún en América Latina, pero al que suele recurrirse en los países anglosajones para conflictos “de gran importancia”, es la “*investigación de los hechos*” o “*encuesta*”, y que consiste en atribuir a un tercero la facultad de indagar las causas del conflicto para luego informarla a las partes y al público.

De alguna manera se pone en cabeza de las contendientes la solución del conflicto, aunque, huelga decirlo, a veces el Estado se entromete en la cuestión haciendo imperativa la conciliación y sancionando a las partes colectivas y a los integrantes individuales de cada una de ellas por el incumplimiento.

Planteada así la cuestión, es evidente que juega un rol más que importante el organismo encargado de gestionar la resolución del conflicto. A ese respecto, la OIT entiende que a nivel global aparecen tres grandes sistemas: a) Ministerios o secretarías de trabajo, en donde el gobierno asume un rol importante, con mayor o menor intensidad según el sistema que se adopte (conciliación, mediación o arbitrajes) y como parte de un servicio público. Ello acontece en países africanos, asiáticos, europeos, árabes y americanos; b) organismos legales independientes, en donde pese a ser el Estado quien los financie los mismos actúan con un alto grado de autonomía e independencia y han sido

creados por ley. Ejemplo de ello son Estados Unidos, Inglaterra, Sudáfrica, Ghana, Tanzania; c) acuerdos compartidos, ya sea por tratarse de una combinación de los dos sistemas anteriores (Camboya) o por quedar la prevención o resolución en manos de las partes involucradas (España y Bélgica)³⁰.

b) *Concepto*

Para la OIT la conciliación es “una práctica consistente en utilizar los servicios de una tercera parte neutral para que ayude a las partes en un conflicto a allanar sus diferencias y llegar a una transacción amistosa o a una solución adoptada de común acuerdo”. Y en donde la función del conciliador consiste siempre en encaminar a las partes hacia un acuerdo o solución mutuamente aceptables. Para lograrlo, sólo cuenta verdaderamente con sus propias facultades de razonamiento y persuasión³¹.

Es en la conciliación en donde se advierte la clara diferencia entre los conflictos de derecho, sean individuales o colectivos, y los económicos. En los primeros existe un marco jurídico infranqueable para las partes que no puede ser trascendido por el proceso conciliador, pese a la intención que puedan tener las partes enfrentadas en llegar a una solución. La cuestión se relaciona con la irrenunciabilidad de derechos que si bien no tiene jerarquía constitucional en el orden nacional sí la tiene en provincias como la de Buenos Aires (art. 39.3), pero se constituye en principio estructural del Derecho del Trabajo a partir de su incorporación en el artículo 12 de la LCT (con la modificación de la ley 26.574). Es más, la propia Ley de Contrato de Trabajo requiere en los acuerdos conciliatorios una activa participación del juez o de la autoridad administrativa a fin de evitar la renuncia a derechos y una justa composición (art. 15). Consecuentemente, en este tipo de conflictos la conciliación se encuentra signada no por las pretensiones de las partes exclusivamente sino por el marco legal y la participación de quien se encuentra autorizado legalmente para verificar la no conculcación de derechos irrenunciables.

³⁰ Centro Internacional para la Formación de la OIT, ob. cit., ps. 28/29.

³¹ Oficina Internacional del Trabajo, *La conciliación en los conflictos de trabajo*, Ginebra, 1974, p. 4.

En cambio, en los conflictos económicos no hay ese límite y las partes pueden pedir y ceder lo que desean, ya que de últimas lo que se busca es la creación del Derecho que regulará a futuro la relación colectiva. Cuando una de las partes retira parte del requerimiento o la otra otorga sólo parte de lo que se pide, de ninguna manera se está abdicando de derechos como en el caso anterior, sino de peticiones. Ahora bien, de últimas existe un marco, que son los derechos fundamentales que no pueden ser desconocidos, lo que lleva a que la conciliación en este tipo de conflictos vaya más allá de la norma, mientras que en los de derechos es dentro de ésta que se debe negociar.

c) *Conciliación voluntaria*

El término voluntariedad, a decir de la OIT, significa que las partes en conflicto tienen libertad para decidir si desean o no recurrir a procesos de conciliación y arbitraje y que no se les exige por ley el uso de servicios de conciliación y arbitraje financiados por el Estado, lo que no se opone a la facultad de escoger a un tercero privado como conciliador o árbitro, y también los casos en los que las propias partes acuerdan de forma voluntaria someterse a conciliación/mediación o arbitraje obligatorios como parte del proceso de negociación³².

La OIT propicia a través de distintas normas este tipo de conciliación, en la que las partes, sin ningún tipo de injerencia, buscan superar el conflicto. La primera de ellas es sin dudas la Recomendación N° 92 del 29 de junio de 1951, a fin de "...contribuir a la prevención y solución de los conflictos de trabajo entre empleadores y trabajadores" (art. 1°), con participación paritaria de trabajadores y empleadores (art. 2°), y ya sea "...a iniciativa de una de las partes en conflicto, o de oficio por organismos de conciliación voluntaria" (art. 3.2).

Por su parte, la Recomendación N° 163 del 19 de junio de 1981 propicia que "...los procedimientos de solución de los conflictos del trabajo ayuden a las partes a encontrar por sí mismas una solución al conflicto que las oponga, independientemente de que se trate de conflictos sobrevenidos durante la conclusión de los acuerdos, de conflictos respecto a la interpretación o de la aplicación de los acuerdos, o de

³² Centro Internacional para la Formación de la OIT, ob. cit., p. 32.

los conflictos a que se refiere la Recomendación sobre el examen de las reclamaciones, 1967". Lo importante es que los países miembros arbitren mecanismos de solución de conflictos, sin importar el origen de los mismos.

La Recomendación N° 130 del 29 de junio de 1967, referida a las reclamaciones de los trabajadores dentro de la empresa, si bien excluye aquellas que invisten carácter colectivo destinadas a cambiar condiciones de trabajo, prevé a la conciliación y al arbitraje como método alternativo de solución de las mismas (art. 17).

De allí podría concluirse que para la OIT hay una decidida corriente hacia la autocomposición de los conflictos, sea a través de la negociación colectiva (ver Convenio N° 154) o sea a través de la conciliación o el arbitraje, aunque siempre éstos con carácter voluntario, independientemente de que el Estado pueda intervenir de oficio a fin de encarrilar esa voluntariedad.

d) *Conciliación obligatoria*

Es una variante de la anterior, con una contradicción en la formulación del término, aunque debe entenderse que la obligatoriedad está en el procedimiento y no en el resultado.

Es el Estado el que interviene decididamente en procura de la resolución del conflicto, aunque evidentemente motivado más en evitar los daños de quienes no son parte del mismo (los usuarios generalmente) que en la satisfacción de los intereses en juego. El Estado entonces se erige como representante de la comunidad y obliga a los contendores a sentarse en la mesa negociadora para atenuar los perjuicios que trascienden la esfera de las partes en conflicto. Esta intervención estatal busca ofrecer a las partes un ámbito de negociación que hasta ese entonces no existió o se manifestó ineficaz.

El encauzamiento de los movimientos de fuerza y la tutela de los intereses generales que compromete constituyen función gubernamental, atinente incluso a la preservación del orden y la seguridad pública, específicamente propia de la administración³³.

³³ CSJN, 1962, "Ravaschino, Luis y otros c/SA Bco. de Avellaneda", *Fallos*: 254:62.

El sistema en sí no recepta grandes adhesiones por cuanto se entiende (no sin razón) que detrás del mismo se esconden razones políticas, que podrán ser encauzadas en sentidos disímiles según sean las motivaciones finales que persigan quienes detenten el poder político estatal³⁴.

Esta participación del Estado puede aparecer de distintas formas desde una manera amplia hasta otra estricta, rigurosa y reglamentarista, lo cual lleva a que se piense que de últimas se busca cercenar el derecho de huelga, que en algunos países adquiere jerarquía constitucional³⁵.

Nuestro país, a través de la legislación nacional o de las leyes provinciales, ha sido consecuente con la política posconciliación de la OIT. Así, la ley 14.786 plantea una política preventiva y resolutive de los conflictos colectivos de trabajo de interés, mandando a las partes enfrentadas, y ante el fracaso de la negociación entre las mismas, a informar antes de tomar medidas de acción directa, para que de esa manera se arbitre el procedimiento de conciliación obligatoria (art. 2º). En ese proceso, acotado en el tiempo, los contendores deberán concurrir ante la autoridad de aplicación (Ministerio, hoy Secretaría de Trabajo) a las audiencias que la misma fije a fin de avenir a las partes y hasta proponer fórmulas conciliatorias (art. 3º). La obligatoriedad del procedimiento está limitada a los plazos que la propia ley dispone para el mismo (15 días y 5 más en los que se podrá ampliar), pero luego de ello, y no solucionado el conflicto, el mismo vuelve al estado de cosas anterior al proceso.

La facultad del Estado de intervenir en los conflictos, más allá de la norma antes aludida, ha sido legitimada por la Corte Suprema de

³⁴ El mayor costo y, especialmente, el previsible menor grado de aceptación de la obligatoriedad de la instancia conciliatoria se compensa con su utilidad como mecanismo para “bajar la temperatura” del conflicto, abrir nuevas posibilidades de diálogo cuando se ha llegado a un punto muerto en la negociación o, aun, provocar un acercamiento o hasta un primer contacto entre la partes, que podrían no haber tenido oportunidad previa para ello –sea por inexperiencia, por falta de hábito negocial o por cualquier otra razón– (ACKERMAN, *Autocomposición de los conflictos colectivos de trabajo* cit.).

³⁵ ALFIE, *Conflicto y derecho de huelga: reflexiones a partir del caso argentino* cit.

Justicia en el caso “Font Jaime, Andrés y otros c/SRL Carnicerías Estancias Galli” (*Fallos*: 254:56) del año 1962, en donde se reconoce que la falta de reglamentación del derecho de huelga no inhibe a los gremios de ejercer el derecho de huelga, y correlativamente la misma posibilidad debe reconocerse a la potestad del Estado destinada a tutelar los intereses, públicos o privados, susceptibles de ser afectados por el uso abusivo o ilícito de aquel derecho³⁶.

Alguna observación merece este sistema en el ámbito público, máxime cuando es el propio Estado quien asume el rol de conciliador, ya que la característica de imparcialidad que debe revestir el mismo con relación a las partes en conflicto se ve empañada ante el rol del Estado de ser a su vez parte. No caben dudas de que la importancia de que la negociación colectiva alcance también al ámbito estatal ha zanjado parte del problema de confrontación, pero la contienda en muchos casos no es derivación ni preámbulo de la misma.

El artículo 39, inciso 4º, de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires garantiza a los trabajadores estatales el derecho de negociación de sus condiciones de trabajo y la substanciación de los conflictos colectivos entre el Estado provincial y aquéllos a través de un organismo imparcial que determine la ley, bajo pena de nulidad del acto que contradiga esta garantía. El mencionado organismo imparcial, pese a los años transcurridos desde su aprobación (1994), no ha sido instrumentado, lo que lleva a que sea el Ministerio de Trabajo provincial llamado a conciliar, lo que ha sido judicialmente avalado³⁷.

³⁶ En el mismo sentido se pronunció la CSJN, en el mismo año, en el caso “Unión Obrera Molinera Argentina c/Minetti José y Cía.” (*Fallos*: 254:65): “La inexistencia de ley que reglamente el derecho de huelga, en oportunidad de los hechos del caso, si bien no impide la licitud del recurso a los movimientos de fuerza, tampoco obsta a la facultad gubernamental de preservar el orden social y la paz pública, así como la tutela de todos los derechos consagrados con igual jerarquía en la Constitución Nacional”.

En igual sentido: “el procedimiento de conciliación obligatoria se instrumenta, desarrolla y se torna operativo en los conflictos laborales de intereses con el claro objetivo de propender a la paz social” (CNAT, sala I, 31-8-2018, “Federación Nacional de Trabajadores Camioneros y Obreros del Transporte Automotor de Cargas Logística y Servicios c/Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social s/Queja expte. administrat.”).

³⁷ “Hasta tanto se lleven a cabo los procedimientos técnicos, administrativos y

Un tema inquietante es sin dudas cuando es el propio Estado quien se niega a negociar en este marco, en punto a las consecuencias que la prolongación del conflicto genera en terceros. Al respecto, cabe recordar lo resuelto por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro en el caso “Frank, Silvia” (del 30-3-2009), en el que los padres de alumnos que asistían a establecimientos educativos públicos de la Provincia de Río Negro interpusieron una acción de amparo-*mandamus* a fin de que se solucione el conflicto docente que ocasionaba la falta de dictado de clases, ordenando al Estado reanudar las negociaciones y a los docentes levantar las medidas de fuerza. El fundamento descansaba en que se ha puesto en riesgo el cumplimiento del dictado obligatorio de clases a través de medidas de tiempo indeterminado y el interés superior del niño a recibir una educación en tiempo y contenidos adecuados prevalece por sobre los derechos de las partes en conflicto³⁸.

legislativos tendientes a la creación del ‘organismo imparcial’ al que hace alusión el artículo 39, inciso 4º, de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, corresponde convalidar las facultades del Ministerio de Trabajo provincial para encauzar los conflictos colectivos –aun los que afectan al colectivo laboral del sector público– en el procedimiento previsto en los artículos 19 a 35 de la ley 10.149, en la inteligencia de que dicho proceso no causa estado, ni obstaculiza de modo ostensible el derecho de huelga” (Trib.Trab. Nº 1 de La Plata, 6-6-2012, “Asociación Judicial Bonaerense s/Apelación de Resolución Administrativa”).

³⁸ La primacía ponderada del interés superior del niño, como causa de la medida procesal aplicada –“aun [según dice el magistrado] ante la ausencia de una adecuada fundamentación teórica y práctica de las medidas cautelares”– no desconoció la importancia ni desprotegió el derecho de huelga del sindicato y los derechos de los docentes en paro. El criterio de ponderación y el balance de los derechos en el análisis de razonabilidad efectuado por el juez se derramaron también sobre el conflicto sustantivo. Sobre el punto, aplicó principios generales del Derecho, tales como el bien común y la búsqueda de justicia en el caso concreto; descartó “toda forma de abuso del derecho”, se supone de quienes, por defender sus derechos, podrían anular los de los niños y adolescentes. Desde esta perspectiva, el magistrado ordenó al sindicato levantar las medidas de fuerza –*mientras dure la paritaria*– e iniciar el ciclo lectivo de inmediato. Pero, a fin de no anular el derecho de huelga ejercido para defender los reclamos salariales, ordenó a la Secretaría de Trabajo de la Provincia de Río Negro reanudar en el acto las negociaciones paritarias y al Estado provincial a no descontar a los docentes los días de huelga, “*hasta que la negociación y conciliación colectiva no se agoten* en la jurisdicción provincial o nacional si correspondiere”. Como puede advertirse, el magistrado confrontó el derecho de huelga con el principio de la buena

e) *Procedimiento preventivo de crisis*

Resulta difícil encuadrar en el marco de la conciliación obligatoria este procedimiento que ha regulado la ley 24.013 en sus artículos 98 a 105, por cuanto el mismo presenta características que hacen a varios institutos. Por un lado, si nos atenemos a la denominación no caben dudas de que la idea es prevenir el conflicto, aunque en el marco acotado de la empresa, que se puede desatar como consecuencia de medidas que la misma podría tomar para afectar los contratos de trabajo individuales, aunque al momento de concluir puede derivar en que un conflicto pluriindividual modifique el producto de la autonomía colectiva. Goldin lo conceptualiza como mecanismos de composición de conflictos plurales de alta repercusión social, y advierte que parece habilitarse –más o menos elípticamente, más o menos directamente– la posibilidad de que manifestaciones de la autonomía individual desplacen disposiciones contenidas en normas imperativas y de que acuerdos de naturaleza simplemente plural puedan prevalecer sobre las disposiciones de los convenios colectivos³⁹.

El antecedente inmediato fue el decreto 328/88, en el que se advierte un claro carácter individual del conflicto en ciernes, pese a que en los considerandos del mismo se puede leer que la intención de la norma es la de dotar a la autoridad de aplicación de facultades “...con la finalidad de prevenir los conflictos colectivos o, en todo caso, de co-

fe que manda no abusar del propio derecho y enderezó el ejercicio de aquella legítima facultad del gremio en la celebración de las paritarias, obligación ineludible del Estado, quien debe facilitarlas y concluir las con soluciones satisfactorias para los docentes en conflicto (GELLI, María Angélica, *El amparo educativo y el derecho de huelga*, en L. L. 2009-C-165).

En el caso concreto, el legítimo ejercicio del derecho de huelga por los docentes generaba una grave colisión con otros derechos constitucionales. El juez Soderó Nieves entendió que, puntualmente, lesionaba el interés superior del niño a recibir una educación en tiempo y contenidos adecuados, conforme lo establece la Convención sobre los Derechos del Niño en sus arts. 3º, 28, 29 y 30. Derecho que, en su criterio, prevalece sobre los restantes derechos involucrados en el conflicto. Ello es así debido a la jerarquía que reviste esa Convención conforme al art. 75, inc. 22, de la Ley Fundamental, y a “una inclinación de derecho natural de protección y prevalencia de los más débiles en el conflicto, que son los niños” (BADENI, Gregorio, *Los conflictos entre el derecho de huelga y el derecho de aprender*, en L. L. 2009-C-350).

³⁹ GOLDIN, ob. cit.

nocerlos desde el momento mismo que aquéllos se originan de tal manera que el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social pueda avocarse al tratamiento de los mismos”. No caben dudas entonces de que el legislador advirtió que la incidencia de una acción patronal en el contrato de trabajo puede ser la piedra de toque de un conflicto colectivo, el que se pretende evitar mediante un procedimiento en el que participará la asociación sindical junto con el empleador a fin de negociar sobre las suspensiones y despidos en ciernes. Quizás el paso intrascendente de este decreto haya sido la inexistencia del suficiente *imperium* destinado a sancionar a quienes desoyen la convocatoria ministerial, ya que se limita a una pena de tipo administrativo, lo que no podía ser de otra manera ya que sólo atiende a prevenir.

La ley 24.013 vino a prever expresamente la crisis empresaria generadora de despidos y suspensiones no sólo por fuerza mayor o falta o disminución de trabajo, sino también por cambios tecnológicos, y en el grado de afectación es con relación a porcentajes de trabajadores que van del 15 al 5 por ciento según el mayor o menor número de los mismos que posea la empresa. Pero aquí no sólo se busca prevenir sino también fomentar la negociación colectiva en una suerte de “negociación asistida” por la autoridad de aplicación como alude Gabet⁴⁰, o la forma de negociación colectiva más transitada a decir de Arese⁴¹. Ello por cuanto la procedimentalización que del conflicto establece la norma tiene como finalidad última la conformación de un nuevo convenio colectivo, de características muy particulares, ya que atiende a la superación de la crisis y se limita al ámbito de la empresa involucrada.

No obstante ello, entiendo que el proceso en cuestión reúne también características propias de la conciliación obligatoria instituida por la ley 14.786, ya que así se desprende del artículo 104 de la LNE: “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.

⁴⁰ GABET, Emiliano A., *Procedimiento preventivo de crisis y cuestiones complementarias en el Derecho del Trabajo*, en D. T. 2014 (noviembre), p. 3094.

⁴¹ ARESE, César, *Sobre el subsistema de negociación colectiva de crisis*, en *Revista de Derecho Laboral Actualidad*, N° extraordinario, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009.

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 14.786". Lo que conlleva a que juntamente con lo que dispone el artículo 98 respecto a que antes de los despidos y suspensiones por causas económicas o tecnológicas *deberá sustanciarse el procedimiento preventivo de crisis*, y no sólo comunicarse, como indicaba el decreto 328/88, no deja dudas acerca de una conciliación obligatoria, independientemente de que a resultas de la misma se genere un nuevo convenio colectivo.

Quizás inadvertidamente el legislador en una misma norma introdujo tres formas de solución de conflictos: la preventiva, la conciliadora y la negociación colectiva, lo que hoy, visto a la distancia del momento histórico en que se dictó (plena corriente flexibilizadora), entiendo que es un importante aporte, pese a que quedan fuera del mismo los despidos y suspensiones que involucren poca cantidad de trabajadores, lo que deberá transitarse a través del inocuo sistema del decreto 328/88.

4. *El arbitraje*

En este sistema, las partes en conflicto eligen de común acuerdo a un tercero, ajeno a las mismas, al que le presentan las causas de aquél y asumen el compromiso de aceptar el laudo que emita con la misma fuerza que si se tratara de un producto de la negociación colectiva. Ese tercero podrá ser una sola persona o un órgano arbitral en el que participen las partes con representantes y un tercero imparcial.

Si bien presenta características que lo acercan a un acto jurisdiccional, por la fuerza de la decisión que emana del procedimiento no lo es en sentido propio, por cuanto no está destinado a decir el Derecho sino a crearlo para las partes contendientes.

No caben dudas de que estamos frente a un método de heterocomposición de la contienda, quizás por ello no genera gran entusiasmo en su utilización. El mismo se desprende o independiza del acuerdo *inter partes* y la decisión es pronunciada con contenido obligatorio

por un tercero –sea éste una persona privada, un órgano convencional, un tribunal judicial o un funcionario administrativo o cualesquiera otras modalidades⁴²–.

La Recomendación N° 92 de la OIT (del 29-6-51), en su artículo 6º, sostiene al arbitraje voluntario como sistema de solución de conflictos colectivos: “Si un conflicto ha sido sometido al arbitraje, con el consentimiento de todas las partes interesadas, para su solución final, debería estimularse a las partes para que se abstengan de recurrir a huelgas y a *lockouts* mientras dure el procedimiento de arbitraje y para que acepten el laudo arbitral”.

No obstante la propia Recomendación se preocupa en aclarar que las disposiciones de la misma para solucionar conflictos *no podrán interpretarse en modo alguno en menoscabo del derecho de huelga*, ello porque los participantes recelan del arbitraje, especialmente cuando el mismo aparece como obligatorio, ya que se entiende que conspira con la libre negociación colectiva (autonomía colectiva) y el derecho de huelga. A lo que se agrega, según reflexiona Rimoldi, en la poca probabilidad de encontrar terceros imparciales, sea en los órganos plurales como unilaterales, y la falta de normativa regulatoria de los procedimientos.

El actual Código Civil y Comercial introduce en el Derecho positivo al arbitraje, pero no como sistema procesal de solución de conflictos, sino como uno de los nuevos contratos nominados, en el que las partes del mismo deciden someter a un árbitro las controversias que pudieran suscitarse entre ellas a raíz de una relación jurídica que las vincula. No obstante ello, aparece el mismo como un acuerdo entre privados en donde se genera jurisdicción. Cuestión ésta bastante vidriosa en función de que la justicia es uno de los poderes del Estado⁴³. El ar-

⁴² PASCO COSMÓPOLIS, ob. cit.

⁴³ Este rostro bifronte del arbitraje –de un lado, acuerdo entre privados; del otro, jurisdicción para establecer los derechos de las partes en conflicto que las leyes de ordinario confían a los jueces estatales– resulta desconcertante para ciertos juristas acostumbrados a los silogismos de la lógica formal y a distinguir, en forma tajante y absoluta, el ordenamiento jurídico vigente en las esferas de lo público y de lo privado, como si fueran ámbitos estancos. De allí los esfuerzos de benevolentes comentaristas para introducir el arbitraje en el estrecho molde de los contratos, o el de sus contrincantes, que pretenden adjudicarle al arbitraje un rol de función jurisdiccional

título 1649 del Código Civil y Comercial dice que “Hay contrato de arbitraje cuando las partes deciden someter a la decisión de uno o más árbitros todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, de derecho privado en la que no se encuentre comprometido el orden público”. Están excluidos de su aplicación los arbitrajes laborales (art. 1651).

El juicio de arbitraje se encuentra incluido dentro del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN, Libro VI, arts. 736 y ss.) y en los diversos códigos de procedimientos provinciales. Los códigos procesales establecen reglas para el proceso del juicio arbitral, pero no regulan el acuerdo de arbitraje ni los restantes acuerdos bajo los cuales se estructura el arbitraje, tales como el acuerdo con la institución administradora y los acuerdos con los árbitros designados.

No obstante las críticas que ha recibido este instituto fundamentalmente de los procesalistas, entiendo que en el ámbito de la relaciones laborales de carácter colectivo, y ante la falta de normativa regulatoria del procedimiento, los elementos del mismo pueden ser tomados como pautas a fin de elaborar un diseño para aquellos casos en que se pretenda convencionalmente someter discrepancias en la relación jurídica a la resolución de un árbitro, o cuando ante una situación de conflicto se recurra al procedimiento arbitral.

a) *Arbitraje voluntario*

Proceso voluntario mediante el cual un tercero aceptado por ambas partes conoce las causas respectivas de las partes y luego toma una decisión respecto del conflicto entre ellas. El proceso está por lo general sujeto a revisión pero no a apelación⁴⁴.

Este procedimiento es concedido como una alternativa luego de haber fracasado la negociación, sea en el marco convencional o de

que consideran propio de la administración pública. A ello se suman quienes atacan el arbitraje como a su peor enemigo, afirmando con pobre rigor intelectual que “es la privatización de la justicia”, implicando que ello es muy indeseable (AGUILAR, Fernando, *Arbitraje y el nuevo Código Civil y Comercial argentino*, en *Revista del Notariado*, N° 918, octubre/diciembre de 2014).

⁴⁴ Centro Internacional para la Formación de la OIT, ob. cit., p. 22.

conciliación obligatoria. Agotados los plazos del proceso conciliatorio, la autoridad administrativa del trabajo pone a los contendientes entre la disyuntiva de continuar con las medidas de acción directa o someter la cuestión conflictiva a un tercero. Hecho esto último, no podrá seguirse con las primeras, pero nada impide que, por ejemplo, los trabajadores desistan de continuar con una huelga para someterse a un proceso arbitral.

En nuestro país, las provincias, siguiendo el temperamento de la ley 14.786, han establecido el procedimiento del arbitraje voluntario una vez agotada la instancia conciliatoria obligatoria en los conflictos colectivos de interés. Ahora bien, a contrario de lo que dispone aquélla en cuanto a la persona del árbitro –queda al libre arbitrio de las partes–, algunas legislaciones provinciales –verbigracia, la ley 10.149 de la Provincia de Buenos Aires y la ley 10.468 de la Provincia de Santa Fe– disponen que el laudo será dictado por un funcionario de la autoridad del trabajo, mientras que otras, como Córdoba (ley 7565), si bien disponen que el laudo lo dictará el árbitro, luego se requiere ratificación por la autoridad ministerial cuando el mismo fue dictado por un tercero, cuestiones éstas que pueden generar algún tipo de suspicacia en cuanto a la imparcialidad del árbitro dada la destacada injerencia que en nuestro sistema de relaciones laborales ejerce el Estado⁴⁵.

⁴⁵ Corresponde rechazar la queja desde que no logra advertirse que en el análisis y tratamiento de la situación que hace al *substractum* de la causa lo argumentado por el sentenciante para convalidar –en definitiva– lo decidido en la instancia de arbitraje acerca de que un “conflicto colectivo de intereses” habido entre la parte empresaria y la representación gremial hubiera excedido la consideración que tal instituto merecía desde la óptica del Derecho Colectivo del Trabajo. Así, si bien la recurrente reprocha que la Cámara haya soslayado arbitrariamente el control de constitucionalidad del artículo 56 de la ley 10.468, impidiéndole que se analizara la cuestión relativa a la impugnación de la designación del árbitro, al haberse limitado el tribunal a justificarlo como razonable, no rebate lo sostenido en el auto denegatorio con referencia a la razonabilidad de la manda legal de no aplicar a la especie el decreto 10.204/58, en la medida en que la naturaleza de las controversias alcanzadas por la actuación de la Secretaría de Estado de Trabajo “...presuponen una axiología en que ‘celeridad y especialidad’ son determinantes de la exclusión legal [...] En la especie, la impugnación de la persona del árbitro basada en que el señor subsecretario de Trabajo no es ‘la Secretaría de Trabajo’ se desentiende olímpicamente de que el artículo 23 de la ley 10.468 impone –sin lugar para discrecionalidad alguna– que ‘el laudo será dictado por el director provincial que corresponda o autoridad superior’, siendo caso obvio

El procedimiento reviste un carácter común en todas las jurisdicciones, ya que a la par de elegir el árbitro se asume un compromiso arbitral, el que entiendo podrá ser nutrido con alguna de las características del contrato de arbitraje del Código Civil y Comercial, fijándose los términos de la prueba y el plazo de resolución. La única instancia recursiva es a través del pedido de nulidad ante exceso en la decisión del árbitro respecto de los temas puestos a su resolución o de haberse excedido el plazo para laudar.

La eficacia del arbitraje residirá en el *imperium* de la decisión que se adopte. De nada valdría someterse al mismo cuando luego las partes podrían apartarse de esta ley en sentido material, ya que conllevaría la ilicitud del actuar.

La voluntariedad del procedimiento radica en que ambas partes en conflicto decidan someterse a él, cosa que no ocurriría si cualquiera de ellas pudiera solicitarlo con el consecuente correlato de que la otra no tendría alternativa de rechazo, ya que de esa manera estaríamos frente a un indisimulado arbitraje obligatorio, a lo que agregaría como nota de disponibilidad la posibilidad cierta de que sean las propias partes las que elijan el árbitro o participen en la conformación del mismo cuando éste sea plural, característica en la que no ayuda la existencia de tribunales arbitrales permanentes, o que sea un funcionario predeterminado de la administración del trabajo.

Podrá pensarse si reviste la calidad de voluntario aquel que ha sido establecido en cláusulas negociales, en donde las partes asumen el compromiso inexorable de recurrir al arbitraje ante la existencia de discrepancias entre las mismas, ya que de alguna manera reúne la condición de inevitable que hace a lo obligatorio, pero debe tenerse en cuenta que es voluntario en su fuente, situación que se da cuanto se somete a la Comisión Paritaria convencional la solución de determinados conflictos⁴⁶.

Quizás sea ésta una posibilidad a analizar como método definitivo

que el designado en el caso califica como tal...” (referencias normativas: ley 10.468, arts. 56 y 23; decreto 10.204/58) (CSJ de Santa Fe, 26-12-2007, “Aguas Provinciales de Santa Fe SA c/Secretaría de Trabajo. Laboral s/Queja por denegación del recurso de inconstitucionalidad”, Secretaría de Informática del Poder Judicial de Santa Fe, 00419/2006, Rubinzal Online, RC J 3369/95).

⁴⁶ El art. 14 de la ley 14.250 prevé la posibilidad consensuada en este sentido.

de solución de conflictos colectivos de interés, ya que de ninguna manera parece lesionarse la autonomía colectiva de las partes⁴⁷, no obstante lo cual no deja de pensarse que la cuestión podría llevar a pensar en una renuncia anticipada al derecho de huelga.

La Recomendación N° 92 de la OIT fomenta, como se dijo, en su artículo 6° este método de solución de conflictos, instando a los países miembros a su adopción y recomendando la abstención de medidas de acción directa durante su trámite, y dejando debidamente aclarado que no es intención de la Recomendación afectar el derecho de huelga (el *lock-out* no es mencionado)⁴⁸.

b) *Arbitraje obligatorio*

Habiendo fracasado el proceso conciliatorio sobreviene la directa intervención del Estado que se asume a la luz del producto del mismo: el laudo, de legislador, al crear una norma de aplicación obligatoria para las partes en contienda. No puede negarse la injerencia del Estado en cuestiones de privados, con la clara idea de que la misma nunca es neutra, sino política, lo que lleva a que la decisión de últimas no esté siempre fundada en la razón sino en el interés de favorecer a unos u otros.

Si bien es cierto que este procedimiento limita considerablemente

⁴⁷ Rimoldi, en el trabajo ya citado, se muestra muy predispuesto a la posibilidad a partir de entender que será un procedimiento disponible, hoy ausente, pactado “en frío”, antes del conflicto, al que podrán recurrir responsablemente las partes, lo cual derivará en el compromiso firme de mantener la paz social mientras se desarrolla el procedimiento, absteniéndose de aplicar medidas de fuerza con los consiguientes beneficios para el sector involucrado, y el orden económico y social en general. También se beneficiará el Estado con su aplicación, en cuanto a su interés por mantener el orden general, dado el tratamiento racional de los conflictos y porque evitaría ver comprometido su prestigio y autoridad, como sucede cuando se desborda en medidas de acción directa que suelen alcanzar, según su magnitud, un alto grado de politización.

⁴⁸ La legislación que regula actualmente el derecho de huelga privilegia la solución consensuada del conflicto, en consonancia con los convenios y recomendaciones de la OIT y la doctrina de sus órganos de control de la aplicación de normas, luego de haber sido derogados dos preceptos inconstitucionales: el decreto-ley de facto 16.936 y el decreto 2184/90, que prescribían el arbitraje obligatorio junto a otras severas restricciones al ejercicio de este derecho (Trib.Trab. de Formosa, sala III, 25-3-2008, “Souza, Walberto Javier c/El Pajarito SA s/Acción común”, Departamento de Informática Jurisprudencial del Poder Judicial de Formosa, Rubinzal Online, RC J 738/13).

la autonomía de las partes en la negociación, ya que las mismas se ven compelidas a acordar ante la inexorable alternativa de que la resolución quedará en manos de quien, con razón o sin ella, no confían dada la predisposición estatal en favor de tal o cual en antecedentes inmediatos, lo que realmente preocupa es la clara conculcación del derecho de huelga. Razón ésa por la cual la OIT no se ocupa del mismo en la Recomendación N° 92.

En nuestro país la ley 16.936 (derogada mediante la ley 25.250 y ratificada su derogación por la ley 25.877) regulaba el arbitraje obligatorio. El Estado se abrogaba el derecho a intervenir en los conflictos colectivos de interés y de derecho, pudiendo decretar el arbitraje obligatorio prácticamente en cualquier situación, ya que ello dependía de que se considerara que una situación pudiera afectar la actividad económica, la productividad, el desarrollo y progreso nacionales y/o la seguridad y bienestar de la comunidad. La declaración de arbitraje obligatorio era irrecurrible, hacía cesar todas las medidas de acción directa dentro de las 24 horas de dictada. El árbitro sería un funcionario del Ministerio de Trabajo de la Nación. La decisión del mismo sería irrecurrible, salvo nulidad por pronunciarse sobre puntos no sometidos al arbitraje o haberse excedido en el plazo para resolver. Y la misma en los casos de conflictos de interés tendría los mismos efectos que un convenio colectivo.

La Corte Suprema de Justicia se ocupó de fijarle límites precisos al mismo en el caso “Unión Obrera Metalúrgica c/Zunza Zuntini Hnos.” (del 21-6-77, *Fallos*: 298:161) al establecer que se trata de “un instituto de carácter excepcional fundado en la necesidad de crear un medio rápido de solución de conflictos colectivos que afecten el interés nacional, su aplicación debe limitarse sólo a aquellos casos que reúnan los requisitos establecidos en la ley, debiendo efectuarse una interpretación restrictiva de la norma”, pero además respetando las jurisdicciones provinciales al resolver que “según se desprende en forma clara del artículo 1° de la ley 16.936, la autoridad nacional queda facultada para avocarse al conocimiento de los conflictos colectivos laborales que excedan al marco local y, por su índole, afecten la actividad económica, la productividad, el desarrollo y el progreso nacional y/o la seguridad y bienestar de la comunidad”.

Lamentablemente esta ley, dada la clara violación al artículo 14 bis de la Constitución Nacional, y pese a haber sido dictada por un gobierno de facto (26 de agosto de 1966) y tener un período regulado de vigencia: 31 de diciembre de 1967, siguió prorrogándose en la misma más allá del período dictatorial y dentro del gobierno constitucional asumido en mayo de 1973. A tal punto que la ley 20.638, que restableció la vigencia de la ley 16.936 (que había operado el 31 de diciembre de 1973) con retroactividad al 1º de enero de 1974 para todos los conflictos colectivos de trabajo, sean éstos de derecho o de intereses, que se susciten en todo el territorio de la Nación, sin ninguna limitación de vigencia temporal. Así siguió durante la dictadura militar inaugurada en 1976, continuó a partir del restablecimiento democrático de 1983, sin importar el color político de quien gobernara, y sirviendo de sustento normativo al decreto 2184/90, que reglamentó el derecho de huelga en los servicios esenciales. Efectivamente este decreto establecía (en su art. 9º) que fracasada la conciliación obligatoria el Ministerio de Trabajo se encontraba facultado a someter la cuestión al arbitraje obligatorio de la ley 16.936. Recién en el año 2000, en el que se dicta la ley 25.250, y a través del artículo 34 de la misma, se la deroga, desapareciendo el arbitraje obligatorio de nuestro sistema legal de relaciones laborales⁴⁹.

En la causa “Hilanderías Olmos SA” (30-10-79, *Fallos*: 301:962) la CSJN juzgó que el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, “al referirse al arbitraje, no distingue el obligatorio del voluntario y siendo que a la fecha de su sanción eran conocidos en la doctrina jurídica los dos tipos es dable concluir que la categorización genérica comprende a ambos”. También consideró que “la creación de una instancia arbitral obligatoria instituida por el artículo 2º de la ley 16.936 para dirimir conflictos colectivos laborales es un medio razonable buscado por el legislador para poner término y resolver situaciones que, además de afectar a las partes en pugna, comprometen la tranquilidad social perjudicando los intereses generales”; por último, juzgó que “el pro-

⁴⁹ Ver ACKERMAN, Mario, *Abolición del arbitraje obligatorio y reglamentación de la huelga en los servicios esenciales para la comunidad*, en *Revista de Derecho Laboral*, Nº extraordinario, *La reforma laboral. Ley 25.250*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000.

cedimiento instaurado por la ley 16.936 no es incompatible con la garantía constitucional de concertar convenios colectivos de trabajo, que no tiene carácter absoluto, por lo que el Congreso ha podido, consultando la razón y propósito de ese precepto, conciliarlo con otras exigencias imperiosas de bienestar público emergentes de la propia Ley Fundamental. Ese mecanismo procesal significa sólo una inhibición temporal de los recursos conciliatorios cuando éstos han demostrado su ineficacia para lograr una solución concreta”.

Es de suponer que a la luz de la lectura que hoy hace la Corte Suprema respecto de los instrumentos internacionales incorporados a la Constitución Nacional en el artículo 75, inciso 22, y fundamentalmente del artículo 14 bis, no sería ésa la actual decisión ante un planteo de idénticas características.

Jorge Sappia, en un meduloso trabajo acerca de los procedimientos administrativos del trabajo, informa que existen algunos casos en los que la ley impone el arbitraje obligatorio. Lo hace Mendoza en la hipótesis en que el conflicto cause la suspensión, interrupción, paralización, obstrucción o negación de servicios públicos esenciales o de interés público. También Córdoba cuando se dicta y fracasa la conciliación obligatoria y es rechazado el arbitraje voluntario, en una contienda que afecta un servicio público esencial. En la resolución que debe dictarse para imponer el arbitraje se hará mérito de las razones fundamentales que lo aconsejan. Por último, Santa Fe, que aplica el arbitraje obligatorio en el supuesto de conflictos en los servicios públicos o que afecten la seguridad, salud pública o intereses sustanciales de la comunidad. Corrientes, a su vez, tiene un sistema bastante más complejo por cuanto el arbitraje es obligatorio si fracasa la conciliación, y está a cargo de una Comisión Mixta de Conciliación y Arbitraje integrada, en forma paritaria, por representantes sindicales y empresariales, y presidida por un funcionario de la Subsecretaría. Por su parte, la legislación tucumana ha creado con fines de asesoramiento un Consejo Provincial del Trabajo, que integran el secretario del área y un representante de los sindicatos y otro de las empresas. Ese órgano tiene funciones de conciliador en los conflictos colectivos, y de tribunal arbitral cuando la conciliación fracasa. Concluyendo, sólo la Ciudad de Buenos Aires hace referencia a la autorregulación de las prestaciones

mínimas en caso de huelga que atañe a los servicios esenciales, imponiendo a las partes la obligación de asumir ese comportamiento⁵⁰.

Al momento de evaluar la conveniencia de este sistema de resolución de conflictos colectivos prácticamente no hay quienes lo apoyen doctrinariamente, pese a lo cual en algunos países latinoamericanos se encuentra vigente (Brasil, Perú, México y Colombia, en donde subsisten los dos arbitrajes, imponiéndose el obligatorio en los casos de conflictos en servicios esenciales o en los que no siéndolo se prolongan largo tiempo).

El CLS de la OIT admite la imposición de un arbitraje obligatorio cuando se tratare de servicios esenciales en su acepción estricta, pero sólo con carácter subsidiario, en el supuesto de que las partes no hubieran arribado a un acuerdo. En puridad, son tres las hipótesis en las que la OIT acepta el recurso a un arbitraje obligatorio: 1) cuando se encuentra previsto en el convenio colectivo como mecanismo de solución de conflictos; 2) cuando se trata de servicios esenciales en sentido estricto, o 3) ante un conflicto en la función pública respecto de funcionarios que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado. Fuera de esos casos, se trataría de una medida contraria al derecho de las asociaciones de trabajadores de organizar sus actividades y formular su programa de acción previsto en el artículo 3º del Convenio N° 87⁵¹.

Pasco Cosmópolis, citando a Arnaldo L. Sússekkind (*Perspectivas do Direito do Trabalho no Brasil*, en *La intervención del Estado en las relaciones industriales de la década de los 80*, IES, Madrid, 1980, p. 107), sostiene que la negociación colectiva como tal –dice– y el arbitraje convencional son eficaces y útiles para los sindicatos fuertes; la capacidad negociadora de los trabajadores deriva del poder de sus organismos representativos. No sucede igual con los sindicatos débiles, mal estructurados o subdesarrollados, para los que la negociación poco les ofrece y la huelga los desbasta, conduciéndolos a reivindicaciones muy limitadas⁵².

⁵⁰ SAPPÍA, Jorge, *Procedimiento administrativo laboral en las provincias*, en *Revista de Derecho Laboral*, N° 2008-1, *Procedimiento laboral – III*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

⁵¹ Conforme TRIBUZIO, José, *La huelga en los servicios esenciales*, p. 78.

⁵² PASCO COSMÓPOLIS, ob. cit., p. 133.

5. *Las consecuencias*

5.1. Obvio es decirlo que de acuerdo al procedimiento que se adopte a fin de encauzar la solución del conflicto conllevará o no la aplicación de correctivos y sanciones individuales o colectivas a los contendientes y los individuos que conforman los sujetos. No son similares las consecuencias de los incumplimientos en los procesos voluntarios que en los obligatorios.

No puede pensarse en sanciones cuando las mismas partes en el ámbito de la negociación colectiva establecieron pautas de conducta ante un conflicto colectivo que abarque el todo o a alguna parte de los sujetos. La propia dinámica de la negociación hace improcedente esa alternativa ya que ninguno puede imponerse sobre el otro, descartándose la metodología del contrato individual en donde el empleador se reserva el poder sancionador, y el trabajador sólo cuenta con la alternativa de ruptura del vínculo a través del despido indirecto. En la negociación son pares los que actúan, de tal suerte que la conformación de comisiones destinadas a superar conflictos se conforman con iguales cantidades de representantes. Es por ello que se hace necesario en los convenios colectivos no sólo la conformación de normas sustantivas sino también de normas procesales, ya que no basta la mera actitud declamativa sino también la creación de procedimientos que actúen como sistemas de prevención de conflictos, los que no deben limitarse sólo a temas trascendentales, como seguridad e higiene en el trabajo, sino a cuestiones no menos importantes, como el acoso, las políticas de ascensos y hasta las cuestiones económicas que pueden llevar a una crisis en la empresa, prolegómeno de futuros despidos.

A esto apunta el artículo 2º de la Recomendación N° 92 de la OIT cuando propone como forma de superar conflictos la creación de organismos con equivalencia paritaria de representación de empleadores y trabajadores.

Ahora bien, al buen resultado se llegará no sólo con la actitud responsable de las partes que se traduce en una clara vocación negociadora, sino con la irremediable participación del Estado en el rol que Ackerman denomina de mediación o asistencia preventiva, la que ha de traducirse en asistencia en las negociaciones bilaterales, asistencia

en la creación y funcionamiento de los organismos paritarios y asesoramiento e información a las partes⁵³, a lo que podría agregarse lo que recomienda Rimoldi en el trabajo ya citado: una política de difusión y complementación de los procedimientos alternativos y voluntarios de solución de conflictos y por vía legislativa, creando organismos de apoyo, asesoramiento, formación y difusión, y colaborando en la etapa de cumplimiento de los laudos.

Con ello se advierte la innecesidad de políticas sancionatorias para las partes en conflicto que en muchos casos no producen los efectos disuasorios que se pretenden.

5.2. En cambio, en los sistemas “obligatorios” la sanción hace a la esencia de los mismos. Habiendo asumido el Estado un rol protagónico en el proceso de solución del conflicto, se hace necesario que se castigue de distintas maneras a aquellos que no acatan el procedimiento, sean los sujetos colectivos o individuales.

Así, en la conciliación obligatoria dispuesta por la ley 14.786 se prevé que desde el momento en que la misma se decretó, las partes deberán retrotraer el estado de cosas al anterior a producirse el conflicto, con el cese de las medidas de acción directa y la reincorporación de trabajadores, cese de suspensiones de los mismos, apertura del establecimiento o no cambio de las condiciones de trabajo. Pero, además, durante el plazo que dure el proceso, esas partes deberán abstenerse de realizarlas. El incumplimiento conlleva distintas sanciones para las partes colectivas.

Actualmente las mismas están reguladas en el artículo 4º, inciso f, del Anexo II de la ley 25.212, que considera infracción muy grave la violación por cualquiera de las partes de las resoluciones dictadas con motivo de los procedimientos de conciliación obligatoria y arbitraje en conflictos colectivos, en cuyo caso se aplicará una multa de entre \$ 1.000 y \$ 5.000 por cada trabajador involucrado. Esta multa, si bien es de aplicación para cualquiera de las partes intervinientes en el conflicto, en el supuesto de reincidencia sólo acarreará consecuencias para los empleadores, ya que se prevé la clausura del establecimiento hasta 10 días, con derecho de los trabajadores a cobrar sus salarios, y la

⁵³ ACKERMAN, *Autocomposición de los conflictos colectivos de trabajo* cit.

inhabilitación para acceder a licitaciones públicas y la suspensión del Registro de Proveedores del Estado.

La asociación sindical, como se dijo, recibirá una sanción económica, planteándose si lo será sobre la totalidad de la nómina de los afiliados que detenta la misma o sobre los que se encuentren avocados al conflicto. Esta cuestión deberá dilucidarse en función a la naturaleza de éste, ya que puede no afectar al todo sino a una parte o rama de la representación que ejerce, de lo que derivará la magnitud de la multa a aplicar. En un reciente fallo se resolvió en el sentido de contabilizar a esos fines los afiliados afectados en el conflicto, revocándose lo decidido en primera instancia que aplicó la multa sobre la totalidad de los afiliados⁵⁴.

Pero, a más de la sanción económica antes descrita, las consecuencias del incumplimiento se encuentran reguladas en la ley 23.551.

⁵⁴ Si los comportamientos tipificados en el inc. f, art. 4º, Anexo II, ley 25.212, donde se considera “infracción 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, encuentran una sanción inequívoca en el segundo párrafo, punto 4, del art. 5º de la misma norma, no cabe sino concluir que el porcentaje del 50% al que alude el punto 3 del último artículo aludido (del 50% al 2.000% del salario mínimo, vital y móvil vigente al momento de la constatación), debe aplicarse a cada uno de los trabajadores integrantes de la nómina del establecimiento o de los establecimientos involucrados y no, como erróneamente tomó en consideración la resolución atacada, a los 182.797 trabajadores que constituyen la totalidad de las personas afiliadas a cada uno de los sindicatos agrupados en la federación actora. El exceso de punición que derivó de la aplicación fragmentada de la norma no prevista para el caso se tradujo en la falta de proporción entre la infracción y la sanción, y su interdicción constituye una garantía aplicable a las sanciones administrativas que se sustenta en la garantía innominada de la razonabilidad, establecida en los arts. 28 y 33, Constitución Nacional. En tales condiciones, y de acuerdo a lo establecido en el art. 14, ley 18.695, corresponde revocar parcialmente la resolución apelada y disponer que la sumariante aplique el porcentaje ya establecido del 50% del salario mínimo, vital y móvil sobre cada uno de los trabajadores integrantes de la nómina del establecimiento o de los establecimientos involucrados. Como derivación de lo expuesto, no puede calificarse como suficiente el título sobre el que se asienta la ejecución promovida por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, y, por consiguiente, cabe revocar la medida preventiva decretada en base a ese título, disponiendo el levantamiento del embargo preventivo decretado (CNAT, sala I, 31-8-2018, “Federación Nacional de Trabajadores Camioneros y Obreros del Transporte Automotor de Cargas Logística y Servicios c/Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social s/Queja”, Rubinzal Online, RC J 5584/18).

Ésta faculta al Ministerio de Trabajo a requerir a la asociación sindical para que cese en el incumplimiento de decisiones de la autoridad de aplicación, facultándose, asimismo, a requerir judicialmente la suspensión o cancelación de la personería gremial o la intervención de la entidad sindical de persistir la actitud pese al requerimiento efectuado, con lo que se advierte un mayor rigor para la parte sindical, ya que no hay sanciones para la asociación empresaria, sino sólo a sus miembros, lo que podría interpretarse como una consecuencia de la falta de una norma de similares características para ese sector que la ley sindical, lo que entiendo no sería óbice para actuar sobre la personería jurídica, ya que pese a ser de órbita local y no nacional como la sindical, todas las jurisdicciones prevén sanciones en caso de incumplimiento a la ley.

Ahora bien, si el incumplimiento no puede imputarse a la asociación sindical sino a la rebeldía de los trabajadores involucrados que persistieron en su actitud pese a que aquélla acató el procedimiento conciliatorio, entiendo que no cabe sancionar en los términos descriptos a la misma⁵⁵.

La ley 16.936 preveía sanciones para la asociación sindical como así también para la asociación patronal y no sólo de carácter económico sino también sobre las respectivas personerías sindical o jurídica. El decreto 2184/90, al ser regulatorio del derecho de huelga, sólo contempla sanciones para la entidad sindical, las que podían afectar la personería gremial en los términos que prevé el artículo 56 de la ley 23.551, autorizando al Ministerio de Trabajo a requerir la suspensión o pérdida de aquélla.

⁵⁵ No cabe responsabilizar a la Unión Obreros y Empleados Municipales por los perjuicios causados por un grupo de trabajadores que, al negarse a acatar la orden de levantamiento de las medidas de fuerza –plasmada en un acta acuerdo–, persistieron en su actitud e impidieron el desarrollo normal de las funciones preestablecidas, en el ámbito del Teatro Colón de Buenos Aires. El hecho de que el secretario general de dicho gremio pidiera, a posteriori, el levantamiento de las sanciones impuestas a los trabajadores rebeldes no desvirtúa la solución propuesta, toda vez que tal tesitura se compadece con una de las finalidades del sindicato, que consiste en defender los intereses de los trabajadores (arts. 2º y concs. de la ley 23.551) (CNAT, sala VIII, 28-2-91, “Szterenfeld, Alejandro c/Unión Obreros y Empleados Municipales s/Daños y perjuicios”, expte. 52.303/87, sent. 15.923).

Desde el punto de vista del contrato individual, el trabajador incumplidor perderá el derecho a cobrar sus haberes desde el momento en que no cesaran con la huelga o disminución del trabajo pese a la intimación ministerial. La norma del 2º párrafo del artículo 9º de la ley 14.786 es redundante ya que se entiende, de acuerdo a la jurisprudencia y doctrina mayoritaria, que en caso de huelga al trabajador no le asiste derecho a la remuneración⁵⁶, pero además confusa, ya que podría hacer pensar que sin intimación en el marco de la ley citada en caso de huelga hay derecho a percibir haberes. A ello podrá agregarse, ya que no lo prevé la norma, la posibilidad cierta de ser despedido el trabajador ante el incumplimiento a la intimación de reintegrarse al trabajo notificada en el marco de la conciliación obligatoria⁵⁷.

En el marco del proceso preventivo de crisis, la ley 24.013 establece en su artículo 104 que a partir de la notificación y hasta la conclusión del procedimiento el empleador no podrá ejecutar las medidas que son objeto del mismo. Y por su parte los trabajadores podrán ejercer la huelga u otras medidas de acción sindical, conllevando para el empleador que tenga que seguir manteniendo los vínculos laborales y pagando los haberes, y para los trabajadores incumplidores que se les aplique el dispositivo sancionatorio de la ley 14.786 (pérdida de salarios). De lo expuesto no se desprende que los trabajadores no puedan colocarse en situación de despido indirecto, ya que la norma sólo habla de impedimento de huelga y acciones sindicales. Y, además, no están previstas sanciones para la entidad sindical ni en la ley regulatoria ni en la ley 25.212, que sólo refiere a la conciliación obligatoria y al arbitraje.

Pese a que se encuentra derogada, mención especial merecen las

⁵⁶ CSJN, 1963, “Buhler, Erico y otros c/Talleres Galc y Cía. SRL”, *Fallos*: 256:307.

⁵⁷ Encontrándose debidamente acreditado que los actores debieron reintegrarse a sus labores y no lo hicieron, no sólo cuando fueron intimados por el Ministerio de Trabajo, a través de resoluciones, sino tampoco cuando la accionada envió las misivas que se hallan agregadas en la causa conminándolos a dicho reintegro, la decisión rupturista adoptada por la empleadora resultó ajustada a derecho (art. 242, LCT). No obsta a tal conclusión la circunstancia de que los demandantes reclamasen el pago de los haberes de dos meses, por cuanto ello habría originado el conflicto cuya solución se encontraba en tratativas (CNAT, sala IX, 7-3-2007, “Aguiar, Andrea y otros c/La Internacional Empresa de Transporte de Pasajeros SA y otro s/Despido”, expte. 22.732/01, sent. 14.009).

sanciones en los procedimientos de arbitraje obligatorio, ya que revestían mayor magnitud. A más de las mencionadas para la entidad sindical o patronal, cuando el incumplidor era el trabajador, el mismo podía ser despedido por dicha causa, sin necesidad de intimaciones previas.

III. Conclusiones

La actualidad demuestra que la conflictividad en el ámbito de las relaciones colectivas de trabajo no aparece en la forma en que el Derecho positivo se ha ocupado de procedimentarlas. Ello genera, sin lugar a dudas, una tarea de búsqueda de mecanismos conducentes a esos fines, no siendo siempre los mejores aquellos que responden a otras realidades socioeconómicas, entendiendo a este respecto que ha de ser la propia dinámica del Derecho del Trabajo, como ha sido siempre, la que arbitre los sistemas de acuerdo a la realidad cambiante y al ámbito físico de que se trate.

Si bien los diagnósticos que se efectúan a nivel global son claros y precisos en cuanto a que siempre las relaciones de poder entre los sujetos involucrados y la forma en que cada uno de ellos lo ejercen serán detonantes en la alteración de las relaciones colectivas, es imprescindible no olvidar que cada realidad muestra un cuadro distinto a examinar al momento de buscar soluciones.

El término voluntariedad significa que las partes en conflicto tienen libertad para decidir si desean o no recurrir a procesos de conciliación y arbitraje y que no se les exige por ley el uso de servicios de conciliación y arbitraje financiados por el Estado.

Este principio es la base de la Recomendación N° 92 que anticipa que el mecanismo de conciliación fijado por el Estado será voluntario.

Por voluntariedad se entiende, además, que las partes pueden escoger a un tercero privado como conciliador o árbitro, en lugar de emplear el mecanismo de conciliación o arbitraje establecido por el Estado.

El principio de voluntariedad no se ve afectado cuando las partes acuerdan de forma voluntaria someterse a conciliación/mediación o arbitraje obligatorios como parte del proceso de negociación⁵⁸.

⁵⁸ Recomendación N° 92 de la OIT.

Esas mismas relaciones de poder a las que antes aludía son las que aconsejan que el Estado no debe dejar de inmiscuirse, tal como apuntaba Pasco Cosmópolis, ya que la presencia de un sindicato débil en una relación conflictual puede llevar a una solución disvaliosa para él mismo y sus miembros en un sistema exclusivamente voluntarista, y sabido es que el principio protectorio contenido en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional debe ser garantizado por el Estado en todas las relaciones: individuales y colectivas.

Por ello, entiendo que no se debe tratar de resolver el dilema a partir de la elección de uno u otro sistema, sino de buscar la aplicación de todos ellos en donde se les dé la más amplia libertad a las partes de la relación conflictual, pero sin olvidar que al Estado le incumbe proteger a todos los ciudadanos, para lo cual debe arbitrar mecanismos conducentes a la solución, no lesionando libertades.

ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO A LA TITULARIDAD DEL DERECHO DE HUELGA*

por JUAN PABLO MUGNOLO¹

SUMARIO: 1. La centralidad del ejercicio del derecho de huelga. 2. Limitación del derecho de huelga a partir de la determinación de la titularidad. 3. El fallo “Orellano” y la titularidad orgánica del derecho de huelga. 4. Reflexiones finales.

1. La centralidad del ejercicio del derecho de huelga

Sin ningún matiz, la Constitución Nacional establece la titularidad del derecho de huelga en cabeza de los gremios: “...Queda garantizado a los gremios [...] el derecho de huelga”.

Ante cada ocasión en la que me enfrento a reflexionar sobre la problemática creada en torno a la titularidad del derecho de huelga, no dejan de sorprenderme las diversas interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales que soslayan una literalidad que, en mi humilde opinión, no deja espacios para semejante ejercicio.

No obstante ello, y a fin de desentrañar la política jurídica contenida

* El presente trabajo reúne parte de una indagación académico-jurídica en torno a la titularidad del derecho de huelga que comenzara por el año 2008 y que discurrió entre cambios jurisprudenciales y reelaboraciones teóricas. En su versión más completa, acabada y actualizada, ha sido publicada en ACKERMAN, Mario (dir.), *Jurisprudencia laboral de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, t. II, *Titularidad del derecho de huelga*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2019, ps. 705-742.

¹ Doctor en Derecho por la Universidad de Granada. Docente e investigador, Facultad de Derecho, UBA y Universidad de San Andrés.

en la mentada “literalidad”, me he adentrado en el análisis de las posturas que en los trabajos preparatorios de la reforma constitucional y dentro de la Convención Constituyente dieron forma definitiva al actual artículo 14 bis de la Constitución Nacional. Dicha tarea me confirmó que los límites por los que discurrió el análisis de la titularidad de la huelga fueron desde las posturas que entendían que debía incorporarse como un derecho *de toda persona o habitante*, pasando por otras que entendían que era un derecho de *los trabajadores* hasta concluir en reconocerla como un derecho de *los gremios*². Sin embargo, me ha resultado difícil detectar en el espíritu del constituyente, a lo largo del debate, posturas relativas a la titularidad del derecho de huelga asimilables a la concepción orgánica³; por el contrario, la discusión parecería haber discurrido en torno a la titularidad del derecho (individual o colectiva) y las personas en quienes descansan las facultades de ejercicio del mismo.

Así, el diputado Alfredo Palacios sostuvo durante el debate que debía sustituirse la palabra *gremios* por *trabajadores* entendiendo que “el derecho de huelga es un derecho que tienen los trabajadores de concertarse con el propósito de no trabajar” y que consignar la huelga como un derecho gremial implicaba limitarla, concluyendo que “el derecho de huelga es para los trabajadores; si se quiere agregar que los gremios, en el caso de estar organizados, también pueden *ejercitar* ese derecho de huelga, muy bien, pero el derecho es general para todos los trabajadores sin excepción”⁴. Por su parte, el diputado Pablo González Bergez afirmó que la diferenciación entre gremio y trabajadores no era necesaria, pues “si el derecho de huelga es de los trabajadores, va de suyo que es también del gremio, ya que el gremio no es otra cosa que el conjunto de trabajadores. Y si el derecho es de los trabajadores, con más razón lo tienen los gremios”⁵. De manera

² Vid. DEVEALI, Mario, *Tratado de Derecho del Trabajo*, 2ª ed. act. y ampl., La Ley, Buenos Aires, 1971, t. I.

³ Vid. MARTÍN VALVERDE, Antonio; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín y GARCÍA MURCIA, Joaquín, *Derecho del Trabajo*, 8ª ed., Tecnos, Madrid, 1999, p. 379.

⁴ Cfr. Convención Nacional Constituyente de Santa Fe, *Diario de Sesiones*, ps. 1456/1460.

⁵ Ídem, p. 1458.

concluyente, el diputado Carlos A. Bravo, miembro informante de la mayoría, sostuvo que el derecho de huelga “puede ser ejercido por los trabajadores del gremio, estén o no afiliados a los sindicatos; basta que lo *resuelva* una *pluralidad de trabajadores*, decidiéndose libremente, aunque sean solamente los integrantes de un solo establecimiento o sección del establecimiento”⁶.

El debate en la Convención Constituyente que concluyó en garantizarle a los gremios, en su carácter de simple pluralidad de trabajadores, el derecho de huelga encuentra fundamento en la filosofía política prevalente durante aquel proceso legisferante⁷.

Como oportunamente señalara Krotoschin, la palabra *gremio* es sinónimo de “pluralidad de trabajadores”⁸. Asimismo, respecto a los debates en la Convención Constituyente, Guillermo A. López sostuvo que el vocablo *gremio* habría sido utilizado como sinónimo de simple pluralidad de trabajadores⁹.

Y es partiendo de la conceptualización del gremio como fenómeno sociológico¹⁰ continente de la individualidad –el trabajador– que en sentido contrario al devenir doctrinario y jurisprudencial no sería alejado al mandato constitucional interpretar el reconocimiento de la titularidad individual del derecho de huelga aunque adjudicando las facultades en que consiste el derecho subjetivo de huelga tanto a los

⁶ Ídem, p. 1228.

⁷ He desarrollado el fundamento ideológico que cimentó la opción del constituyente de 1957 en MUGNOLO, Juan Pablo, *Análisis crítico sobre el tratamiento constitucional del Derecho Colectivo del Trabajo*, en RIVERA, Julio C.; GROSSMAN, Lucas S.; ELIAS, José S. y LEGARRE, Santiago (dirs.), *Tratado de los derechos constitucionales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2014, t. III, ps. 121-173.

⁸ KROTOSCHIN, Ernesto, *Tratado práctico de Derecho del Trabajo*, 4ª ed. act., Depalma, Buenos Aires, t. II, p. 215.

⁹ Agrega López que las razones que llevan a considerar en nuestro Derecho interno al sindicato con personería gremial como titular del derecho de huelga son más pragmáticas que jurídicas (cfr. LÓPEZ, Guillermo A., *Derecho Colectivo del Trabajo*, en *Pasado, presente y futuro del Derecho Colectivo del Trabajo*, La Ley, Buenos Aires, ps. 9 y ss.).

¹⁰ Juan Carlos Morando diferencia el concepto “sociológico” y totalizante de gremio de aquel “jurídico” y restringido que implica el sindicato (cfr. MORANDO, Juan C., *Notas sobre la reglamentación del derecho de huelga*, en D. T., t. L-B [50-B], 1990).

trabajadores como a sus representantes y a las organizaciones sindicales. Es decir, una titularidad individual que en atención a la referencia plural *gremios* debería ser ejercida de manera colectiva¹¹.

Dicha interpretación tiene correlato con la caracterización típica de la huelga en tanto se vincula directamente con la relación de trabajo o con el contrato de trabajo entre dos sujetos determinados, en la que uno de ellos interrumpe temporalmente dicha relación para obtener (o proteger) un beneficio laboral para sí o para los de su clase. Siendo el trabajador quien tiene, individualmente, como objeto y razón de ser de su relación de trabajo la obligación de cumplir los compromisos que ello conlleva, ofreciendo su prestación a cambio de una retribución, sólo él tendría la posibilidad de suspenderlo o alterarlo¹².

Sin embargo, como lo he señalado en reiteradas ocasiones, el ejercicio de ese derecho que poseen los trabajadores debe ineludiblemente efectivizarse de manera colectiva. Y ello es así pues por el *carácter complejo* del derecho de huelga requiere la colaboración de varios sujetos o instituciones con capacidad reconocida por el ordenamiento jurídico para alcanzar los objetivos previstos¹³. En el mismo sentido,

¹¹ Bidart Campos, si bien diferenciando aquel sujeto que la declara y aquel que participa, cuestión que se asemeja a la discusión sobre las facultades del derecho de huelga, sostiene la titularidad –también– individual del derecho de huelga. Agrega dicho autor que el reconocimiento del derecho de huelga a los gremios analizado en correlación con toda la Constitución, especialmente con el artículo 33 sobre derechos implícitos, no obsta el reconocimiento implícitamente a “otros” titulares (cfr. BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino*, nueva ed. ampl. y act. a 2000-2001, Ediar, Buenos Aires, 2001, t. I-B, ps. 518 y ss.). Por su parte, Ramírez Bosco sostiene que resulta artificiosa una tajante distinción entre los intereses profesionales y el interés sobre la materia de cada integrante de la colectividad, concluyendo que “...en el fondo, parece que la cláusula constitucional debiera entenderse a favor también del derecho de cada persona a hacer huelga (aunque previamente declarada por una colectividad o al menos junto con otras personas)” (RAMÍREZ BOSCO, Luis, *Derecho de huelga*, Hammurabi, Buenos Aires, 1991, p. 53).

¹² MONEREO PÉREZ, José L., *La huelga como derecho constitucional: técnica específica de organización jurídico-constitucional de la huelga, I y II*, en *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, N° 27, 1993, p. 33.

¹³ González de la Aleja caracteriza a la huelga como “derecho articulado o complejo”, diferenciándolo de los “derechos simples” que sólo se perfeccionan con la voluntad de un sujeto –titular del derecho–, consiguiendo el fin previsto por la norma

la huelga en tanto *derecho subjetivo* implica un reconocimiento estatal que en función a su calidad lo eleva mediante el otorgamiento de facultades a sus titulares, cuya esencia consiste en la pretensión de obtener de persona o personas determinada/s cierto comportamiento para cuyo cumplimiento se requiere la colaboración de ella/s (siendo susceptibles de concurrencia de titulares de facultades), sin la cual no se obtiene el fin propuesto¹⁴.

En virtud de su carácter de *derecho subjetivo* y atento a su *estructura compleja*, a fin de “enderezar” jurídicamente el debate, corresponde hacer referencia a la *titularidad de las facultades del derecho de huelga* que se manifestarán al momento de su ejercicio, diferenciándola de la titularidad del derecho¹⁵.

He sostenido que probablemente podría adjudicársele la definitiva redacción constitucional, que opta por la titularidad colectiva del derecho de huelga, a la confusión entre la titularidad del derecho y la titularidad de las facultades del derecho. Podría radicar en dicho error el sobredimensionamiento de la facultad de declaración o convocatoria de la huelga por sobre el resto de las facultades de ejercicio de dicho derecho¹⁶.

Es Palomeque López quien señala la necesidad de hablar de una

sin necesidad de contar con auxilio jurídico de otro (GONZÁLEZ DE LA ALEJA, Ramón, *La titularidad del derecho de huelga*, en MONEREO PÉREZ, José Luis [dir.], *Crítica del Derecho. Derecho vivo*, Comares, Granada, 1999, p. 143).

¹⁴ Vid. GATTI, Edmundo, *Derechos subjetivos y relaciones jurídicas*, LexisNexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005, ps. 157-161.

¹⁵ Sobre la diferencia entre titularidad del derecho de huelga y titularidad de las facultades de exteriorización y ejercicio del mismo cfr. GONZÁLEZ DE LA ALEJA, *La titularidad del derecho de huelga* cit., ps. 146 y ss. Sostienen lo contrario Sala Franco y Albiol Montensinos, para quienes hay dos derechos de huelga: uno a adherirse, de naturaleza individual, y otro a convocarla y administrarla, de naturaleza colectiva (vid. SALA FRANCO, Tomás y ALBIOL MONTENSINOS, Ignacio, *Derecho Sindical*, p. 456).

¹⁶ Ramírez Bosco señala que si se encontrare algún medio para permitir que los sindicatos *declaren* la huelga, pero a la vez impedir que cada trabajador lo haga, sería difícil corroborar el cumplimiento de la garantía constitucional (cfr. RAMÍREZ BOSCO, ob. cit., p. 41). De dicho argumento podría relativizarse la facultad de declaración de la huelga como elemento fundamental para sustentar la exclusiva titularidad colectiva.

titularidad diferenciada del derecho de huelga en función de su propio contenido¹⁷ tras afirmar que dicho contenido esencial complejo está integrado por un doble plano de poder jurídico: el contenido colectivo del derecho y el contenido individual. Entiendo con González de la Aleja que sería más exacto hablar de titularidad diferenciada pero de las facultades del derecho, pues la titularidad del derecho es única¹⁸ (sea cual fuera la interpretación sobre el contenido del art. 14 bis). Dichas facultades se pondrán de manifiesto en el momento del ejercicio del derecho. Y es que la propia expresión *facultad* implica actuar o ejercitar un poder o derecho, siendo en esta segunda faz del derecho huelga donde sí se produciría una intervención y actuación de otros sujetos, además del titular del mismo¹⁹.

Centrándonos en las notas distintivas del derecho subjetivo²⁰ de huelga, se podría efectuar un análisis secuencial²¹ de las titularidades del derecho que se manifestarán al momento de su ejercicio²². El primer componente de las facultades que hacen al ejercicio del derecho de huelga es la facultad de convocatoria susceptible de ser efectuada por cualquiera de los titulares de las facultades colectivas del derecho de

¹⁷ Vid. PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel C., *Ámbito subjetivo y titularidad del derecho de huelga*, en BAYLOS, Antonio (dir.), *Estudios sobre la huelga*, Bomarzo, 2005.

¹⁸ Vid. DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho Civil en España*, Civitas, Madrid, 1984, ps. 575-576.

¹⁹ Cfr. GONZÁLEZ DE LA ALEJA, *La titularidad del derecho de huelga* cit., p. 151.

²⁰ De Castro y Bravo señala que el decir que titularidad es sólo pertenencia de un derecho subjetivo conlleva el único peligro de hacer inútil aquel término (vid. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil en España* cit., p. 564).

²¹ La secuencia de facultades de ejercicio del derecho de huelga es tomada de PALOMEQUE LÓPEZ, *Ámbito subjetivo y titularidad del derecho de huelga* cit., ps. 15-17, aunque, como he señalado, el mencionado autor hace referencia a “derechos diferenciados” (diferente titularidad y no diferente titularidad de facultades), construcción sustentada en la sentencia del TC español 11/81 sobre el contenido esencial del derecho de huelga.

²² Mario Ackerman es quien señala que el ejercicio del derecho de huelga tiene *momentos* individuales y colectivos (cfr. ACKERMAN, Mario, *Interés colectivo* [v. nota el pie 13], en ACKERMAN, Mario [dir.], *Relaciones colectivas del trabajo*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007, t. I, p. 28).

huelga. El segundo componente de las facultades del derecho de huelga lo constituye la denominada facultad de adhesión, entendida como la posibilidad de sumarse a huelgas ya declaradas cuyo ejercicio es de carácter individual, pues el derecho a la cesación o abstención temporal del trabajo recae sobre los únicos sujetos laborales de una relación de trabajo. Es en ese momento en el que la huelga declarada por un sujeto colectivo será legitimada de facto –o no–, lo que confirmará el grado de representatividad de dicho sujeto respecto de los intereses del grupo en conflicto, colocándose el plano individual como sujeto actuante de la voluntad colectiva. El tercer componente de las facultades podría identificarse de manera genérica como exteriorización del conflicto, para cuya concreción y buen desarrollo precisa la participación del sujeto colectivo, aunque no de forma ineludible, pues el trabajador singular también participa en acciones de desarrollo de la huelga. Finalmente, la desconvocatoria de la huelga aparecería como determinada por el sujeto colectivo al entender que se obtuvo el resultado perseguido durante el conflicto, aunque el plural sujeto individual será quien convalide su eficacia, pues puede ocurrir que éstos mantengan su posición de no abandonar el ejercicio de su derecho.

Tras dicha enunciación no resulta difícil comprender que la verdadera importancia, la trascendencia de lo colectivo, reside en determinadas facultades de su ejercicio –fundamentalmente, el inicial momento de proclamación o convocatoria de la huelga– y, como se suele sostener, en la titularidad del derecho. Y es que también he señalado que la posición de política jurídica que asigna al derecho de huelga titularidad colectiva genera algunas dudas respecto que sea esa sede de residencia de la titularidad del derecho la que mejor garantice protección y garantía en tanto derecho fundamental²³, reconocido no sólo frente al empresario sino también frente a posibles involuciones del

²³ La noción formal de derecho fundamental a la que nos referimos es tomada de Ferrajoli por Fernando Valdés Dal-Ré como “aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, ciudadanos o personas con capacidad de obrar” (cfr. VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, *Los derechos fundamentales de la persona del trabajador*, en *Libro de Informes Generales*, ponencia oficial presentada en el XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, AUDTSS-SIDTSS, Montevideo, septiembre de 2003, p. 42).

sindicato en sentido burocrático y autoritario²⁴, temor este último que se justifica ante un régimen de sindicato único impuesto por ley, como ocurre en el caso argentino.

2. Limitación del derecho de huelga a partir de la determinación de la titularidad

Señalaba mi querido maestro, el profesor José Vida Soria, siendo senador en la Comisión Constitucional del Senado Constituyente en España y durante el debate previo a la Constitución Española de 1978, que “...la constitucionalización del derecho de huelga es una enorme concesión que la clase obrera hace a la burguesía, una vez que admite y propugna su integración en el ordenamiento jurídico [...] aceptar por parte de la clase obrera, e incluso propugnar, que el derecho se constitucionalice, es una manifestación clara de madurez del movimiento obrero, ya que integra su arma principal, el derecho de huelga, dentro del ordenamiento jurídico, a sabiendas de que de esa manera el ejercicio de su derecho [...] va a ser limitado...” Irrebatible afirmación que lleva a analizar la titularidad del derecho de huelga y no sólo en virtud de sus efectos sobre los legitimados (o no legitimados), sino previo a ello como un ejercicio de limitación estatal sistémica.

Durante el *IX Congreso Nazionale di Diritto del Lavoro* (Fiuggi, Italia, 1988) el profesor Tosi señalaba que la auténtica dicotomía ya no era entre titularidad individual y titularidad colectiva, sino entre titularidad colectiva, como titularidad difusa, y titularidad sindical, es decir, entre titularidad de cada individuo, individuos agrupados de alguna manera, y titularidad referente (a los individuos reconducidos) a los agentes consolidados del sistema contractual. Por aquel año 1988 se desataron conflictos en diversos sectores públicos considerados esenciales para la comunidad (en especial, transporte ferroviario) promovidos por los Cobas (*Comitati dei Basi*), poniendo en duda el convencimiento existente respecto al control de las organizaciones sindicales sobre la convocatoria y el seguimiento de las huelgas, discusión que

²⁴ Cfr. MATIA PRIM, Javier; SALA FRANCO, Tomás; VALDÉS DAL-RÉ, Fernando y VIDA SORIA, José, *Huelga, cierre patronal y conflictos colectivos*, Civitas, Madrid, 1982, ps. 92 y 93.

indefectiblemente repercutió sobre el modelo sindical y generó una riquísima discusión doctrinaria al respecto²⁵.

Volviendo sobre la descripción que a comienzos del presente trabajo contextualizaba el debate constituyente del año 57 en torno a la titularidad del derecho de huelga, y reafirmando que con pocas dudas se ha podido constatar que las posiciones mayoritarias versaron más bien sobre el carácter individual o plural²⁶ de la titularidad del derecho, es decir que existió cierto correlato con el contexto sociopolítico en el que se sancionara el artículo 14 bis²⁷, podría sintetizarse la posición sostenida en la Convención Constituyente por el miembro informante de la mayoría: la huelga “...no es un derecho del sindicato, ni de la asociación profesional, no teniendo necesidad siquiera de ser homologado por los representantes del sindicato”²⁸.

Sin embargo, y no obstante la meridiana claridad del artículo 14 bis de la Constitución Nacional, el accionar de la jurisprudencia mayoritaria se encauzó en la construcción de una tesis restrictiva que, amalgamada con un importante sector doctrinario, optó por discurrir el camino dialéctico inverso al propuesto por el legislador constituyente. Tesis restrictiva que, partiendo de la titularidad del derecho de huelga garantizado al gremio (fenómeno sociológico), dirigió sus esfuerzos interpretativos (y creativos) hacia la justificación de la exclusiva titularidad sindical (orgánica), limitándola más aún, hasta acotarla al ámbito de la asociación sindical con personería gremial.

Con anterioridad al trascendente fallo “Orellano” de 2016 la Corte Suprema de Justicia de la Nación no había tratado el tema de la titularidad del derecho de huelga, salvo algunas excepciones²⁹.

²⁵ Vid. *Lo Sciopero: disciplina convenzionale e autoregolamentazione nel settore privato e pubblico*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 360, cit. por GONZÁLEZ DE LA ALEJA, *La titularidad del derecho de huelga* cit., p. 113.

²⁶ El diputado Bravo señaló que la huelga “...es un derecho de la pluralidad de trabajadores...” (cfr. Convención Nacional Constituyente de Santa Fe, *Diario de Sesiones* cit., p. 1457).

²⁷ Vid. GOLDIN, Adrián, *El trabajo y los mercados*, Eudeba, Buenos Aires, 1997, p. 45.

²⁸ Ídem, p. 1228.

²⁹ Cfr. RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, *Derecho Colectivo del Trabajo*, en *Las instituciones de Derecho Colectivo del Trabajo y la Constitución Nacional*, La Ley, Buenos Aires, ps. 69 y ss.

En autos “Font, Jaime Andrés y otros c/SRL Carnicerías Galli” entendió el máximo tribunal que el derecho de huelga puede ser invocado y ejercido por los gremios aunque no medie ley reglamentaria del Congreso, considerando que el término *gremio* en la Constitución admitía un derecho que alcanzaba incluso a las simples coaliciones³⁰.

Otro antecedente a señalar es el dictamen del entonces procurador general de la Nación, Mario Justo López, en autos “Ricardo H. Esteban c/Metalmadera SRL”, quien concluyó que “...la Constitución Nacional solamente reconoce como sujetos activos del referido derecho (de huelga) a las organizaciones profesionales de trabajadores”, aunque no se pronunció sobre el carácter de entidad más representativa, con el reconocimiento de la autoridad de aplicación de su cualidad, como sucede en general en las sentencias de la Excelentísima Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo”³¹.

Por último, en 1992 el máximo tribunal de la Nación, en autos “Riobo, Alberto c/La Prensa SA”³², dicta un fallo en el que, amparado en la ley 22.105, reconoce de manera excluyente a las asociaciones sindicales sobre la adopción de medidas de acción directa, aunque debe señalarse que el fallo no fue pronunciado por unanimidad sino por la mayoría de cuatro ministros, de los cuales tres determinan la inadmisibilidad del recurso extraordinario (art. 280, CPCCN), sin emitir opinión sobre el particular, y uno de ellos lo hizo según su voto, omitiendo apreciación alguna sobre la cuestión.

Hasta aquí la ausencia de una línea argumental homogénea no obsta concluir que la deconstrucción de la tesis amplia en materia de titularidad del derecho de huelga se sostenía sobre la consolidación de un tipo de titularidad acotada a lo sindical, es decir, una titularidad orgánica.

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en autos “Leiva, H. y otros c/Swift Armour SA”³³, aceptó la

³⁰ Fallos: 254:56.

³¹ Vid. POLLERO, Daniel E., *Consideraciones sobre el derecho de huelga*, en ACKERMAN, Mario (dir.), *Colección de análisis jurisprudencial, Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 239.

³² CSJN, Fallos: 316:145.

³³ SCJBA, 6-7-84, T. y S. S. 1985-353 y s.

medida de acción directa declarada por los propios trabajadores en defensa de sus intereses profesionales por entenderla legítima, aunque cabe aclarar que todo ello en virtud de que tras el golpe de 1976 la legislación de excepción vigente suspendió la actividad gremial, prohibiendo a los sindicatos defender y representar a los trabajadores.

La jurisprudencia mayoritaria de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, a lo largo del tiempo, no se contuvo en afianzar la tesis restrictiva de carácter orgánica, apelando a “creativas” argumentaciones que intentaré analizar.

Tal como señala Pollero, uno de los argumentos a los que ha recurrido la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo ha sido el criterio de exclusividad de la titularidad del derecho de huelga a las asociaciones sindicales con personería gremial, basándose sustancialmente en la norma del artículo 31, inciso a, de la ley 23.551 y en el artículo 1º de la ley 14.250, entendiendo que al ser el sujeto legalmente habilitado para negociar colectivamente, fracasada la negociación y las instancias conciliadoras como etapas previas a todo conflicto, sólo aquéllas estarán habilitadas para su ejercicio³⁴.

Respecto a la reiterada apelación de la ley 23.551, cabe señalar que la ley no reserva el derecho de huelga sólo a las asociaciones con personería gremial (art. 31), sino a los sindicatos en general (art. 5º)³⁵. Ello no obsta destacar que el avance regulatorio restringe el derecho de huelga al ente sindical, es decir, al sindicato como forma jurídica del gremio³⁶.

³⁴ Cfr. POLLERO, Daniel E., *El derecho de huelga*, en VÁZQUEZ VIALARD, Antonio y FERA, Mario S. (coords.), *Institutos del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 466.

³⁵ Mariano Recalde entiende que la ley 23.551 muestra un “razonable equilibrio” entre asociaciones con personería gremial y asociaciones simplemente inscriptas, afirmando que el derecho de adoptar medidas de acción directa se encuentra reconocido por la ley 23.551 (RECALDE, Mariano, *El sistema sindical argentino y la libertad sindical*, en D. T. 2004-B-1040). Dicha lectura parece sustentarse en lo establecido en el artículo 5º y en el artículo 16, inciso i, el que si bien estipula la regulación estatutaria de la huelga sindical, no excluye la legitimidad de otras.

³⁶ Señala Cornaglia que de esa forma se procura llevar el control social a partir de posiciones pro corporativas (CORNAGLIA, Ricardo, *Derecho Colectivo de Trabajo. Derecho de huelga*, La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 110).

Otro de los argumentos que limitan el ejercicio del derecho huelga a determinados sujetos se sustenta en la norma contenida por el artículo 1° de la ley 14.250. Basándose en dicha norma, se sostiene que la huelga se encuentra unida a las negociaciones colectivas como instrumento de presión sobre el resultado de las mismas, entendiéndose que dicha ley, al habilitar sólo al sindicato con personería a negociar convenios colectivos como indefectible conclusión de un conflicto, limita per se la apelación a la huelga a idénticos sujetos³⁷. La identificación del sujeto negociador en la negociación colectiva corre pareja, en consecuencia, a la del titular del derecho de huelga, derecho instrumental al desarrollo de la propia negociación.

Ahora bien, ¿será el convenio colectivo de trabajo la indefectible conclusión de un conflicto? Entiendo que no. Basta recorrer las finalidades de la huelga reconocidas por los órganos de control de la OIT para concluir que las huelgas legítimas pueden producir su cometido sin que éste se manifieste necesariamente en un convenio colectivo de trabajo³⁸.

Pero aun en caso de que se acepte que la conclusión de un conflicto colectivo como parte de una negociación se manifieste necesariamente en una norma colectiva, ¿será exclusivamente la tipología convencional regulada en la ley 14.250? Entiendo que no, pues la ley 14.250 sólo rige ciertas convenciones colectivas firmadas por los sindicatos con

³⁷ Cfr. CNAT, sala V, 31-3-64, D. T. 964-565, entre otros.

³⁸ Respecto a las *huelgas políticas*, el Comité de Libertad Sindical sostuvo 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 (OIT, 1996, párr. 481). En el mismo sentido, al analizar las *huelgas de solidaridad* –entendidas como aquella huelga que se inserta en otra emprendida por otros trabajadores– concluyó que los trabajadores deberían poder recurrir a tales acciones a condición de que sea legal la huelga inicial que apoyen (OIT, 1983b, párr. 217). Cfr. GERNIGON, Bernard; ODERO, Alberto y GUIDO, Horacio, *Principios de la OIT sobre el derecho de huelga*, en *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 117 (1998), N° 4, ps. 477-480. Vale destacar que con la última reforma laboral operada por la ley 25.877 los principios de la OIT en la materia adquieren mayor trascendencia, además de la oportuna incorporación con rango constitucional del Convenio N° 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación operado en la reforma de 1994.

personería gremial³⁹, y, siendo así, aunque se limite la huelga como exclusivamente funcional al proceso colectivo de producción de normas convencionales, si dicho proceso puede encararlo también un sindicato sin personería o un colectivo de trabajadores, será entonces ese sindicato (sin personería gremial) o colectivo de trabajadores quien, *por ende*, goce del derecho de huelga⁴⁰.

Por otra parte, la admisión de la huelga como un derecho cuyo ejercicio se habilita sólo a los sindicatos con personería gremial en tanto sujetos negociales plantea algunas dudas respecto a la disponibilidad de la huelga que efectivicen aquellos sindicatos en las cláusulas de paz absoluta establecidas en los convenios colectivos de trabajo como contenido obligacional de los mismos⁴¹.

En cuanto a las instancias de conciliación establecidas en la ley 14.786 que han sido también sostenidas como argumento de la titularidad orgánica del derecho de huelga (la del sindicato con personería gremial), vale destacar que la norma hace referencia a “las partes” y no específicamente al sindicato. Dicha definición legal, además de poner en duda la titularidad exclusiva del sindicato con personería gremial, hace lo propio con la construcción jurisprudencial y doctrinaria que confía a la huelga el limitado rol de instrumento de presión en el

³⁹ Cfr. RAMÍREZ BOSCO, *Derecho de huelga* cit., ps. 46-47. Sobre la trascendencia de los convenios no enmarcables en la ley 14.250, vid. GOLDIN, *El trabajo y los mercados* cit., p. 87.

⁴⁰ Vid. CAPÓN FILAS, Rodolfo, *El nuevo Derecho Sindical argentino*, Platense, La Plata, 1989, p. 427.

⁴¹ El derecho de huelga desde una concepción no orgánica impediría que los sindicatos dispongan del mismo en los convenios colectivos, de modo que las cláusulas de paz absoluta negociadas sólo afectarían a ellos en calidad de organización firmante. Sin embargo, la ley 14.250 establece que las convenciones colectivas homologadas regirán respecto de todos los trabajadores de la actividad. Así pues, siendo el sindicato con personería gremial el único que puede negociar convenios con efecto *erga omnes*, no sólo se estaría afectando el derecho individual de cada trabajador y/o el derecho colectivo de los gremios, sino que además tornaría ilusoria la supuesta pluralidad sindical que promociona el Estado nacional mediante la ley 23.551. Ello es así pues a las facultades exclusivas que dicha norma dota al sindicato con personería gremial se agrega el despojamiento del derecho de huelga a aquellas asociaciones sindicales simplemente inscriptas mediante negociación colectiva de eficacia general, disponibilidad del derecho de huelga que, de paso, concertarán el sindicato con personería gremial y el empresario o la representación empresaria.

marco de las negociaciones colectivas. Ello es así pues la Ley de Conciliación Obligatoria no aparece puesta en función exclusiva de la negociación colectiva sino, por el contrario, que es la Ley 23.546 de Procedimiento para la Negociación Colectiva la que remite al sistema de conciliación obligatoria los diferendos que se susciten en el marco de las negociaciones de convenios colectivos.

La construcción organicista que enmarca la huelga exclusivamente como medio de presión sindical en el marco de la negociación colectiva parece perseguir un orden un tanto ilusorio⁴², alejando cierto temor a las huelgas salvajes⁴³ (*wild strikes, grèves sauvages*) o no sindicales, sobre el que algunas expresiones doctrinarias y jurisprudenciales parecen sustentar la necesaria administración del conflicto por la organización sindical responsable.

Cabe coincidir respecto a la responsabilidad que supondría la conducción sindical de la huelga, máxime en conflictos de cierta envergadura que persigan fines económicos importantes donde se exija –en mayor medida que una huelga local o limitada a un establecimiento– un estudio profundo de la situación, un cálculo estratégico afinado y experiencia negocial⁴⁴.

Pero también cabe reconocer que la huelga no sindical, lejos de la disfuncionalidad que pareciera adjudicársele, podría constituir una señal de asfixia generada desde las bases, una reacción de los trabajadores alejados de la conducción sindical⁴⁵. Reacción que, anulada que fuera, potenciaría una tendencia monopolista patológica que desvirtuaría el sistema de relaciones colectivas⁴⁶ y conllevaría a la anulación de un derecho constitucionalmente reconocido a los trabajadores.

⁴² Pareciera que en dicho sentido y atento a la complejidad actual de las relaciones industriales Ramírez Bosco califica dicha posición como antigua (cfr. RAMÍREZ BOSCO, *Derecho de huelga* cit., p. 46).

⁴³ Término que, como señalara Palomeque López, deja a las claras las relaciones entre ideología y lenguaje en la denominación de fenómenos sociales (cfr. PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel C., *La titularidad del derecho de reunión sindical y la legitimación para convocar asambleas informativas de afiliados a un sindicato*, en *Civitas. Revista española de Derecho del Trabajo*, N° 87, 1998, p. 150).

⁴⁴ Cfr. KROTOSCHIN, *Tratado práctico de Derecho del Trabajo* cit., p. 217.

⁴⁵ Vid. GIANIBELLI, Guillermo, *Fricciones en el sistema sindical*, en *La causa laboral* (A. A. L.), Año V, N° 17, Buenos Aires, mayo de 2005, ps. 37-38.

⁴⁶ Pareciera verse en aquellos autores que entienden que el modelo sindical ar-

El temor respecto de las huelgas no sindicales⁴⁷ que fundamenta la limitación del ejercicio del derecho de huelga mediante la técnica de la titularidad colectiva asignada exclusivamente al sindicato con personería gremial (orgánica corporativa⁴⁸) parece cuando menos excesiva. Nótese que nuestro régimen jurídico, por un lado, impone instancias obligatorias de conciliación previa a todo conflicto y, por otro, regula la huelga en los servicios esenciales⁴⁹, lo que habla a las claras de un margen de por sí acotado para el uso del derecho por parte de los trabajadores.

Cabe finalmente destacar que sobre comienzos del siglo la jurisprudencia de la Cámara mostraba signos de agotamiento de una tesis, por excesivamente restrictiva, de difícil sostenimiento. A partir de ello inició lo que he denominado una línea de “revisionismo” respecto de la postura tradicional sobre la titularidad del derecho del huelga. Entre ellos, el ya mencionado fallo de la Cámara “Orellano c/Corasa”, que diera origen al fallo de la Corte, pero también “Millicay c/Corasa” y “Juárez c/Farmacity”, ambas sentencias fundadas en que “...conforme a lo establecido por la Declaración Sociolaboral del Mercosur en su artículo 11, el derecho de huelga queda garantizado a ‘todos los trabajadores’, lo que implica reconocer que el sujeto del derecho de huelga son los trabajadores, aun cuando se trate de un derecho de ejercicio colectivo”. Llamativo soslayamiento del artículo 14 bis, sobre cuya claridad meridiana no volveré a insistir, poniendo en duda la funcio-

gentino es compatible con la libertad sindical cierta atención sobre el fenómeno, llevando a reconocer el derecho de huelga tanto a las organizaciones sindicales simplemente inscriptas como a las que posean personería gremial en sentido contrario a lo sostenido por la jurisprudencia mayoritaria; por todos vid. RECALDE, Mariano, *El sistema sindical argentino y la libertad sindical*, en D. T. 2004-B-1030 a 1046, y CORTE, Néstor, *Regulación de la huelga en los servicios esenciales*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1991, p. 42.

⁴⁷ Vid. JELIN, Elizabeth, *Protesta obrera*, Nueva Visión, Buenos Aires, 1974.

⁴⁸ Parece más acertado hablar de teoría *orgánica corporativa* en tanto en cuanto se asigna la titularidad sólo a un tipo de sindicato (aquel más representativo) para diferenciarla de la *orgánica* (simple) que reconoce la titularidad a la organización sindical (incluso al colectivo o gremio) en contraposición a la teoría *no orgánica* que asigna al trabajador individual la titularidad del derecho.

⁴⁹ Vid. GARCÍA, Héctor, *La huelga en los servicios esenciales*, en ACKERMAN (dir.), *Relaciones colectivas del trabajo* cit., t. II, ps. 805-882.

validad del instrumental normativo internacional cuando, sobre todo, a él se apela en detrimento de normas de jerarquía constitucional.

3. El fallo “Orellano” y la titularidad orgánica del derecho de huelga

En el caso “Orellano”⁵⁰ el trabajador reclamó la nulidad del despido dispuesto por su empleador, el Correo Argentino, tras su participación en la convocatoria y realización de medidas de fuerza que afectaron gravemente el desarrollo normal de la labor en su centro operativo de Monte Grande. Solicitó su reinstalación, el pago de salarios caídos desde su despido y un resarcimiento por daño moral por tratarse de un despido nulo en los términos de la ley 23.592 (conocida como Ley Antidiscriminatoria). La sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo admitió la demanda entendiendo que el derecho de huelga corresponde al gremio entendido como grupo de trabajadores.

Contra la sentencia de la Alzada, la demandada interpuso recurso extraordinario, que fue desestimado por la Cámara. Ante el recurso de queja por denegatoria del extraordinario, la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió hacer lugar a la queja y dejar sin efecto la sentencia de la sala I con el alcance indicado.

El máximo tribunal afirmó en el anteúltimo párrafo del considerando 10 que la “disparidad de opiniones permite afirmar que el debate exhibió una indecisión en lo que hace a la fijación de los conceptos, y que, en realidad, sólo dejó bien en claro que el derecho a declarar una huelga es de carácter gremial y no individual”. Ahora bien, luego de semejante constatación, la Corte Suprema, en el párrafo siguiente, serpentea para afirmar que “no es posible apoyarse en lo debatido en la Convención Constituyente para arribar a una conclusión definitiva sobre el punto...” y remite a lo que parecería ser “la doctrina” del fallo “Orellano” expuesta en el considerando 8°.

Puntualmente, en lo que respecta al fallo “Orellano”, podrá constatar el operador jurídico que los argumentos por los cuales el alto tribunal

⁵⁰ CSJN, 7-6-2016, “Orellano, Francisco Daniel c/Correo Oficial de la República Argentina SA s/Juicio sumarísimo”, magistrados: Lorenzetti, Highton de Nolasco y Maqueda.

concluye que la titularidad de la huelga corresponde al sindicato no han sido particularmente generosos. Quizás se podría conjeturar que en realidad ha sido la imposibilidad de encontrar o construir argumentos sólidos lo que llevó a la elaboración de la *ratio decidendi* que se yergue en el considerando 8°.

En cuanto al ejercicio interpretativo que persigue desentrañar el espíritu del constituyente del año 1957, la Corte Suprema de un lado afirma que la disparidad de opiniones sólo dejó bien en claro que el derecho a declarar una huelga es de carácter gremial y no individual, aunque, dicho aquello, luego consigna que “no es posible apoyarse en lo debatido en la Convención Constituyente para arribar a una conclusión definitiva sobre el punto...” y remite a lo expuesto en el considerando 8°.

Por su parte, las normas internacionales traídas a debate en la sentencia lejos están de acercar una respuesta al problema planteado en el fallo “Orellano”, ello es, la titularidad del derecho de huelga. En lo que respecta a la OIT, la cita efectuada en el considerando 11 y que criteriosamente señala: “no parece que el hecho de reservar exclusivamente a las organizaciones sindicales el derecho de declarar una huelga sea incompatible con las normas establecidas en el Convenio N° 87”⁵¹ confirma que el hecho de no reservar exclusivamente a las organizaciones sindicales el derecho a huelga tampoco parece que sea incompatible con la libertad sindical⁵². En su artículo 3.1, el Convenio N° 87 resguarda el derecho de las organizaciones de trabajadores para formular su “programa de acción” y en el artículo 10 establece que entiende por organización “...toda organización de trabajadores o de empleadores que tenga por objeto fomentar y defender los intereses de los trabajadores...” Del juego de sendos artículos se desprende la construcción de una titularidad del derecho de huelga, abarcativa tanto de trabajadores formalmente organizados

⁵¹ Oficina Internacional del Trabajo, *La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, 5ª ed. rev., Ginebra, 2006, 524, p. 116.

⁵² Sobre el derrotero de la cuestión de la huelga en el seno de la OIT, por todos, vid. BELLACE, Janice, *L'OIT et le droit de grève*, en *Revue Intenationale du Travail*, vol. 153 (2014), N° 1, ps. 31 y ss.

en un sindicato hasta aquellas acciones espontáneas decididas por un grupo de trabajadores en defensa de sus intereses.

En cuanto a las demás normas internacionales citadas, tanto el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 8.c) como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 45.c) y la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales (arts. 26 y 27) lejos se encuentran de abreviar a la tesis de la exclusiva o preferente titularidad orgánica de la huelga. Tampoco los antecedentes jurisprudenciales “ATE” y “Rossi” –como bien señala el alto tribunal– agregan nada en esta oportunidad.

Ante la angustiante ausencia de argumentos que nos sumergiría en una pesadilla hartiana⁵³, la Corte basa su posición respecto a la titularidad del derecho de huelga en la elaboración interpretativa en el forzado contenido del considerando 8°.

El máximo tribunal se centra en interpretar la significancia y significado del vocablo *gremio* contextualizado por lo que he denominado la “ubicación geográfica gramatical” dentro del artículo 14 bis. Entiende la Corte que al “insertarse en el segundo bloque que contiene el catálogo de los derechos reconocidos a las entidades gremiales”, y al hacerlo “inmediatamente después de la disposición final del primer bloque que reconoce el derecho de sindicación de los trabajadores”, desde “una perspectiva de análisis que hace pie en el examen integral del texto de la norma constitucional”, no caben dudas del hecho de que la titularidad del derecho a declarar una huelga pertenece a un colectivo de trabajadores organizados en función de intereses comunes.

Según lo expresado por el máximo tribunal, cabe destacar –no sin estupor– que confunde la titularidad del derecho de huelga con la titularidad de una de las facultades de ese derecho (la facultad de la declaración de la huelga, eminentemente colectiva). Es decir, ni la Corte Suprema pudo, supo, quiso, ordenar el instrumental jurídico. En la misma línea de desacierto, la sentencia en cuestión nuevamente resuelve que la titularidad del derecho es de carácter “colectivo no orgánico” (gremial), tras afirmar que lo que entiende como la titularidad

⁵³ Cfr. HART, Herbert L. A., *Essays in jurisprudence and philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 1983, ps. 123 y ss.

de la huelga⁵⁴ pertenece a un “colectivo de trabajadores organizados en función de intereses comunes”. Esta última definición de gremio, según he reiterado en diversas oportunidades, es uno de los más certeros aportes del decisorio. Lo que no se logra comprender es realizando qué recorrido argumental, apelando a qué argumentos jurídicos, desanda lo afirmado y vuelve a cejar para, con menor claridad, asimilarla a sindicatos.

La Corte, en un giro de 360° tras invocar en su argumental al “gremio” sujeto titular del derecho, retorna de modo circular –que haría el deleite de Borges– a la prevalente visión orgánica del derecho de huelga sin más justeza que asimilar el “vocablo *gremio* al de *sindicato*”⁵⁵. Inexplicablemente, argumenta que 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, apreciación esta última que desde mi punto de vista exagera el rol de control que le asigna el constituyente del 57 al Estado: “la simple inscripción”, cuando, desde mi punto de vista, el objetivo de dicha poco elegante referencia constitucional en realidad persigue justamente lo contrario: ahuyentar aquella tentación estatal por incorporar al sindicato bajo su órbita mediante un régimen de “excesivo control” (como lo fuera el régimen infraconstitucional de la personería gremial anterior a la reforma)⁵⁶.

⁵⁴ A la que confunde, nuevamente, con la titularidad de la declaración de la huelga.

⁵⁵ *Gremio*, del latín *gremium*, “regazo”, “seno”. 2. m. Conjunto de personas que tienen un mismo ejercicio, profesión o estado social. *Sindicato*, del latín medieval *syndicatus*, “junta de síndicos”. 1. m. Asociación de trabajadores para la defensa y promoción de sus intereses (Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*).

⁵⁶ La expresa mención en la que el constituyente de 1957 estableció que la existencia de un sindicato debía, de manera libre y democrática, ajustarse a una sola formalidad: la simple inscripción en un registro. Dicha particular redacción resulta extraña y de difícil explicación si no se contextualiza (¿Por qué dejar expresamente aclarado en la Carta Magna el requisito exclusivo de “simplemente inscribirse en un registro”?). En cambio, se comprende fácilmente y se explica teniendo a la vista la

En el mismo considerando subyace el germen de la *ratio decidendi*. Señala el máximo tribunal que no resulta lógico admitir que “a renglón seguido” (sic) del mentado artículo 14 bis de la Constitución Nacional 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 recaudos⁵⁷ como a simples grupos informales a los que no les exige satisfacer ninguno de ellos.

Concluyo señalando nuevamente que la “profundidad” con que el ejercicio argumental del fallo se expande a lo largo y a lo ancho del considerando 8º podría llevar a elucubrar –en este, mi caso, como un ejercicio meramente académico– que en realidad el hecho de situar las prerrogativas que en el segundo párrafo del artículo 14 bis le otorga a los “gremios”, en lugar de pretender asimilarlas a la del sindicato optan, por el contrario, por diferenciarse, pues el legislador constituyente pretendió dejar abierta la posibilidad de que un gremio tenga goce efectivo de tales derechos sin descartar, claro está, al sindicato (primero el gremio, luego el sindicato). Sin embargo, cualquier tentación especulativa en ese sentido habría de redundar en desatinadas conclusiones alejadas del fundamento jurídico, similares a las del propio fallido constructo argumental elaborado por el máximo tribunal.

normativa infraconstitucional preexistente (decreto 23.852/45) que configuró el régimen de sindicato único en la Argentina tras el otorgamiento estatal –de manera exclusiva y excluyentemente– de aquellas prerrogativas vitales para defender los derechos colectivos de los trabajadores a la organización más representativa, el sindicato con personería gremial (cfr. SLAVIN, Luis Pablo y SARDEGNA, Miguel Ángel, *Derecho Colectivo del Trabajo*, Eudeba, Buenos Aires, 1999, p. 66). La entidad sociológico-jurídica que el legislador y la doctrina le han dado al sindicato “simplemente inscripto” se alinea con tantas otras acciones tendientes a intentar justificar un sistema sindical de unidad impuesto por la ley y promocionado desde el Estado que nada tiene que ver con la dispuesto por la Constitución Nacional. Dicha posición encuentra correlato con el contexto sociopolítico en el que se sancionara el artículo 14 bis (vid. GOLDIN, *El trabajo y los mercados* cit., p. 45).

⁵⁷ No se comprende el alcance de la frase “todos esos recaudos”. Podría intuirse que refiere a la inscripción (que sería en todo caso un solo recaudo) en un registro cuya simpleza lejos parece erigirla en amenazante recaudo.

4. Reflexiones finales

El tratamiento de la titularidad del derecho de huelga en la Argentina ha sido contradictorio: reformas constitucionales que ignoraron su centralidad, otras que le otorgaron una abarcabilidad amplia al derecho de huelga garantizando su ejercicio a diversos sujetos, y luego inexplicables normas infraconstitucionales que acotaron brutalmente la delimitación constitucional de la titularidad del derecho.

Tributa a dicho devenir un tratamiento doctrinario no del todo sofisticado que, ignorando la diferencia entre titularidad del derecho y titularidad de las facultades de dicho derecho, supo emprender caminos analíticos sin instrumental jurídico (aunque no sean basales) y en el peor de los casos respondiendo a intereses coyunturales sectoriales alejados del *aurea mediocritas*. La jurisprudencia ha sabido aportar al contexto descrito sin saber, o sin poder, huir del pantanoso contexto construido desde la doctrina.

Al día de hoy, la Corte pareciera haber acercado cierta racionalidad en clave de gobernanza de las relaciones colectivas de trabajo en lo que respecta a la titularidad del derecho de huelga. Racionalidad que también, por cierto, es susceptible de ser discutida. Pero aun estando de acuerdo con el tipo de solución construida, su basamento jurídico es tan endeble que se configuró –una vez más– una certeza sobre el presente en la cual anida incertidumbre hacia el futuro.

ÍNDICE SUMARIO

ÍNDICE GENERAL	7
<i>Prólogo</i> , por LORENZO P. GNECCO.....	9

SERVICIOS ESENCIALES. MEDIDAS DE ACCIÓN DIRECTA. DERECHOS DEL CONSUMIDOR

por MARCELO AQUINO

I. Introducción	21
II. Concepto de servicios esenciales	22
III. Fuentes	24
IV. Derecho Comparado	25
1. Brasil	25
2. Chile	26
3. Italia	29
V. Argentina. Antecedentes	32
VI. Marco legal en Argentina.....	33
1. Los servicios esenciales en la ley 25.877. El decreto 272/2006	35
2. Jurisprudencia	38
3. Actuación de la Comisión de Garantías.....	41
VII. <i>Lock-out</i> , y su posible aplicación del marco legal de huelga en servicios esenciales en Argentina	44
VIII. Los servicios esenciales y el Derecho del Consumidor.....	47
IX. Conclusiones	48

PRINCIPIOS Y REGLAS EN CONFLICTOS DE ENCUADRAMIENTO

por CÉSAR ARESE

I. Una nueva ronda de conflictos de encuadramiento	51
II. Conflictos de encuadramiento sindical	54
A. Concepto	54
B. Trascendencia	55
C. Particularidad del sector público	56
D. Objeciones	57
E. Criterios de resolución en los encuadramientos sindicales	58
1. Proyección del ámbito asociacional fijado por resolución de otorgamiento de personería sindical	58
2. Actividad	60
a) Existencia de actividad comprendida	60
b) Actividad principal	60
c) Actividad específica	61
3. Especialidad	62
4. Preponderancia de la personería gremial posterior sobre la anterior	63
5. Voluntad asociativa de los trabajadores y empleadores	63
F. Procedimiento de resolución	64
G. Sujetos y efectos	68
III. Conflictos de encuadramiento convencional	73
A. El sistema de fuentes normativas laborales	73
B. El convenio colectivo como norma	73
C. La interpretación especial del Derecho convencional	74
D. Sujetos y efectos	75
E. Las normas convencionales con relación a las reglas generales	76
F. Necesidad de una interpretación especial	76
1. Hermenéutica	76
a) La especialidad de la interpretación colectiva	77

b) Principio de indivisión de controversias interpretativas de los convenios colectivos	77
c) Prioridad de la hermenéutica heterónoma laboral o sindical y de la autónoma en su caso	77
d) Integración de las reglas de los acuerdos de voluntades del Derecho común y los principios del Derecho del Trabajo y Derecho Sindical	78
2. Principios de resolución de conflictos	78
a) Ajuste normativo o convención colectiva competente	79
b) Unidad convencional	80
c) Actividad principal	80
d) Profesionalidad	81
e) Proximidad y especialidad	82
f) Mayor cantidad de trabajadores incluidos	82
g) Representación	82
h) Temporalidad	84
i) Conjunto normativo más favorable	84
j) Razonabilidad	85
k) Multiplicidad de criterios	85
l) El fraude laboral convencional	86
G. Procedimientos de resolución de conflictos de encuadramiento convencional	88
IV. Conclusiones	89
Bibliografía	90

**LA TITULARIDAD DEL DERECHO DE HUELGA
Y LA DESARTICULACIÓN PRETORIANA DEL
“MODELO SINDICAL ARGENTINO”**

por CARLOS CÉSAR ARONNA

I. El “modelo sindical argentino”	93
II. El embate contra el modelo sindical en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación	95

III. El derecho de huelga en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional.....	97
IV. La titularidad del derecho de huelga en la doctrina nacional.....	99
V. El fallo “Orellano...”, un nuevo paso hacia la desarticulación del “modelo sindical”.....	102

EL INCLAUDICABLE CAMINO DE LA HUELGA

por ABEL N. DE MANUELE

I. Introducción.....	105
II. Algunos antecedentes.....	107
III. La tutela jurídica en nuestro Derecho.....	110
IV. La titularidad del derecho de huelga. Una vieja polémica.....	115
a) Titularidad individual.....	116
b) Titularidad colectiva.....	118
b.1) Inorgánica.....	118
b.2) Orgánica restringida.....	120
b.3) Orgánica amplia o plural.....	122
c) Teorías intermedias.....	126
V. La huelga y el daño.....	127
VI. A modo de reflexión.....	130

EL DERECHO DE HUELGA: MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL. AVANCES Y RETROCESOS

por VIVIANA MARIEL DOBARRO

I. Introducción.....	133
II. La reglamentación del derecho de huelga con anterioridad a su reconocimiento constitucional.....	140
III. El reconocimiento constitucional del derecho de huelga.....	143
IV. La reglamentación del derecho de huelga con posterioridad a su reconocimiento constitucional.....	145

V. Estado actual de la reglamentación	157
1. Constitución Nacional y tratados con jerarquía constitucional.....	157
2. Otros tratados internacionales y convenios de la Organización Internacional del Trabajo.....	157
3. Leyes 14.786 y 25.877	165
4. Decreto 272/2006.....	167
VI. Lineamientos jurisprudenciales en torno al derecho de huelga	171
1. Concepto.....	171
2. Titularidad.....	172
a) Corte Suprema de Justicia de la Nación.....	172
b) Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo	174
3. Salarios durante la huelga.....	177
4. Finalidad de la huelga. Daño producido	179
5. Despido por huelga	180
6. Reincorporación de los despedidos por huelga	184
7. Acto discriminatorio por razones gremiales.....	185
8. Actos intimidatorios. Violencia en contexto de huelga	187
9. Despido del delegado gremial por su participación en la huelga	190
10. Conflictos colectivos de trabajo y conciliación obligatoria	191
11. Calificación de la huelga y sus efectos	192
VII. Conclusiones	193

**LOS CONFLICTOS COLECTIVOS EN LA ACTUALIDAD:
INDIVIDUACIÓN, EMPRESARIALIZACIÓN
Y DESCOLECTIVIZACIÓN**

por ALEJANDRO RAÚL FERRARI

.....	195
1. Restricciones al ejercicio del derecho de huelga	196
2. ¿Conflictos colectivos o conflictos “pluriindividuales”?	198

3. Individuación. El caso “Tandanor”	200
4. Empresarialización. El caso “Vaca Muerta”	202
4.1. Indisponibilidad colectiva (Derecho)	202
4.2. Disponibilidad colectiva (ideología)	203
5. Descolectivización: el caso “Suteba”	205

**APUNTES SOBRE LA LEGALIDAD
DEL “LOCK-OUT”**

por LORENZO P. GNECCO

I. Introducción	211
II. Terminología	213
III. Ámbitos de manifestación	216
IV. Antecedentes	219
V. Concepto	220
VI. ¿Medio de presión patronal?	221
VII. ¿Contrahuelga?	223
VIII. Elementos de conformación	223
1. El hecho	224
2. Sujetos	225
2.1. Sujeto activo	225
2.2. Sujeto pasivo	226
3. Finalidad	227
IX. Tipos	229
1. <i>Lock-out</i> defensivo	229
2. <i>Lock-out</i> ofensivo	233
3. <i>Lock-outs</i> de solidaridad y de protesta	235
X. Licitud e ilicitud del <i>lock-out</i>	237
XI. Fundamentación constitucional	244
XII. Casos que justificarían el <i>lock-out</i> defensivo	251
XIII. Efectos	264
XIV. Consideraciones finales	266

**ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LAS
RAZONES DEL CONFLICTO LABORAL**

por HORACIO LAS HERAS

1. Delimitación y alcance.....	269
2. Aproximación a la categoría conceptual del conflicto laboral	270
3. El problema en la sociedad industrial.....	271
4. La inmanencia del conflicto en la economía capitalista	273
5. Las bases o razones del conflicto en el marco de las relaciones laborales	274
5.1. Conflicto y poder.....	276
5.2. Conflicto e intereses	278
5.3. El conflicto y los procesos de producción o explotación ...	278
5.4. Conflicto y contratación	279
5.5. Conflicto y comportamiento	280
5.6. Conflicto y organización del trabajo	280
5.7. Conflicto. Resistencia y adaptación	284
5.8. Conflicto e información.....	285
5.9. Conflicto y cooperación	287
5.10. Conflicto y mercado	288
5.11. Conflicto y la economía	289
Conclusiones.....	289

LA HUELGA EN SU CONTEXTO, 2018

por JUAN MANUEL LORENZO

.....	291
-------	-----

**CONFLICTOS COLECTIVOS. COMPOSICIÓN
O AUTOCOMPOSICIÓN, ÉSE ES EL DILEMA**

por JORGE OSCAR MORRESI

I. Introducción.....	301
1. La relación de conflicto	302

2. ¿Quiénes son los sujetos que participan en la relación de conflicto?.....	305
3. El interés colectivo sustrato del conflicto	314
4. Tipos de conflicto	315
II. El dilema	316
1. El planteo.....	316
2. La negociación colectiva.....	319
3. La conciliación.....	322
a) Características.....	322
b) Concepto.....	323
c) Conciliación voluntaria	324
d) Conciliación obligatoria.....	325
e) Procedimiento preventivo de crisis.....	329
4. El arbitraje	331
a) Arbitraje voluntario	333
b) Arbitraje obligatorio.....	336
5. Las consecuencias	341
III. Conclusiones	346

**ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO A LA
TITULARIDAD DEL DERECHO DE HUELGA**

por JUAN PABLO MUGNOLO

1. La centralidad del ejercicio del derecho de huelga	349
2. Limitación del derecho de huelga a partir de la determinación de la titularidad.....	356
3. El fallo “Orellano” y la titularidad orgánica del derecho de huelga.....	364
4. Reflexiones finales	369

LA COMPOSICIÓN Y DIAGRAMACIÓN SE REALIZÓ EN
RUBINZAL - CULZONI EDITORES Y SE TERMINÓ DE IMPRIMIR
EL 22 DE NOVIEMBRE DE 2019 EN LOS TALLERES GRÁFICOS
DE IMPRENTA LUX S. A., H. YRIGOYEN 2463, SANTA FE

