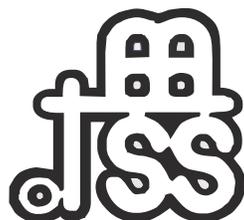


**ASOCIACIÓN ARGENTINA DE
DERECHO DEL TRABAJO
Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL**



ANUARIO

2022

Año XIII - NÚMERO 13



**RUBINZAL - CULZONI
EDITORES**

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

Presidente	HÉCTOR CÉSAR GUIADO
Vicepresidente	MARÍA TERESA ALONSO PARDO
Secretaria	SILVIA GUTIÉRREZ GARAY
Tesorero	ABEL DE MANUELE
Prosecretaria	LILIANA RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ
Protesorero	MIGUEL ÁNGEL GORLA
Vocales titulares	VICTORIA PÉREZ TOGNOLA LUCAS CAPARRÓS RICARDO FOGLIA ESTEBAN CARCAVALLO
Vocales suplentes	MARIO FERA DIEGO LEDESMA ITURBIDE
Revisores de cuentas	JUAN MANUEL LORENZO 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

HÉCTOR CÉSAR GUIADO

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

Anuario N° 13, año XIII, 2022 : Asociación Argentina de
Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social / Héctor
César Guisado ... [et al.]. - 1ª edición. - Santa Fe :
Rubinzal-Culzoni, 2024.

336 p. ; 23 × 16 cm.

ISBN 978-987-30-4884-5

1. Derecho. I. Guisado, Héctor César.

CDD 344.01

RUBINZAL - CULZONI EDITORES

de RUBINZAL Y ASOCIADOS S. A.

Talcahuano 442 – Tel. (011) 4373-0544 – C1013AAJ Buenos Aires

Queda hecho el depósito que dispone la ley 11.723

IMPRESO EN ARGENTINA

ÍNDICE GENERAL

<i>Prólogo</i> , por HÉCTOR CÉSAR GUIADO	9
--	---

DERECHO INDIVIDUAL

<i>El dispositivo de prevención de la evasión en materia laboral y previsional: la reforma introducida por la ley 25.345 y las nuevas regulaciones necesarias</i> , por NAHUEL ANDREU	23
<i>Trabajo a distancia y teletrabajo. Análisis comparativo de la ley 27.555 con la legislación española</i> , por PABLO CANDAL	67
<i>La protección contra el despido arbitrario como garantía de consumo. Una interpretación del mandato constitucional protectorio desde la teoría relacional del contrato de trabajo</i> , por SEBASTIÁN COPPOLETTA	99
<i>Derecho del Trabajo. “De lege ferenda”</i> , por GRACIELA A. GONZÁLEZ	133
<i>“La e-inclusión”</i> , por JIMENA RODRÍGUEZ URIZAR	157

DERECHO COLECTIVO

<i>Pinceladas de la Opinión Consultiva CIDH 27/2021 sobre el estado de la discusión del Derecho Colectivo del Trabajo en la Argentina</i> , por GUSTAVO A. CIAMPA	171
<i>Encuadramientos impropios</i> , por HEBE GARCÍA BORRÁS	209
<i>Intervención de los órganos jurisdiccionales en el ámbito del Derecho de las relaciones colectivas del trabajo. Algunas propuestas y reflexiones</i> , por DIEGO MARCELO LEDESMA ITURBIDE	237

<i>Sobre algunos aspectos críticos del sistema argentino de negociación colectiva en clave “de lege ferenda”, por JUAN PABLO MUGNOLO.....</i>	265
<i>Sobre el sujeto sindical tradicional y la fuga de representatividad, por GUIDO A. SEREN NOVOA</i>	289
ÍNDICE SUMARIO	327

PRÓLOGO

“DE LEGE FERENDA”

Es relativamente frecuente en el lenguaje jurídico el uso de las locuciones latinas *de lege lata* y *de lege ferenda* para referir, respectivamente, a las leyes actuales y a las leyes a dictarse. Ambas formas provienen del verbo *fero* (*tuli, latum*), que, en este contexto, se puede traducir como *aprobar una ley*, de manera que el participio pasado *lata* adjetiva una norma ya aprobada y vigente, mientras que *ferenda* califica una norma en proceso de aprobación (comúnmente, que debiera aprobarse desde el punto de vista de quien la propone)¹.

El título de este *Anuario* es, precisamente, *Derecho del Trabajo: “de lege ferenda”*. Pero, ¿por qué emplear aquí este latinismo en lugar de la tan conocida palabra “reforma”?

Según el *Diccionario de la lengua española*, “reformular” significa, en su primera acepción, “volver a formar, rehacer”; y, en su segunda acepción, “modificar algo, por lo general con intención de mejorarlo”. Es decir que una reforma puede implicar tanto un cambio profundo, que implica deshacer algo y hacerlo de nuevo, como un cambio menor, que sólo aspire a mejorar lo que ya está hecho.

Pero en la experiencia argentina (y latinoamericana en general) de las últimas décadas, la expresión “reforma laboral” suele asociarse más bien a cambios del primer tipo (es decir, profundos), tendientes casi siempre a reducir el esquema de protección laboral. Es decir, a las reformas flexibilizadoras².

¹ BARQUÍN SANZ, Jesús, *Lenguaje y Derecho. Nota sobre el uso del idioma por los penalistas*, en *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, N° 13, 2018, p. 106.

² Cfr. BRONSTEIN, Arturo, *Reforma laboral en América Latina: entre garan-*

No es este último el enfoque que hemos querido dar a este *Anuario*. Nuestra Asociación, como tal, no se involucra en el debate político, sin perjuicio de las opiniones personales que cada uno de sus socios pueda abrigar. La idea que nos propusimos era simplemente invitar a distintos autores, de diversas orientaciones, para que, sin condicionamientos de ninguna especie, expresaran cada uno de ellos su juicio personal sobre los aspectos del Derecho individual o Colectivo del Trabajo, en los que, según su parecer, resultara necesario o conveniente introducir algún tipo de modificación legislativa. Objetivo modesto, que esperamos haber cumplido con la seriedad científica que caracteriza a esta colección.

La primera parte de este *Anuario* versa sobre el *Derecho individual del Trabajo*. Paso a reseñar las monografías, por orden alfabético de sus autores.

Nahuel Andreu titula su colaboración *El dispositivo de prevención de la evasión en materia laboral y previsional: la reforma introducida por la ley 25.345 y las nuevas regulaciones necesarias*. En primer término, analiza el debate legislativo que precedió a la sanción de dicha ley, con el objetivo de entender los motivos que guiaron la adopción de las medidas destinadas a prevenir la evasión en materia laboral y previsional, aunque se muestra decepcionado con el resultado de ese escrutinio. Seguidamente efectúa un prolijo examen de cada una de aquellas medidas: a) la sanción conminatoria mensual del artículo 132 bis de la LCT; b) las cargas u obligaciones que pesan sobre los distintos operadores jurídicos (trabajadores y autoridades judiciales y administrativas) de informar a la Administración Federal de Ingresos Públicos sobre las posibles irregularidades en materia de registro de las relaciones laborales, y c) la “sanción indemnizatoria” (así la denomina el autor) del artículo 80 de la LCT. En este segmento formula reflexiones *de lege lata*, entre las que se destaca la opinión de que, contrariamente a lo sostenido durante mucho tiempo por la doctrina, los jueces estarían facultados para morigerar la sanción conminatoria con apoyo en las disposiciones de los artículos 1714 y 1715 del Código Civil y Comercial. En cuanto a las proposiciones *de lege ferenda*,

tismo y flexibilidad, en *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 116, Nº 1, 1997, p. 5; disponible online en [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09645/09645\(1997-116-1\)5-27.pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09645/09645(1997-116-1)5-27.pdf).

sugiere que se mantenga la sanción del artículo 132 bis de la LCT, pero que se modifiquen sus beneficiarios (que deberían ser los destinatarios de los aportes retenidos) y que su producido sólo pueda ser utilizado para determinados fines (por ej.: financiar el sistema previsional). Asimismo, propone eliminar o limitar las antes mencionadas obligaciones en materia de información, y eliminar el certificado de trabajo (que considera anacrónico y carente de sentido en la actualidad). Finalmente, propicia la adopción de ciertas medidas orientadas a regular el traspaso de los planes sociales al empleo formal, el fortalecimiento de la inspección laboral y el control del ingreso efectivo de los aportes en tiempo y forma.

La monografía de Pablo Candal se denomina *Trabajo a distancia y teletrabajo. Análisis comparativo de la ley 27.555 con la legislación española*. Como lo indica su nombre, contiene una prolija exégesis de los regímenes argentino y español acerca de estas modalidades de prestación del trabajo. Pero el autor enmarca sus reflexiones en un ámbito más general, que es el de los cambios en la forma de contratar el trabajo humano y la “huida del Derecho del Trabajo”. Según su parecer, las profundas modificaciones en el modo de producir requieren “una regulación jurídica adecuada, desde luego que siguiendo la lógica de protección, que es el sino de nuestra disciplina”. Recuerda que, en algunos países europeos, se reguló un estadio intermedio entre la autonomía y la dependencia y sugiere que, entre todas las alternativas posibles para regular la actividad de los “autónomos económicamente dependientes”, la más favorable para estos trabajadores sería la flexibilización de la noción de “dependencia”, extendiéndola a la mera dependencia económica, de modo que estos trabajadores queden amparados por un estatuto jurídico especial o por un régimen laboral parcial.

El ensayo de Sebastián Coppoletta lleva como título *La protección contra el despido arbitrario como garantía de consumo. Una interpretación del mandato constitucional protectorio desde la teoría relacional del contrato de trabajo*. Según la perspectiva del autor, la protección contra el despido arbitrario implica garantizarle al trabajador una situación de indemnidad, de forma tal que una vez que se produzca la denuncia inmotivada y deje de devengarse el salario, “su capacidad de consumo no se verá afectada, al menos en un tiempo prudencial”.

De tal modo, en su opinión, el despido arbitrario será válido como acto unilateral extintivo del contrato de trabajo si, y sólo si, el empleador garantiza el mantenimiento de la capacidad de consumo de bienes y servicios de la persona que trabaja. En consecuencia, “la obligación de dar suma de dinero impuesta por el artículo 245 de la ley 20.744 es un requisito del efecto extintivo del despido arbitrario”. Destaca “con especial énfasis” que el sistema que propone en su ensayo “sólo implica un cambio en la interpretación doctrinal (y jurisprudencial) de los textos jurídicos actualmente vigentes, sin necesidad de reformas legislativas”.

La colaboración de Graciela A. González se intitula *Derecho del Trabajo. “De lege ferenda”*. La autora pasa revista a algunos problemas del mercado laboral en nuestro país: reducción del trabajo formal, aumento de la informalidad, precarización del trabajo y el aumento de la pobreza que esos problemas generan. También aborda, entre otros temas, la aparición de nuevos sujetos laborales, como los trabajadores de plataformas. Respecto de éstos, se muestra partidaria de crear un estatuto específico que atienda a las peculiaridades de su prestación, limite su jornada, contemple la entidad de la retribución, tutele los tiempos en los que el empleado se encuentre a disposición del principal sin brindar servicios y prevea un mecanismo de disolución contractual que atienda a la necesaria protección que merecen estos trabajadores, en el marco de lo previsto en el artículo 14 de la Constitución Nacional. Asimismo, la autora reseña diversas iniciativas de reformas legislativas que propician la modificación de las indemnizaciones por despido o su reemplazo por algún seguro de desempleo similar al fondo de cese laboral de la industria de la Construcción. Sin embargo, se muestra contraria a este tipo de innovaciones, pues entiende que no redundarían en una mayor creación de empleo formal e implicarían una reducción de derechos laborales. Cuestiona también las propuestas de suprimir o modificar las multas relacionadas con el trabajo irregular, ya que, a su juicio, ello traería como directo resultado el incremento de la contratación informal y provocaría un daño irreparable a los derechos de los dependientes. Admite la antigüedad y desactualización de la LCT y de los convenios colectivos de trabajo vigentes por ultraactividad, y opina que “nadie debería oponerse a su revisión, actualización y adaptación a los nuevos requerimientos la-

borales”; pero aclara que “el concepto de reforma necesaria no puede ser sinónimo de desprotección del trabajador”. Por otra parte, sostiene que la solución para combatir la informalidad laboral pasa por el otorgamiento de determinados y concretos beneficios fiscales que sirvan de incentivo para regularizar a los trabajadores informales e incorporar a los jóvenes en trabajos genuinos y regulares.

El trabajo de Jimena Rodríguez Urizar se titula “*La e-inclusión*”. Allí expone sobre la “brecha digital” que existe entre hombres y mujeres, en tanto estas últimas tienen un nivel de acceso a las TIC (tecnologías de la información y la comunicación) inferior al de aquéllos y han desarrollado –específicamente en el ámbito profesional– un nivel de habilidades digitales menor al de los hombres. La autora se expresa sobre las causas de esa brecha (entre las que menciona la falta de medios económicos, el déficit de “autoconfianza” de las mujeres acerca de sus capacidades y los estereotipos de género), como así también sobre las consecuencias de esa desigualdad, a la que califica como una nueva forma de exclusión social y una violencia contra la mujer (violencia de género digital). En consonancia con las recomendaciones de la Organización de las Naciones Unidas, propone que se priorice la inclusión y la educación necesarias y efectivas en todos los niveles de formación digital de las mujeres y niñas, en una mirada inclusiva de todo tipo de proyectos y programas políticos, y estrategias comprensivas de digitalización, que impulsen la producción, análisis y uso de datos estadísticos para la igualdad de género. Para ello –señala– es necesaria una decisión política en todos los niveles, públicos y privados, de financiamiento para estas presentaciones educativas inclusivas. Llama la atención sobre la necesidad de generar cambios que reviertan el autoconcepto pesimista de las mujeres, mejoren la percepción positiva sobre sus habilidades informáticas y las estimulen a realizar estudios en TIC. También alienta a eliminar los estereotipos de género, esos que establecen la expectativa que tienen padres, madres y la sociedad acerca de lo que puede estudiar un hombre o una mujer; y a superar la distribución inequitativa de las tareas de cuidado que se gesta desde la familia y se consolida en las fuentes de trabajo.

En la segunda parte de este *Anuario* encontramos las monografías sobre *Derecho Colectivo del Trabajo*, que a continuación procedo a reseñar, también por orden alfabético de los autores.

Gustavo A. Ciampa, bajo el nombre *Pinceladas de la Opinión Consultiva CIDH 27/2021 sobre el estado de la discusión del Derecho Colectivo del Trabajo en la Argentina*, analiza la Opinión Consultiva (OC) emitida el 21 de mayo de 2021 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) sobre “Derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, y su relación con otros derechos, con perspectiva de género”, en la que el tribunal ha interpretado algunos artículos de diversos instrumentos americanos de derechos humanos. Destaca que, según esa OC, “los Estados deben adoptar todas aquellas medidas de carácter político, administrativo y cultural, con perspectiva de género, que promuevan la salvaguarda de la libertad sindical, fomenten el fortalecimiento de las organizaciones sindicales y la eficacia del accionar colectivo”, lo que, a juicio del autor, implica dos “giros copernicanos” en el abordaje de la libertad sindical: el *sentido unidireccional* de esta libertad y la *necesidad de un Estado activo*, presente, y con injerencia tanto en el sistema de organización como en las actividades sindicales. También cita párrafos referentes a la “autonomía sindical y democracia interna” y, a su influjo, opina que la norma legal que se inmiscuye en la vida interna de las organizaciones sindicales es razonable y no viola la autonomía de la entidad cuando su finalidad es garantizar los derechos de los afiliados en la vida interna de la organización (o de los trabajadores para ingresar a ésta) o la democracia interna. En materia de *negociación colectiva*, señala que, conforme la OC, “es compatible con los principios de la libertad sindical que la legislación nacional otorgue derecho exclusivo para celebrar convenciones colectivas de trabajo al sindicato más representativo en su ámbito”, doctrina que, según el autor, ratifica la adecuación al plexo convencional de derechos humanos del sistema legal de negociación colectiva en la Argentina (en tanto confiere exclusividad en el ejercicio del derecho a celebrar convenciones colectivas de trabajo a los sindicatos con personería gremial). Asimismo, reproduce expresiones de la OC que, en su opinión, marcan el sentido unidireccional y protectorio de los convenios colectivos de trabajo; y concluye que, a la luz de la normativa convencional de derechos humanos sobre la que ha recaído la interpretación auténtica y última de la CIDH, no resultan admisibles ni superarían un control de convencionalidad las normas de Derecho interno que pretendieran autorizar la disponibilidad

colectiva, o bien habilitar la posibilidad de regresión, sea en materia de sucesión normativa como de prevalencia de norma menos favorable. En lo concerniente al *derecho de huelga*, considera que la CIDH se pronuncia claramente en el sentido de que sus titulares son tanto los trabajadores como las propias organizaciones sindicales (lo que relegaría la doctrina contraria sentada por nuestra Corte Suprema en el caso “Orellano”). Subraya la amplitud que la OC reconoce a este derecho, tanto respecto a sus fines (que incluirían a las huelgas de solidaridad o de simpatía) como a sus modos de ejercicio (comprensivos no sólo de la abstención del trabajo sino también de su “disminución”). Destaca que, según la OC, “los Estados deben suprimir aquellas normas penales que puedan ser utilizadas para perseguir el ejercicio del derecho de huelga” y manifiesta su preocupación por “la existencia de proyectos de ley con estado parlamentario en el Congreso de la Nación claramente dirigidos a perseguir penalmente el ejercicio de derecho de huelga, viciados ya embrionariamente de inconstitucionalidad e inconvencionalidad y violatorios de los Derechos Humanos”. Propone que en todos los conflictos de derecho en los que existiera algún punto de contacto de naturaleza laboral tanto individual como colectivo (por ejemplo, en el marco de un conflicto colectivo) el juzgamiento de todas sus posibles consecuencias sea llevado a cabo por una jurisdicción especializada laboral, con desplazamiento de la especializada en materia penal.

El estudio de Hebe García Borrás se titula *Encuadramientos improprios*. La autora recuerda la tradicional distinción entre el encuadre sindical y el encuadre convencional. El primero es un conflicto intersindical de derecho que se dirime en la vía asociacional o administrativa, mediante la dilucidación de cuál es la entidad gremial/asociación apta para representar a un cierto grupo, categoría o sector de trabajadores, de acuerdo con el alcance de la personería gremial de cada uno de ellos; en cambio, el segundo es siempre un problema individual o pluriindividual de derecho de competencia exclusiva del Poder Judicial, y reside en establecer si un determinado sector o grupo de trabajadores está comprendido en el ámbito personal o profesional de aplicación de un convenio colectivo de trabajo, de acuerdo con la representatividad de las partes signatarias. Pero destaca la existencia de una concepción doctrinal y jurisprudencial que considera que los

márgenes de ambos tipos de encuadramiento, con el devenir de los años, se han tornado difusos, dando lugar a un tratamiento conjunto del instituto. Reseña una serie de pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, que, en la opinión de Ambesi, se dirigirían hacia la configuración de una categoría de encuadre “impropio”, “indirecto” o “imperfecto”, en el cual se entrecruzan cuestiones de representatividad, aplicación o no de convenios vigentes y facultades de la administración en el procedimiento de la negociación colectiva. Según esta opinión, se estaría admitiendo un “híbrido técnico” que obligaría a revisar las concepciones tradicionales de encuadramiento convencional y sindical. Otros tipos de encuadramientos impropios serían, para la autora, los que tienen que ver con la constitución del sujeto “trabajador” en la negociación colectiva, con la actuación de la inspección laboral cuando se alega el incumplimiento de un convenio colectivo, y con los juicios de cobro de aportes y contribuciones previstos en algún convenio. En sus conclusiones, la autora considera que la ortodoxia de los encuadramientos sindicales y convencionales se ha tornado infructuosa, y que “los encuadres impropios son –en parte– el resultado de la obsolescencia del sistema actual, lo cual nos invita a modificar e innovar los procedimientos actuales”.

La colaboración de Diego Marcelo Ledesma Iturbide se denomina *Intervención de los órganos jurisdiccionales en el ámbito del Derecho de las relaciones colectivas del trabajo. Algunas propuestas y reflexiones*. El autor se muestra partidario de una intervención intensa de la autoridad jurisdiccional en la dinámica del Derecho de las relaciones colectivas del trabajo, a fin de prevenir o hacer cesar eventuales violaciones de derechos fundamentales que puedan ocurrir o suscitarse en dicho ámbito. Opina que la tutela impostergable de derechos fundamentales exhibe hoy una insoslayable vocación expansiva dirigida a lograr intervenciones eficaces de protección sobre cuestiones no previstas a texto expreso en nuestra normativa. Anticipa que su análisis se ha de limitar a algunos puntos que han llamado su atención: el riesgo de criminalización de la huelga y la intervención de la autoridad jurisdiccional en ciertos conflictos inter e intrasindicales. Respecto del primer tema, expresa que la huelga, en tanto expresión de la acción gremial, admite una amplia e indeterminable gama de modalidades

posibles de realización y que esas modalidades son todas válidas en tanto no supongan violencia. En este orden de ideas enfatiza que el debido respeto al derecho de huelga no puede derivar en que su sola invocación resulte garantía suficiente de impunidad para todos aquellos que, en su nombre, cometan delitos o causen un daño injusto a terceros o a la comunidad, en su conjunto. Pero con igual énfasis critica los intentos de criminalización de la huelga y, al respecto, cita la Opinión Consultiva N° 27/2021 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), donde se afirma que “...el Estado debe garantizar que los trabajadores y las trabajadoras puedan ejercer su derecho a huelga sin ser objeto de penalización por parte del empleador particular, o del propio Estado. En ese sentido, los Estados deben suprimir aquellas normas penales que puedan ser utilizadas para perseguir el ejercicio del derecho de huelga”. Para conjurar ese riesgo de criminalización de la protesta, el actor propone que cualquier práctica sospechada de violencia que resulte motivo de intervención de la justicia penal por la posible configuración de un delito penal sea analizada cautelarmente por la jurisdicción laboral; debería, entonces, diseñarse algún tipo de intervención previa y obligatoria de la jurisdicción con competencia laboral de cada provincia a fin de resguardar los derechos de la libertad sindical³. En cuanto al segundo tema propuesto, se refiere a la intervención jurisdiccional respecto de los conflictos de encuadramiento “impropio” que se derivan de la superposición de los ámbitos de representación entre dos asociaciones sindicales de primer grado con personería gremial. Considera que este fenómeno resulta ser una auténtica anomalía que contraría las bases de nuestro modelo sindical y que, por ello mismo, no puede encontrar a priori una solución o respuesta justa en nuestra Ley de Asociaciones Sindicales. Opina que la intervención de la justicia en este tipo de conflictos debería atender a la activa participación del personal en disputa en el proceso para la resolución del conflicto, y que deberían tutelarse los intereses de los terceros damnificados, ajenos al conflicto esencial de representación (empleadores, consumidores, usuarios, la comunidad en general). Asimismo, examina la posibilidad de impugnación en sede jurisdiccional

³ Esta propuesta guarda similitud con la del autor anterior (Gustavo A. Ciampa), aunque resulta menos radical, ya que no desplaza (aunque sí precede) a la intervención de la justicia penal.

de la Comisión Negociadora y del acto de homologación de un convenio colectivo de trabajo; y en ambos casos se pronuncia por la necesidad de una acción o un recurso que tramiten originariamente por ante la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo.

Juan Pablo Mugnolo tituló su trabajo *Sobre algunos aspectos críticos del sistema argentino de negociación colectiva en clave “de lege ferenda”*. El primero de esos “aspectos críticos” que, a su juicio, ameritan una reforma es el de la *representación patronal* en la negociación a nivel de actividad. Opina que el amplio margen de discrecionalidad estatal garantizado por la ausencia de reglamentación sobre este tema, a la vista del tiempo transcurrido y los antecedentes históricos en la materia, constituye más bien una decisión –“por abstención”– de política jurídica en materia de relaciones colectivas del trabajo que debe imperiosamente ser revisada. Agrega que la intervención administrativa sin márgenes legales que delimiten su accionar pone en peligro la autonomía que las partes ostentan para la discusión y concreción del negocio colectivo, y le añade una fuerte dosis de imprevisibilidad jurídica que, a la larga, desgastará la eficacia del sistema de negociación colectiva. Por ello, auspicia el dictado de un decreto reglamentario que dé cuenta de los parámetros objetivos a considerar a fin de dotar de representatividad suficiente a la representación empresarial en la negociación colectiva. Con respecto a la *homologación*, el autor considera que la intervención gubernamental que se produce cuando el Estado ejerce el control de legalidad y –más aún– el control de oportunidad, como estadio necesario para la homologación de un convenio colectivo de trabajo, contradice lo sostenido por los órganos de control de la OIT, quienes subrayan que dicha facultad deber residir en cabeza de un organismo independiente. Y, *de lege ferenda*, sostiene que la facultad de efectuar el control de legalidad y, como consecuencia de ello, la homologación de convenios colectivos de trabajo deberían ser excluidas de la órbita del Ministerio de Trabajo de la Nación y ser transferida –reforma legislativa mediante– a un órgano independiente ajeno al Poder Ejecutivo nacional (Poder Judicial u órgano estatal no gubernamental). Por otra parte, plantea las dificultades que genera la *ausencia de un vía recursiva para cuestionar la homologación de un convenio colectivo* y propicia que se incorpore a la ley de procedimientos de la negociación colectiva un tipo de recurso específico a

efectos de canalizar las impugnaciones a esos actos administrativos. En otro orden de ideas, critica las reglas de la ley 25.877 en materia de *articulación de la negociación colectiva*, pues entiende que la regulación de determinadas materias sólo puede darse en el nivel “mayor”, ya que sólo excepcionalmente se habilitan espacios para su tratamiento en los ámbitos inferiores. Propone entonces la revisión legislativa de esas reglas, de modo de habilitar mayores perspectivas de diversificaciones de la negociación colectiva, en pos de una más eficaz satisfacción de los intereses de los trabajadores y también de las necesidades productivas y organizativas de las empresas.

Guido A. Seren Novoa escribió el trabajo *Sobre el sujeto sindical tradicional y la fuga de representatividad*. Pasa revista a todas y cada una de las leyes sindicales sancionadas desde 1943 hasta la actualidad y concluye que el anclaje o tipificación productiva del sujeto sindical ha sido una constante en las distintas normas sobre la materia. Añade que, desde mediados del siglo XX hasta el año 1988 en la norma vigente, esta constante respondió a una configuración del contrapoder sindical espejado en una organización productiva específica: la industria tradicional. Asimismo, se construyó dando por sentada la eficacia de un criterio de agrupamiento tutelar: la relación de dependencia. Sin embargo, recuerda que la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT ha sostenido, en reiteradas oportunidades, que el derecho de sindicación también debe ser garantizado a los trabajadores autónomos, de acuerdo a lo prescripto por el Convenio N° 87. Asimismo, analiza algunos ejemplos de sujetos colectivos que escapan a la plena proyección de la libertad sindical en la legislación argentina y habilitan supuestos de fuga de poder sindical. Esos sujetos serían: los trabajadores de la economía popular, los autónomos, los de las fuerzas de seguridad y los trabajadores privados de la libertad. Concluye en que, sin desestimar la relevancia actual de la fisonomía sindical prefigurada desde lo productivo, la democratización real del colectivo obrero y el surgimiento de reivindicaciones colectivas que desbordan los tradicionales vínculos laborales parecieran dar cuenta de nuevos intereses colectivos que demandan encuadramientos sindicales de representación propios.

Reseñadas ya todas las monografías, se impone destacar que, más allá de la diversidad de temas abordados y de la pluralidad de pen-

samiento de sus autores, todas las colaboraciones tienen en común, además de su seriedad académica, un mismo hilo conductor: el anclaje en el respeto a las directivas del artículo 14 bis de la Constitución Nacional y del *corpus iuris* de los derechos humanos, como guías insoslayables de toda posible reforma.

Sólo me resta expresar el agradecimiento de esta Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social a los autores, a la Secretaría de Redacción y al Consejo de Redacción, que con sus aportes desinteresados han hecho posible la concreción de este *Anuario*. Y también va nuestra gratitud a la editorial Rubinzal-Culzoni por su colaboración para la edición de esta obra.

HÉCTOR CÉSAR GUIADO

DERECHO INDIVIDUAL

EL DISPOSITIVO DE PREVENCIÓN DE LA EVASIÓN EN MATERIA LABORAL Y PREVISIONAL: LA REFORMA INTRODUCIDA POR LA LEY 25.345 Y LAS NUEVAS REGULACIONES NECESARIAS

por NAHUEL ANDREU

La evasión de impuestos es la única actividad
intelectual que conlleva alguna recompensa.

JOHN MAYNARD KEYNES

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Debate legislativo. 3. Medidas que integran el dispositivo aprobado por la ley 25.345 para eliminar la evasión en materia laboral y previsional. 3.1. Sanción conminatoria mensual. Artículo 132 bis, LCT. 3.1.1. Naturaleza del instituto. 3.1.2. Requisitos para su procedencia. 3.1.3. Retención de aportes. 3.1.4. Falta de ingreso de dichos aportes. 3.1.5. Requisitos de forma (decreto 146/2001). 3.1.6. Existencia y cuantificación de la sanción. 3.1.7. Aclaración sobre la naturaleza laboral de la sanción. 3.1.8. Beneficiario de la sanción. 3.1.9. Conductas que puede adoptar el deudor frente a la intimación. 3.1.10. Legitimación para reclamar los aportes y contribuciones no ingresados. 3.1.11. El problema de la falta de facultades judiciales para graduar la sanción. 3.2. Obligación de la autoridad administrativa o judicial de reportar indicios de irregularidad registral a la Administración Federal de Ingresos Públicos. Artículo 15 de la LCT. 3.3. Sanción indemnizatoria. Artículo 80 de la LCT. 3.3.1. Naturaleza del instituto. 3.3.2. Requisitos para su procedencia. Falta de entrega del certificado de trabajo y de las constancias documentadas. 3.3.3. Requisitos de forma (decreto 146/2001). 3.3.4. Sanción indemnizatoria. 3.3.5. Beneficiario de la sanción indemnizatoria. 3.3.6. Conductas que puede adoptar el deudor frente a la intimación. 3.4. Obligación del secretario del tribunal de remitir los autos a la Administración Federal de Ingresos Públicos. Artículo 132 de la LO. 3.5. Obligación de informar a la Administración Federal de Ingresos Públicos la intimación cursada en los términos del artículo 11 de la ley 24.013. 4. *De lege ferenda*. Las reformas que el sistema necesita. 5. Referencias.

1. Introducción

A comienzos del siglo XXI Argentina se enfrentó al desafío de lograr una pacificación fiscal. En ese momento, el gobierno evaluó el elevado nivel de evasión impositiva y tomó la determinación de abordar este problema de raíz.

La evasión impositiva es un problema que deriva en efectos sumamente desfavorables para la sociedad en general. Cada peso que no ingresa en las arcas del Estado producto de este síndrome es un peso que no puede ser invertido en realizar obras para mejorar la calidad de vida de la ciudadanía. Por ello resulta vital abordar esta problemática con la seriedad que merece.

Con el fin de acabar con la evasión, el Poder Ejecutivo nacional presentó un proyecto de ley ante la Cámara de Diputados, el órgano encargado de recibir propuestas legislativas en materia tributaria. El proyecto proponía una serie de medidas a ser implementadas en diversos sectores. Finalmente, tras un debate que –en mi opinión– fue breve, limitado y centrado en cuestiones tangenciales, se aprobó el proyecto del Poder Ejecutivo, convirtiéndose en la ley 25.345.

El objetivo principal de este trabajo es examinar con detenimiento cada una de las disposiciones de la ley relacionadas con la evasión en materia laboral y previsional. A lo largo de este artículo abordaré las críticas y dificultades que han surgido durante la implementación de estas medidas y, para finalizar, realizaré un análisis de los conceptos y medidas que podrían considerarse *de lege ferenda*.

2. Debate legislativo

Como anticipé en la *Introducción* de este trabajo, la ley 25.345 tenía como objetivo fundamental prevenir la evasión tributaria y, en su contexto, se esbozaron algunas ideas para asegurar el financiamiento del sistema de seguridad social. Este enfoque fue anunciado por el representante del Poder Ejecutivo al presentar el proyecto ante el Honorable Congreso de la Nación.

En su mensaje del 10 de febrero de 2000, indicó que se enviaba “un proyecto de ley que contempla una serie de medidas destinadas

a combatir la evasión tanto en el ámbito tributario como en el previsional”. Explicó que “en nuestro país se observa un índice significativo de evasión impositiva, quizás fomentado por una carga tributaria que, en comparación con los niveles aplicados en otros países, resulta excesivamente alta”.

Asimismo, señaló que “la estructura del sistema tributario argentino es similar a la de otros países, ya que grava el patrimonio, la renta y el gasto o el consumo, aunque con rendimientos comparativos distintos en cada uno de estos aspectos”, y –en este contexto– enfatizó “el ineludible compromiso del Estado nacional de equilibrar las finanzas públicas y erradicar la corrupción”.

En oportunidad de referirse a la integralidad del sistema de seguridad social, el entonces presidente De la Rúa refirió que “uno de los beneficios que se esperaba lograr con la existencia del régimen de capitalización, creado en el marco del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones, a cargo de las administradoras de fondos de jubilaciones y pensiones fue que, a través del mismo se redujera el nivel de evasión previsional”, pero concluyó que “en los hechos ese propósito no se ha alcanzado. En efecto, durante el mes de noviembre de 1999, del total de 7.800.480 afiliados a las administradoras de fondos de jubilaciones y pensiones, sólo el 45,7% (3.564.784), efectuó sus aportes. Es decir que la evasión superó el 50 por ciento”.

Además, señaló que “la recaudación total del referido régimen durante el período comprendido entre diciembre de 1998 y noviembre de 1999 alcanzó a \$ 4.380.000.000. Teniendo en cuenta el grado de evasión, puede estimarse la misma en una cifra similar. Estimando que por cada peso que recaudan las administradoras de fondos de jubilaciones y pensiones, el sistema de reparto a cargo del Estado recibe un peso y medio, la pérdida de recaudación, con directa incidencia sobre el déficit del sistema previsional puede estimarse en no menos de pesos 6.000.000.000 anuales”.

Para finalizar, concluyó sobre el tema que “estos datos tornan necesario y perentorio mejorar el nivel de eficiencia en la recaudación del sistema previsional privado, para lo cual el presente proyecto prevé que las administradoras de fondos de jubilaciones y pensiones participarán en la recaudación de aportes y contribuciones, y otorga a las

administradoras de fondos de jubilaciones y pensiones y a la Administración Nacional de Seguridad Social legitimación activa para promover juicios ejecutivos por el cobro de las deudas de todos los compromisos de la Contribución Unificada de la Seguridad Social (CUSS), tanto en concepto de aportes personales como de contribuciones patronales”.

Éstas fueron las únicas referencias a la evasión en los ámbitos laboral y previsional que se mencionaron en el mensaje presidencial.

Lamentablemente, debo adelantar al lector que si esperaba encontrar un extenso debate legislativo sobre cómo abordar este tipo de evasión quedará decepcionado.

Salvo contadas intervenciones, casi no se abordó la problemática relativa a este tipo de evasión en ninguna de las Cámaras del Honorable Congreso. Los debates estuvieron focalizados, en gran parte, en la quita de los subsidios a la región patagónica (cuya principal opositora resultó ser la por entonces diputada Cristina Fernández de Kirchner) y en la legitimidad de los senadores con pedido de desafuero (por la causa de las coimas en el Senado) para votar la ley.

Sin embargo, no puedo dejar de mencionar algunas exposiciones que resultaron interesantes.

En la Sesión de la Cámara de Diputados del día 6 de julio del 2001, el diputado Baglini –artífice del famoso teorema y miembro informante del proyecto– explicó que “el capítulo relativo a las relaciones laborales incorpora disposiciones para luchar contra el fraude laboral y el empleo en negro...”

Luego, en oportunidad de debatirse el apartado relativo a la evasión en materia laboral y previsional, el diputado Rial –electo en representación del pueblo de la Provincia de Buenos Aires– expuso que “este capítulo, que incluye normas referidas a las relaciones laborales y al empleo no registrado, tiene una finalidad que compartimos, cual es la de la regulación laboral; pero incluye una instrumentación que lejos de coadyuvar a dicho fin, compromete seriamente su objetivo”.

Para fundar sus dichos, explicó que “los profundos cambios operados en el sistema productivo a partir de la globalización dificultaron profundamente el desenvolvimiento de las pequeñas y medianas em-

presas, que se vieron imposibilitadas de acceder al mercado de capitales por las altas tasas de interés y la postergación en la incorporación de tecnología debido a que el país no contaba con el instrumento que promoviera dicho objetivo, además de existir un sistema laboral basado en altos impuestos al trabajo. A esto agregamos la recesión más prolongada de la historia argentina y una fuerte pérdida de competitividad. No es casual que al aumento de concursos y quiebras en dicha dimensión de empresas se agregue el incremento del desempleo y la informalidad”.

Arguyó también que “la cuestión no pasa simplemente por buscar mecanismos punitivos sino por encarar las transformaciones que hagan posible el cumplimiento por los empleadores, especialmente las pequeñas y medianas empresas, de la normativa a su respecto en materia laboral”.

En sintonía con su postura, indicó que “si mediante un proyecto de ley estamos discutiendo hoy cómo simplificar la registración, porque reconocemos su complejidad; si por otra norma también estamos contemplando la reducción de los impuestos al trabajo, conscientes del alto impacto que tienen sobre los costos laborales y la competitividad; si estamos alentando los mecanismos de solución extrajudicial de los conflictos, cuando se discuten relaciones de dependencia en casos en que la experiencia nacional e internacional indican que es dudosa la configuración de un contrato de trabajo; y si formas de cuentapropismo aparecen cada vez más desarrolladas para las nuevas modalidades de la organización, tales como el teletrabajo, servicios no ligados directamente al proceso productivo, etcétera, no vemos la conveniencia ni la viabilidad de encarar un mecanismo que esencialmente prejuzga y sanciona, y que sólo sumará mayores elementos no para la regulación, sino para la extinción de empresas y empleo”, y que “no se trata aquí del mero agravamiento de figuras sancionatorias. Lisa y llanamente duplica las penas, con lo que convierte al trabajador en artífice de la figura del incumplimiento, involucrándolo para que dicha tipificación lo pueda eventualmente beneficiar con multas a su favor”.

Por ello arribó a la conclusión de que “el capítulo previsto no satisface en modo alguno la finalidad, que compartimos, de propender a la regularización del empleo no registrado y el respeto del orden

público laboral”. Y para explicar por qué llegó a ella se limitó a indicar que “se trataría de que el garantismo jurídico y la protección de los derechos laborales tuvieran un camino común, a través de mecanismos de simplificación, promoción y regularización, y no simplemente de persecución, como las sanciones múltiples por el mismo hecho, que afectan principios constitucionalmente reconocidos.

Acto seguido, efectuó críticas en particular a cada uno de los artículos del texto propuesto.

Sobre el artículo 43, que creaba la sanción conminatoria que luego se insertaría en el plexo de la Ley de Contrato de Trabajo (LCT), como el artículo 132 bis, indicó que “carece de sentido lógico y se convierte en una sanción adicional, violando el principio *non bis in idem* [...] debe señalarse que aquí se califica la conducta, aunque no responde a circunstancias dolosas sino incluso casuales o de fuerza mayor”.

Agregó, con relación al punto, que “la experiencia de las sanciones establecidas para la regularización del empleo en la ley 24.013 ha dejado como saldo una falta de contribución a la formalización ya que, por el contrario, se incrementó sensiblemente el trabajo en negro y se estimularon la litigiosidad o el aprovechamiento de circunstancias dudosas. Cuando se discutía si una persona determinada tenía un contrato o no –caso de profesionales contratados, dependientes de empresas contratistas, etcétera–” y que “el empresario en cuestión se convierte de esta manera en pasible, no sólo de sanciones penales tributarias sino de esta suerte de multa laboral que duplica el castigo e incentiva a que intencionalmente el trabajador pueda colocarse en situaciones como la descripta para beneficiarse de este tipo de resarcimiento”.

Por su parte, con respecto al artículo 44 del proyecto, indicó que “la segunda de las disposiciones contempladas ha de actuar como mecanismo inhibitorio de la solución por vía de conciliación de casos en que se discute la existencia o no de una relación laboral, pues la redacción de la norma obliga en todos los casos, prácticamente, a que el funcionario dé intervención a los órganos de recaudación para no quedar incurso en figuras penales, con lo que se pretende imponerle una carga tributaria consecuente, como si hubiera sido un empleado. Esto, además de ser una exorbitancia jurídica, termina desalentando

toda posibilidad de conciliación, pues el empleador preferiría –en todo caso– discutir la existencia o no de la relación de dependencia y que el Juez decida”, y que “de esta forma no habrá más posibilidad real de conciliación, incrementándose la litigiosidad en un sentido exactamente contrapuesto a los objetivos que inspiraron la instauración de mecanismos conciliatorios previo a la sustanciación judicial. Menos soluciones y más carga judicial será el resultado de esta ecuación. Llegamos a la conclusión de que las dos propuestas anteriores resultan altamente inconvenientes. Sin perjuicio de ello, la inclusión de un párrafo que establezca que la homologación administrativo-judicial no es oponible a los organismos encargados de la recaudación de aportes y contribuciones, añade un contrasentido y una nota ilógica, pues la homologación debería efectuarse previa evaluación de si se está encubriendo o no una relación laboral”.

Remató el tema indicando que “una vez hecha esta ponderación ha de producir o no la homologación, dando seguridad jurídica a las partes, situación totalmente diferente a la planteada en el proyecto, donde el Estado no se hace responsable de su propia homologación y los particulares afectados no tienen ninguna seguridad jurídica”.

El diputado Rial agregó algunas consideraciones sobre el artículo 45 de la ley (que incorporó al texto de la LCT la sanción indemnizatoria prevista en su artículo 80). Al respecto, manifestó que “en ningún caso las multas o sanciones deben ser a favor del trabajador presuntamente afectado, ya que los mecanismos pertinentes –en caso de existir– deben referirse a eventuales penas para ser recaudadas por el Estado. Independientemente de la duplicación de sanciones –que aquí también se da–, lo cierto es que el trabajador puede colocarse, por razones de domicilio u otras circunstancias fácticas, en condiciones de configurar este incumplimiento para usufructuar la multa a su favor”.

Cerró su intervención afirmando que “esta iniciativa no contribuye a mejorar la situación. Hay que tratar de combatir el trabajo en negro. La legislación existe, lo que debemos hacer es implementarla, pero antes es necesario combatir las causas de la evasión”.

Por su parte, el diputado Héctor Polino, quien también se abocó al tema, planteó meramente una inquietud respecto de la redacción de uno de los artículos: “sencillamente no entiendo por qué en una norma

que se refiere a los aportes retenidos por el empleador a los trabajadores se incluye a los miembros de las sociedades mutuales y cooperativas. Si la idea de la comisión fue referirse al personal que trabaja en esas entidades en relación de dependencia, le aclaro que no son considerados como sus miembros. Los miembros son los asociados, que no tienen relación de dependencia. Normalmente el personal en relación de dependencia no integra las entidades. En consecuencia, si la comisión ha querido referirse a los trabajadores en relación de dependencia, habría que cambiar la expresión”.

Por ello, concluyó que “así, en lugar de ‘miembros’ debería decir, para que no exista ninguna duda, «trabajadores en relación de dependencia»”.

Hizo saber también su inquietud respecto de la expresión “o por servicios y demás prestaciones que otorguen dichas entidades”. Al respecto, refirió: “No entiendo cuál es el alcance de esta manifestación. Solicito al señor miembro informante que la aclare y que acepte la modificación que acabo de proponer”.

Frente a su inquietud, el miembro informante –diputado Baglini– respondió: “el artículo adopta una redacción genérica al hablar de la retención de aportes, cuotas y contribuciones de cualquier naturaleza que sean adeudados en virtud de normas legales o de convenciones colectivas de trabajo, a organismos de seguridad social, sindicatos, obras sociales, mutuales, etcétera. Luego hace referencia a los aportes, cuotas, contribuciones y demás –en algunos casos pueden existir y en otros no– que deriven del carácter de miembros de sociedades, cooperativas, servicios o prestaciones. En todos los casos se alude a prestaciones al sistema de seguridad social y de obras sociales, a la asociación sindical y –diríamos– a todo lo que corresponda que esté en el universo del empleo y la previsión social y por lo que se haya hecho una retención al trabajador, o a quien es miembro de alguna asociación y no se hubiera depositado. Si no hay cuotas que deriven de la palabra ‘miembros’, en todo caso el término será redundante, pero no provocará el cambio de personalidad jurídica de lo que es una cooperativa, una mutual, etcétera”.

Finalmente, frente a la propuesta del diputado Polino de que se aclare el texto de la norma en el sentido de que únicamente alcanzara

a trabajadores en relación de dependencia, el diputado Baglini respondió: “aceptaría gustosamente la propuesta del señor diputado, pero quiero aclarar que aquí se trata de preservar el sistema de seguridad social, el sindicato, las cooperativas y mutuales, para que perciban lo que corresponda. Hay gente que no está en relación de dependencia e igual tiene que hacer un aporte –que puede ser retenido por un tercero– a una mutual, cooperativa, o lo que fuere. No se trata de intervertir –permítanme usar un término jurídico– la condición de miembro socio por la del trabajador. Lo que estamos cuidando es que el ingreso que tiene que ir al sistema de seguridad social correspondiente a la mutual o al sindicato respete al socio, cualquiera sea la forma de la obligación. No estamos transformando la condición de miembro en trabajador, ni viceversa”.

No obstante, ante la pregunta de si se aceptaba el cambio propuesto por el diputado Polino, el diputado Baglini respondió con un categórico no.

Este intercambio dio por finalizado el debate sobre el dispositivo antifraude laboral que se suscitó en la Cámara de Diputados con motivo de la sanción de la ley 25.345.

Peor orfandad de argumentos y posiciones sufrió el debate del proyecto en la Cámara alta del Congreso.

El senador Verna se limitó a afirmar que “en cierto modo, el contenido del proyecto es un reconocimiento de la incapacidad del Estado para controlar la aplicación de las leyes tributarias y previsionales y una nueva carga sobre los particulares para que apliquen su tiempo y dinero para recaudar y controlar por cuenta del Fisco, lo que se agrega a la ya farragosa tarea que vienen imponiendo desde hace tiempo los organismos de recaudación, particularmente a través de los regímenes de retención, percepción e información, los controladores fiscales y los aplicativos informáticos”.

Por su parte, el senador Carbonell se limitó a exponer: “en materia laboral, las normas tendientes a compeler a los empleadores al cumplimiento de sus obligaciones a través de multas a favor del trabajador, sin perjuicio de reconocerlas como bienintencionadas pueden ser contraproducentes en momentos en que el desempleo constituye uno de los problemas más cruciales que debe afrontar la sociedad argentina”.

y que “se puede así favorecer por esta vía la precarización del trabajo, limitándolo a contratos de tiempo transitorio, exentos de estos aportes y retenciones”.

Ésas fueron las únicas menciones al tema en el debate. Creí pertinente buscar elementos en el debate que me llevaran a entender los motivos detrás de la creación de cada uno de los institutos que luego analizaré en profundidad. Sin embargo, lo encontrado, como podrá apreciar el lector, resultó de nula utilidad para ello.

3. Medidas que integran el dispositivo aprobado por la ley 25.345 para eliminar la evasión en materia laboral y previsional

Con la sanción de la ley 25.345 se incorporaron 5 medidas para intentar eliminar el alto grado de evasión impositiva existente a ese momento. Existe una sexta medida, que consiste en la gratuidad de la cuarta, que, por razones de conexión, la analizaré como inserta dentro de ésta.

Se pueden enumerar de la siguiente forma:

- I. Sanción conminatoria mensual prevista en el artículo 132 bis (incorporada por el art. 43 de la ley 25.345).
- II. Obligación de la autoridad administrativa o judicial de reportar indicios de irregularidad registral a la Administración Federal de Ingresos Públicos (incorporada al art. 15 de la LCT por el art. 44).
- III. Sanción indemnizatoria prevista en el artículo 80 de la LCT (incorporada por el art. 45).
- IV. Obligación del secretario de los juzgados nacionales del trabajo de remitir copia de la sentencia e instrumentos en los que se determine la existencia de irregularidad registral a la Administración Federal de Ingresos Públicos (incorporada por el art. 46).
- V. Obligación de informar a la Administración Federal de Ingresos Públicos de la intimación cursada en los términos del artículo 11 de la ley 24.013 (incorporada por el art. 47) y gratuidad de esa comunicación (incorporada por el art. 48).

Pasaré a continuación a analizar en profundidad cada una de ellas.

3.1. Sanción conminatoria mensual. Artículo 132 bis, LCT

3.1.1. Naturaleza del instituto

Antes de adentrarme en los requisitos para su procedencia es de vital importancia determinar la naturaleza de este instituto. ¿Es una indemnización? ¿Es una multa? ¿Es algo distinto?

En primer lugar, debo destacar que se trata de una institución vinculada con la función punitiva del Derecho. Lo que busca es desalentar un tipo específico de conducta y compeler al empleador remiso a que ingrese los aportes y contribuciones retenidos al sistema de seguridad social.

La técnica legislativa, aunque muchas veces entorpece el trabajo de los operadores jurídicos, en este caso ofrece los elementos para dar respuesta al interrogante.

El artículo 132 bis de la LCT habla de una “sanción conminatoria mensual” y creo pertinente desagregar el contenido de esa frase.

La Real Academia Española señala que el término “sanción” se traduce como “pena que una ley o un reglamento establece para sus infractores”¹.

Para definir conminatoria, la institución remite al concepto de conminar, que significa “Requerir a alguien el cumplimiento de un mandato, bajo pena o sanción determinadas”².

Por su parte, el término “mensual”, al menos en este contexto, implica “que sucede o se repite cada mes”³.

La similitud más cercana que podemos encontrar a este instituto en el Derecho Civil son las sanciones conminatorias o astreintes, como son más comúnmente conocidas.

El artículo 804 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN) establece que “Los jueces pueden imponer en beneficio del titular del derecho, condenaciones conminatorias de carácter pecuniario a quienes no cumplen deberes jurídicos impuestos en una resolución judi-

¹ Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 23ª ed. (versión 23.6 en línea), en <https://dle.rae.es>, del 28-9-2023.

² Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española* cit.

³ Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española* cit.

cial. Las condenas se deben graduar en proporción al caudal económico de quien debe satisfacerlas y pueden ser dejadas sin efecto o reajustadas si aquél desiste de su resistencia y justifica total o parcialmente su proceder”.

Cabe agregar que dicho instituto también se encuentra regulado en el artículo 37 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que establece que “Los jueces y tribunales podrán imponer sanciones pecuniarias compulsivas y progresivas tendientes a que las partes cumplan sus mandatos, cuyo importe será a favor del litigante perjudicado por el incumplimiento”.

A diferencia de lo que ocurre con las indemnizaciones, el instituto bajo análisis no busca resarcir un daño o perjuicio, pues puede que no exista ninguno de ellos. Lo que busca sancionar es la inconducta del empleador que podría traducirse en un perjuicio para el trabajador pero que, en forma inmediata, únicamente produce un daño al sistema de seguridad social y a los sujetos pasivos cuyas contingencias éste aborda.

3.1.2. *Requisitos para su procedencia*

A fin de determinar la procedencia de esta sanción deben cumplirse requisitos propios del incumplimiento, pero además los requisitos formales en cuanto a la intimación que incorpora la norma reglamentaria (decreto 146/2001).

Los requisitos de fondo pueden encontrarse claramente indicados en el texto del artículo 132 bis: “Si el empleador hubiere retenido aportes del trabajador con destino a los organismos de la seguridad social, o cuotas, aportes periódicos o contribuciones a que estuviesen obligados los trabajadores en virtud de normas legales o provenientes de las convenciones colectivas de trabajo, o que resulten de su carácter de afiliados a asociaciones profesionales de trabajadores con personería gremial, o de miembros de sociedades mutuales o cooperativas, o por servicios y demás prestaciones que otorguen dichas entidades, y al momento de producirse la extinción del contrato de trabajo por cualquier causa no hubiere ingresado total o parcialmente esos importes a favor de los organismos, entidades o instituciones a los que estuvieren

destinados, deberá a partir de ese momento pagar al trabajador afectado una sanción conminatoria mensual equivalente a la remuneración que se devengaba mensualmente a favor de este último al momento de operarse la extinción del contrato de trabajo, importe que se devengará con igual periodicidad a la del salario hasta que el empleador acredite de modo fehaciente haber hecho efectivo el ingreso de los fondos retenidos. La imposición de la sanción conminatoria prevista en este artículo no enerva la aplicación de las penas que procedieren en la hipótesis de que hubiere quedado configurado un delito del derecho penal”.

Podemos extraer del texto los siguientes elementos que nos resultarán de interés para comprender el instituto en profundidad.

3.1.3. *Retención de aportes*

Éste es uno de los requisitos esenciales para el progreso de la acción. Quienes estudian el instituto con frecuencia reparan únicamente en el segundo requisito, que es que los aportes retenidos no sean ingresados a los organismos de destino. La prueba por excelencia para acreditar este extremo es el informe proveniente de la Administración Federal de Ingresos Públicos, al que los operadores jurídicos –al menos aquellos que prestan servicios dentro de la Justicia Nacional del Trabajo– pueden acceder producto del convenio existente entre la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo y el organismo recaudador.

Sin embargo, con frecuencia se soslaya que, previo a adentrarse en el análisis de la falta de ingreso, debe acreditarse la retención. En la mayoría de los casos la retención parece presumirse, pero explicaré a continuación la importancia de acreditar en primer lugar esta conducta. Sin dudas el caso que plantearé acto seguido es de laboratorio, pero lo creo suficiente para clarificar la idea.

Imaginemos un trabajador de 30 años que se encuentra correctamente registrado por su empleador y un buen día se da cuenta que el sistema de seguridad social no aguantará hasta el momento en que deba jubilarse. Le plantea a su empleador la inquietud y éste, enojado con la cantidad de dinero que tiene que erogar para mantener a su empleado correctamente registrado, decide ofrecerle el dinero que re-

tiene en concepto de aportes del trabajador. Él seguirá pagando su contribución al sistema, pero dejará de retener la porción de dinero que le corresponde aportar al trabajador.

En el caso planteado se configura la falta de ingreso de los aportes, mas no su retención, y, por ende, la sanción bajo análisis no debería progresar.

Parte de la jurisprudencia ha sostenido este razonamiento y ha requerido que se acredite la retención de los aportes⁴. La forma más conducente para probar este extremo la constituye la incorporación de recibos de sueldo como prueba documental, pues en ellos debería observarse la cuantía de los conceptos retenidos y su naturaleza.

Sentado lo expuesto, corresponde abordar el interrogante referido a qué conceptos deben ser retenidos para que se configure este ilícito contractual.

El artículo 132 bis de la LCT habla en primer lugar de “aportes”. Un primer análisis nos remite al concepto de aportes del sistema de seguridad social, que es a los que refiere la norma, pues completa el concepto aclarando que son los que deben realizarse a los organismos de la seguridad social. Al respecto, la ley 24.241 y sus sucesivas modificaciones nos explican que los aportes en cabeza del trabajador son aquellos que realizan “los trabajadores en relación de dependencia comprendidos en este sistema” y que ascienden al 11% de los conceptos que la ley entiende como remunerativos.

También deben considerarse comprendidos en esta definición los aportes que dispone el artículo 15 de la Ley de Obras Sociales (ley 23.660), pues las obras sociales, por su naturaleza, integran la noción de “organismos de seguridad social” al encargarse de cubrir algunas de las contingencias abarcadas por el amplio concepto de la seguridad social.

Ahora bien, no debe concluirse que el artículo refiere únicamente a los aportes antes señalados, pues existen regímenes jubilatorios de

⁴ Así lo expuso Alejandro Sudera –vocal de la sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo– en su voto correspondiente a la sentencia del 12-8-2022, recaída en la causa “Pérez, María Soledad c/Innovaciones en Salud SA y otros s/Despido” (expediente CNT 74529/2016).

excepción, cuyos aportes también deben considerarse insertos en el artículo. Claro está, siempre y cuando resulte de aplicación a la contratación la LCT.

También creo pertinente aclarar que el artículo no refiere a las contribuciones que deba realizar el empleador al sistema de seguridad social, por lo que, en caso de que éste opte por no cumplir con su obligación en este sentido, no resultaría de aplicación esta sanción, sino las que se prevean en el marco del Derecho Administrativo y Penal y que pudieran impulsar los organismos destinatarios.

El texto del artículo continúa y explica que también aplica a “...cuotas, aportes periódicos o contribuciones a que estuviesen obligados los trabajadores en virtud de normas legales o provenientes de las convenciones colectivas de trabajo, o que resulten de su carácter de afiliados a asociaciones profesionales de trabajadores con personería gremial, o de miembros de sociedades mutuales o cooperativas, o por servicios y demás prestaciones que otorguen dichas entidades...”

Se encuentran contemplados, sin duda alguna, los aportes que realizan los trabajadores a las asociaciones sindicales. Sin embargo, corresponde hacer una disquisición al respecto: la norma refiere a las “...contribuciones a que estuviesen obligados los trabajadores en virtud de normas legales o proveniente de convenciones colectivas de trabajo...”, pero también “...o que resulten de su carácter de afiliados a asociaciones profesionales de trabajadores con personería gremial...”

Si realizamos un análisis pormenorizado del texto del artículo, debemos concluir que la primera parte del texto refiere a las contribuciones solidarias que deben realizar de forma compulsiva los trabajadores amparados por un convenio colectivo de trabajo a la asociación sindical que participó de su negociación, mientras que la segunda parte no puede sino referir a las contribuciones ordinarias y extraordinarias en cabeza de los trabajadores que se encuentren afiliados.

Por otra parte, la norma refiere a cuotas, aportes periódicos o contribuciones “...de miembros de sociedades mutuales o cooperativas, o por servicios y demás prestaciones que otorguen dichas entidades...”

Para comprender la inclusión de estos supuestos, debemos remitir-

nos a las leyes 20.321 –Ley Orgánica para las Asociaciones Mutuales– y 20.337 –Ley de Cooperativas–.

La primera de las normas mencionadas dispone que “Son asociaciones mutuales las constituidas libremente sin fines de lucro por personas inspiradas en la solidaridad, con el objeto de brindarse ayuda recíproca frente a riesgos eventuales o de concurrir a su bienestar material y espiritual, mediante una contribución periódica” (art. 2º), y aclara que “Son prestaciones mutuales aquellas que, mediante la contribución o ahorro de sus asociados o cualquier otro recurso lícito, tiene por objeto la satisfacción de necesidades de los socios ya sea mediante asistencia médica, farmacéutica, otorgamiento de subsidios, préstamos, seguros, construcción y compraventa de viviendas, promoción cultural, educativa, deportiva y turística, prestación de servicios fúnebres, como así también cualquiera otra que tenga por objeto alcanzarles bienestar material y espiritual. Los ahorros de los asociados pueden gozar de un beneficio que estimule la capacidad ahorrativa de los mismos” (art. 4º).

Un ejemplo de este supuesto es la Sociedad Argentina de Socorros Mutuos, cuyos servicios no se limitan exclusivamente a cuestiones relacionadas a la salud, sino que también abarcan turismo, cuidados maternos y tarjetas de beneficios.

El artículo 3º de la norma bajo análisis impone que “Las asociaciones mutuales deberán inscribirse en el Registro Nacional de Mutualidades previo cumplimiento de los recaudos que establezca el Instituto Nacional de Acción Mutual. La inscripción en el Registro acuerda a la Asociación el carácter de Sujeto de Derecho, con el alcance que el Código Civil establece para las personas jurídicas, pudiendo recurrirse por ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal para el supuesto caso de que dicha inscripción fuera denegada”.

Entonces, desde la óptica de la inscripción requerida, las únicas contribuciones que pueden considerarse alcanzadas por el artículo son aquellas destinadas a asociaciones mutuales legalmente inscriptas, es decir, las que cuentan con personería jurídica.

La norma también refiere a contribuciones de miembros de cooperativas o por servicios y demás prestaciones que ellas otorguen.

Por su parte, la ley 20.337 refiere que “Las cooperativas son entidades fundadas en el esfuerzo propio y la ayuda mutua para organizar y prestar servicios...” y que estas entidades “Prestan servicios a sus asociados y a no asociados en las condiciones que para este último caso establezca la autoridad de aplicación...” (art. 2°).

Aclara que “El capital [de las cooperativas] se constituye por cuotas sociales indivisibles y de igual valor” (art. 24), que son los aportes realizados por los socios y, además, que “Se consideran regularmente constituidas, con la autorización para funcionar y la inscripción en el registro de la autoridad de aplicación. No se requiere publicación alguna” (art. 10).

En virtud de lo explicado, los aportes a las cooperativas que pueden considerarse contemplados por el artículo 132 bis de la LCT son únicamente las cuotas sociales incorporadas por los socios (que pueden detraerse de su salario) remitidos a una cooperativa regularmente constituida, que son aquellas inscriptas en el Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social (Inaes) que fue creado por el decreto 420/96 para reemplazar a la autoridad de aplicación de ese entonces (Instituto Nacional de Acción Cooperativa).

Cabe aclarar que el Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social, de conformidad con lo previsto en el decreto de su creación, también opera como autoridad de aplicación de la Ley de Asociaciones Mutuales.

Concluido el análisis relativo a la retención a la naturaleza de los conceptos retenidos, corresponde abocarse al análisis de la falta de ingreso de dichos conceptos.

3.1.4. *Falta de ingreso de dichos aportes*

Como dejé entrever con anterioridad, podrían existir supuestos en que no se retengan ni se ingresen aportes, de falta de ingreso sumada a la retención, de inexistencia de retención sumada a la falta de ingreso, mas no podría existir un caso de ingreso de los aportes cuando no existió retención con anterioridad, pues en dicho caso el empleador estaría reemplazando de su bolsillo los aportes del trabajador, que en este caso resulta el sujeto obligado.

Para que resulte procedente esta sanción, reitero, deben darse conjuntamente los supuestos de retención y de falta de ingreso, no bastando que se configure únicamente la falta de ingreso.

El empleador, de acuerdo con el plexo de deberes que emergen de las leyes que integran el sistema de seguridad social, debe actuar como agente de retención y dirigir los fondos retenidos a cada uno de los organismos de destino.

Más allá de las disposiciones que pudieran contener dichas normas, en lo que hace a la sanción bajo análisis, la ley dispone un plazo para verificar el cumplimiento de esta obligación y la forma en que el empleador debe hacerlo.

El artículo 132 bis de la LCT dispone que dicha verificación será realizada “...al momento de producirse la extinción del contrato de trabajo por cualquier causa...” El hecho de que el legislador haya dispuesto este momento para realizar la verificación permite colegir que se le ha conferido al empleador la facultad de subsanar su inconducta siempre y cuando el vínculo se encuentre vigente.

Me permito aclarar que la falta de cumplimiento de esta obligación podría constituir una justa causa para dar por concluido el vínculo, pero no resultar suficiente para que proceda esta sanción.

Podría darse el supuesto de que el empleador no dirija los fondos destinados al sistema de seguridad social en tiempo y forma (lo que podría traducirse, por ejemplo, en que el trabajador no pueda acceder a las prestaciones de su obra social), que el trabajador se considere injuriado y despedido y que antes de recibir la misiva extintiva el empleador ingrese los aportes retenidos.

En dicho supuesto, nos encontraríamos frente a un despido indirecto fundado en justa causa, pero no resultaría procedente esta sanción, pues, al extinguirse el vínculo, no subsistía la retención y ya no se configuraba la falta de ingreso.

Más adelante –cuando analice los requisitos de forma– volveré sobre la cuestión temporal. Ahora abordaré la cuestión relativa a la forma en que debe realizarse el ingreso de los aportes.

El artículo en cuestión refiere que la falta de ingreso puede ser total o parcial, pero no establece una sanción diferenciada en los dis-

tintos casos. Es decir, a efectos de evaluar su progreso, basta con que se verifique un faltante de un peso en los aportes.

Este amplio espectro genera un grave inconveniente para los empleadores que ingresen los aportes en forma parcial, pues dicha falta de ingreso podría derivar de un error involuntario.

Es ampliamente sabido y conocido que las pequeñas empresas derivan la gestión relativa al personal a sus contadores. Ahora bien, supongamos que, a la hora de efectuar la declaración pertinente a la Administración Federal de Ingresos Públicos, se teclea mal un número y se genera una diferencia ínfima entre el monto informado y el depositado. Aun cuando existió voluntad por parte del empleador de dar cumplimiento a las obligaciones a su cargo, un mero error podría traducirse en el progreso de la sanción potencialmente⁵ más gravosa inserta en la LCT. Ésta ha sido una de las mayores críticas que se han efectuado sobre el instituto desde su incorporación al plexo normativo, que se suma a la falta de posibilidad de los jueces de morigerar la sanción.

3.1.5. *Requisitos de forma (decreto 146/2001)*

El decreto 146/2001 reglamenta lo relativo a la sanción hasta aquí analizada. Más allá de los requisitos de fondo que ya fueron analizados, el decreto en cuestión agrega dos adicionales: que exista una intimación dirigida al empleador para que incorpore los aportes retenidos y no ingresados, y que se le otorguen 30 días corridos para hacerlo.

El primero de los requisitos guarda relación con el principio de buena fe (art. 63, LCT), que debe regir tanto al celebrar, ejecutar, extinguir el contrato e, incluso, luego de su finalización.

⁵ Debo aclarar que esta calificación no me pertenece. Se la he escuchado en numerosas oportunidades a Alejandro Sudera y la adopté porque adhiero a su razonamiento: al no tener una pauta de tope y establecer que su devengamiento continuará hasta tanto el empleador haga ingreso de los aportes retenidos, el monto de la sanción podría resultar monumental. Es posible que el empleador ingrese los aportes retenidos casi de inmediato luego de vencerse el plazo para hacerlo y que la sanción sea ínfima con relación a las restantes indemnizaciones previstas por el sistema, pero también que no lo haga y que la sanción conminatoria supere por mucho a éstas. De ello se desprende lo “potencial” de lo gravoso.

En cambio, el requisito de conferirle al empleador 30 días para subsanar su incumplimiento guarda relación únicamente con la lógica de la duración que puede tener un trámite administrativo. No podría requerírsele al empleador que, de un día para otro, resuelva la situación, pues no depende exclusivamente de su diligencia, sino también de la respuesta que encuentre por parte de los organismos encargados de recibir dichos aportes. Este plazo guarda cierta relación lógica con el que manda a esperar el mismo decreto para cursar válidamente la intimación prevista en el artículo 80 de la LCT, pues tiene sentido que, si se confiere al empleador la posibilidad de ingresar los aportes retenidos, las constancias documentadas que prevé dicho artículo reflejen que ello ha sido subsanado.

El decreto aclara que la remuneración a considerarse como base de cálculo es la última remuneración mensual devengada –agregado que parece sobreabundante toda vez que la ley ya lo aclara– y que “las remuneraciones en especie deberán ser cuantificadas en dinero a los efectos de determinar la sanción”.

Dejaré de lado casi en su totalidad la discusión relativa a la inconstitucionalidad del decreto 146/2001 por incorporar requisitos que no se encuentran previstos en la ley, pues es un debate que excede por lejos el acotado marco de este trabajo.

3.1.6. *Existencia y cuantificación de la sanción*

Indicados los alcances del incumplimiento sancionado, el texto del artículo 132 bis de la LCT se expide sobre el nacimiento de la sanción y aclara cómo cuantificarla.

La obligación de ingresar los aportes retenidos integra el plexo de derechos y deberes de las partes en el marco de la LCT, pero su incumplimiento no se traduce en forma automática en el nacimiento de la obligación de abonar esta sanción. Para que ésta nazca como tal es requisito *sine qua non* intimar fehacientemente al empleador en los términos del artículo 1º del decreto 146/2001. Del análisis conjunto del texto del artículo y de lo que impone el decreto reglamentario puede colegirse que el nacimiento de la obligación se produce al tomar conocimiento el deudor de la intimación cursada, pero que sus efectos

son retroactivos a la fecha de extinción del vínculo, pues la norma de fondo aclara que el empleador “...deberá a partir de ese momento...”, en referencia al momento de la extinción.

La norma aclara que la sanción conminatoria se devengará con igual periodicidad a la del salario. La elección de esta terminología por parte del legislador amerita alguna aclaración.

El artículo 126 de la LCT dispone distintos períodos de pago sea que el trabajador cobre su salario en forma mensual, sea que resulte remunerado a jornal o por hora o que se lo remunere por pieza o medida. Sin embargo, no debe confundirse la noción de devengamiento con la de exigibilidad.

Tal como ocurre con el salario, la sanción se devenga a cada momento, en cada segundo (siempre y cuando, claro está, exista puesta a disposición de la fuerza de trabajo, como lo impone el art. 103 de la LCT). De ahí que resulta errada la expresión escogida por el legislador al decir que el “...importe [...] se devengará con igual periodicidad a la del salario...” No existe periodicidad en el devengamiento, sino que la periodicidad refiere a la exigibilidad con la que deberá abonarse la remuneración.

Entonces, en definitiva, resulta irrelevante a efectos de determinar la exigibilidad de la sanción si el salario es abonado al vencimiento del mes calendario, por semana o por quincena, pues en ningún caso la sanción podrá ser exigida transcurrido un período inferior al de un mes.

También creo importante aclarar –a raíz de la confusa técnica legislativa– que la sanción es única e indivisible y que lo que ocurre mensualmente es su acrecimiento.

A efectos de determinar la cuantía, el artículo propone tomar como base de cálculo la última remuneración devengada por el actor, es decir, la que devengaba al momento de extinguirse el vínculo. Si bien en países con un problema inflacionario de la magnitud que tiene el nuestro la última remuneración suele coincidir con la mejor remuneración, mensual, normal y habitual devengada durante el último año de servicios (art. 245 de la LCT), éstas podrían no coincidir y, desde

esa óptica, nos encontraríamos frente a uno de los supuestos que pueden ser contemplados dentro del llamado criterio de la normalidad próxima.

La norma aclara que la sanción se devengará “...hasta que el empleador acredite de modo fehaciente haber hecho efectivo el ingreso de los fondos retenidos”. De esa forma, le confiere al empleador la posibilidad de detener el devengamiento de la sanción, siempre y cuando dé cumplimiento a la obligación que oportunamente soslayó.

Sin embargo, la limitación que impone la norma es de carácter *ex nunc*, es decir, que sólo tiene efectos hacia el futuro y no se dejan sin efecto las sanciones devengadas hasta ese momento.

3.1.7. *Aclaración sobre la naturaleza laboral de la sanción*

En su segmento final, el artículo aclara que “La imposición de la sanción conminatoria prevista en este artículo no enerva la aplicación de las penas que procedieren en la hipótesis de que hubiere quedado configurado un delito del derecho penal”.

Intentaré explicar los motivos por los que considero pertinente esta aclaración.

La ley 24.769, que establece el Régimen Penal Tributario, dedica un título exclusivamente a los delitos vinculados con los recursos de la seguridad social.

Su artículo 7º refiere que “Será reprimido con prisión de dos a seis años el obligado, que mediante declaraciones engañosas, ocultaciones maliciosas o cualquier otro ardid o engaño, sea por acción o por omisión, evadiere parcial o totalmente al fisco nacional el pago de aportes o contribuciones o ambos conjuntamente, correspondientes al sistema de la seguridad social, siempre que el monto evadido excediere la suma de veinte mil pesos (\$ 20.000) por cada período”, mientras que el que lo sigue explica que “La prisión a aplicar se elevar[á] de tres años y seis meses a nueve años, cuando en el caso del artículo 7º se verificare cualquiera de los siguientes supuestos: a) Si el monto evadido superare la suma de cien mil pesos (\$ 100.000), por cada período. b) Si hubieren intervenido persona o personas interpuestas para ocultar la identidad del verdadero sujeto obligado y el monto evadido superare la suma de cuarenta mil p[er]sos (\$ 40.000)”.

Párrafo seguido, más específicamente en el artículo 9º, se dispone que “Será reprimido con prisión de dos a seis años, el agente de retención de aportes del sistema de seguridad social nacional que no depositare, total o parcialmente, dentro de los diez días hábiles administrativos de vencido el plazo de ingreso, los importes retenidos, siempre que el monto no ingresado superase la suma de cinco mil pesos (\$ 5.000) por cada período”.

Como puede observarse, la inconducta del empleador en el sentido previsto por el artículo 132 bis de la LCT podría calificarse como un ilícito penal y resultar reprimida por el Estado con penas de prisión.

De no efectuarse la aclaración del artículo 132 bis, *in fine*, podría considerarse que la sanción conminatoria resulta violatoria del principio *non bis in idem* consagrado por nuestra Constitución Nacional.

Entonces, la aclaración resulta más que pertinente, pues de esa manera no caben dudas de que la incorporación de la sanción es un mero reproche de la inconducta a nivel civil-laboral y que no configura una pena en los términos de la ley penal.

En lo que hace a este punto, es de destacar que la tipificación penal alcanza al que retiene indebidamente aportes al sistema de seguridad social, pero no a los otros supuestos de retención infiel a los que alude el artículo 132 bis (que, es cierto, son absolutamente minoritarios).

3.1.8. *Beneficiario de la sanción*

Para concluir con el análisis de este instituto creo pertinente abordar la cuestión relativa a quién resulta beneficiario de dicha sanción.

El texto del artículo dispone que el empleador reticente a dar cumplimiento a sus obligaciones “...deberá [...] pagar al trabajador...”

Como adelanté al inicio, este tan particular instituto se aleja de la lógica de la indemnización, es decir, del resarcimiento que corresponde a quien realiza un daño o perjuicio.

Creo pertinente recordar que nuestro sistema de seguridad social ha adoptado la lógica de un sistema solidario, en el que los trabajadores en actividad realizan los aportes para sostener en ese mismo momento a los trabajadores pasivos.

Desde tal óptica, podría darse el caso de que el trabajador, al no ver ingresados sus aportes y cuotas de forma oportuna, no sufra daño alguno –al menos en lo inmediato–.

Sin embargo, un empleador que omitiera hacer ingreso de los aportes retenidos estaría perjudicando a todo el sistema de seguridad social (a los sujetos pasivos de dicho sistema) y existiría meramente un daño en expectativa respecto del trabajador cuyos aportes fueron retenidos. El daño en expectativa podría traducirse en un daño real cuando el trabajador en actividad no pudiera acceder al beneficio jubilatorio por el incumplimiento de la demandada.

No obstante, podría darse el supuesto de que el trabajador pueda acceder al beneficio jubilatorio aun cuando el empleador no haya dado ingreso a dichos aportes, siempre y cuando el trabajador reúna los requisitos para acceder al beneficio jubilatorio (en este sentido, obsérvense los requisitos que impone la ley 24.241).

En dicho supuesto, no se verificaría daño alguno al trabajador.

Distinto es el caso de los aportes destinados a las obras sociales, a las asociaciones sindicales y a las cooperativas y mutuales, pues podría darse el caso de que, frente a la falta de ingreso de dichos aportes, el trabajador sea privado de la posibilidad de acceder a distintos servicios. En este caso se configuraría un verdadero daño y el trabajador se encontraría facultado para iniciar las acciones pertinentes y obtener un resarcimiento.

Soy de la opinión, lo ha sostenido García Vior, de que el legislador ha intentado convertir al trabajador en una especie de informante colaborador⁶, que resulta recompensado a la hora de denunciar este incumplimiento (García Vior, 2010).

3.1.9. Conductas que puede adoptar el deudor frente a la intimación

Existen por lo menos cuatro conductas que puede adoptar el empleador frente a la intimación realizada por el trabajador.

La primera de ellas es guardar silencio y en tal caso debería eva-

⁶ La autora escogió como figura retórica la de “gestor oficioso”.

luarse la procedencia de la sanción a partir de la acreditación del incumplimiento y de la satisfacción de los requisitos formales previstos en el decreto reglamentario.

La segunda conducta que podría adoptar es responder el emplazamiento negando los hechos invocados. En este supuesto, se encontrará en cabeza del trabajador acreditar el incumplimiento mediante prueba en el proceso judicial. A tal efecto, la retención podría acreditarse mediante la incorporación de los recibos de sueldo y podría darse cuenta de la falta de ingresos a partir de la incorporación del informe de la AFIP que pueden extraer los usuarios autorizados de los juzgados nacionales del trabajo debido al convenio suscripto con el organismo recaudador.

La tercera conducta que podría adoptar el empleador es reconocer el incumplimiento y, dentro de los 30 días corridos que otorga el decreto 146/2001, adoptar las medidas pertinentes para que los aportes se encuentren ingresados.

La última posibilidad consiste en reconocer el incumplimiento e iniciar un plan de moratoria en el organismo recaudador. La jurisprudencia⁷ ha entendido que el inicio de un plan de pagos para subsanar la cuestión se evidencia como un acto de buena fe por parte del empleador y, en dichos casos, han eximido al empleador del pago de la sanción.

La cuestión relativa a los planes de facilidades de pago de deuda en materia previsional ha sido reglamentada por la Administración Federal de Ingresos Públicos en la resolución general AFIP 5361/2023.

La resolución en cuestión abarca un espectro mucho mayor de deudas, pues se encuentran incluidas también las deudas impositivas, pero se aclara en su artículo 1º que se establece “...un régimen de facilidades de pago destinado a la regularización de: a) Obligaciones impositivas y de los recursos de la seguridad social –incluidos sus intereses y multas– vencidas hasta el 30 de abril de 2023, inclusive” (art. 1º).

Dentro de las facilidades ofrecidas por el organismo se prevé que

⁷ Recomiendo, en este sentido, la lectura de la sentencia definitiva dictada por la sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo el 28-11-2019, en la causa “Nigro, Bárbara Micaela c/OPSM Investigación Social Consultoría y Servicios SA s/Despido” (expediente CNT 50303/2015).

“...a) Las cuotas serán mensuales, iguales y consecutivas y su monto se calculará aplicando la fórmula que se consigna en el micrositio de este Organismo denominado ‘Mis Facilidades’ [...] El monto mínimo de cada cuota será de pesos dos mil (\$ 2.000). b) La cantidad máxima de cuotas de los planes de facilidades de pago se determinará según el tipo de contribuyente al momento de la consolidación de los mismos y del tipo de plan, todo ello de conformidad con lo establecido en el Anexo de la presente. c) La tasa de interés de financiación será la que resulte de aplicar el setenta por ciento (70%), noventa por ciento (90%) o cien por ciento (100%) sobre la tasa de interés resarcitorio –vigente a la fecha de consolidación del plan de facilidades de pago– prevista en el artículo 1° de la Resolución N° 559 del 23 de agosto de 2022 del Ministerio de Economía o la norma que en el futuro la reemplace. La tasa obtenida como resultado del procedimiento de cálculo mencionado en el párrafo anterior, se expresará en valor porcentual truncándose en el segundo decimal. La misma será fijada en función del tipo de contribuyente a la fecha de consolidación del plan y asignada de conformidad con lo establecido en el citado Anexo [...] e) La fecha de consolidación de la deuda será la correspondiente al día de la presentación del plan [...] g) Los intereses resarcitorios y punitivos –en este último caso, de haber consignado la fecha de inicio de la demanda conforme a lo dispuesto en el artículo 52 de la Ley N° 11.683, texto ordenado en 1998 y sus modificaciones– calculados por el sistema, a partir de la incorporación de una obligación vencida a la fecha de adhesión, no podrán ser modificados por el contribuyente y/o responsable” (art. 6°).

3.1.10. *Legitimación para reclamar los aportes y contribuciones no ingresados*

Como vimos hasta aquí, el dispositivo antifraude en materia laboral y previsional crea esta sanción en favor del trabajador, pero no abarca el problema relativo a la falta de aportes. Podría darse que el empleador decida no ingresar los aportes correspondientes y que la sanción continúe devengándose *in æternum*. En este supuesto, el actor resultaría acreedor de un monto sumamente cuantioso, pero sus aportes continuarían impagos.

En los distintos casos en los que los trabajadores han reclamado

por vía judicial los aportes previsionales destinados a los organismos de seguridad social en los procesos judiciales, la respuesta de los magistrados ha sido categórica: el único legitimado para reclamar los aportes previsionales retenidos y no ingresados es el organismo recaudador, es decir, la Administración Federal de Ingresos Públicos⁸.

Sin embargo, la legitimación de la Administración Federal de Ingresos Públicos (que surge de decreto 821/98, mediante el cual se aprueba el texto ordenado de la ley 11.683) no se proyecta respecto de los aportes destinados a las obras sociales. En estos casos, son estas entidades las que poseen legitimación activa –por imperio de lo dispuesto en la ley 23.660– para reclamar el pago de los aportes vía apremio (art. 24 de la ley 23.660).

Por otro lado, tenemos el caso de los aportes y contribuciones destinados a las asociaciones sindicales. Este supuesto se encuentra alcanzado por la ley 24.642.

Dicho ordenamiento regula el “Procedimiento de cobro al que estarán sujetos los créditos de las citadas asociaciones originados en la obligación del empleador de actuar como agente de retención de las cuotas y contribuciones que deben abonar los trabajadores afiliados a las mismas”.

En el texto normativo se indica que “Los empleadores deberán depositar a la orden de la asociación sindical respectiva las cuotas a cargo de los afiliados, en la misma fecha que los aportes y contribuciones al Sistema de Seguridad Social, siendo responsables directos del importe de las retenciones que no hubieran sido efectuadas” (art. 2º), y que “La falta de pago en término de los créditos mencionados en el artículo anterior hará incurrir en mora a los responsables sin necesidad de interpelación alguna” (art. 3º).

La legitimada para requerir el ingreso de las contribuciones pertinentes es la asociación sindical a la que se encuentran destinados y se aclara que “El cobro judicial de los créditos previstos en la presente ley se hará por la vía de apremio o de ejecución fiscal prescriptos en

⁸ Así lo sostuvo la sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en la sentencia del 24-9-2020, en la causa “Ramírez, María c/Bonadeo, Juan s/Despido” (expediente CNT 21.838/2007).

los códigos procesales civiles y comerciales de cada jurisdicción, sirviendo de suficiente título ejecutivo el certificado de deuda expedido por la asociación sindical respectiva” (art. 5°).

El caso de los aportes y contribuciones destinados a las cooperativas y a las asociaciones mutuales presenta por lo menos dos categorías de análisis. En este punto, debemos distinguir si se trata de aportes establecidos por normas legales o convencionales, o si se trata de aportes realizados por la mera voluntad del trabajador.

A modo de ejemplo, el artículo 27 del CCT 415/2005 establece un aporte destinado a la Asociación Mutual para el Personal de Estaciones de Servicio, Garajes, Lavaderos Automáticos y Playas de Estacionamiento de la República Argentina. Al encontrarse el aporte estipulado en el convenio colectivo de trabajo y resultar de aplicación obligatoria para las partes, entiendo que la asociación mutual se encuentra facultada para compeler judicialmente al empleador para que ingrese los aportes retenidos.

Ahora bien, en caso de que el aporte o contribución no surja de una norma legal o convencional⁹, entiendo que el trabajador es quien se encuentra legitimado para reclamarle al empleador por las sumas retenidas y no ingresadas.

El porqué de esta afirmación encuentra su respuesta en el acto voluntario de la afiliación. Aquí el aporte se realiza por una afiliación o decisión voluntaria del trabajador y el empleador actúa simplemente en carácter de mandatario, pues el trabajador le solicita que destine una porción de su sueldo a una entidad mutual o cooperativa. Desde esa lógica, al no existir una obligación legal o convencional de actuar como agente de retención, la entidad destinataria no podría reclamar el pago de dichos aportes al empleador. Por el contrario, sería el trabajador quien se encontraría legitimado para reclamar al empleador la devolución de los aportes efectuados, quien –además– cargaría con las consecuencias de no haber ingresado el dinero a la asociación mutual o cooperativa (pérdida del carácter de afiliado o socio activo, quita de beneficios, etc.).

⁹ En este caso, la utilización del término “convencional” debe entenderse como referido a los convenios colectivos de trabajo.

3.1.11. *El problema de la falta de facultades judiciales para graduar la sanción*

La gran crítica que ha sufrido esta institución, más allá de las ya analizadas, es que el artículo 132 bis de la LCT no confiere facultades judiciales para graduar la cuantía de la sanción. De esa manera, frente a un incumplimiento parcial que podría cuantificarse en un peso, el empleador podría resultar pasible de la sanción potencialmente más gravosa del sistema.

Conuerdo con quienes han sostenido esta crítica a lo largo del tiempo. Sin embargo, soy de la opinión de que el problema se encuentra subsanado a partir de la entrada en vigencia del CCyCN.

Recordemos que nos encontramos frente a una institución que se identifica con la función punitiva del Derecho y, desde esa óptica, cobra especial relevancia lo dispuesto en los artículos 1714 y 1715.

El artículo 1714 del CCyCN refiere a la punición excesiva y dispone que “Si la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un hecho provoca una punición irrazonable o excesiva, el juez debe computarla a los fines de fijar prudencialmente su monto”.

Por su parte, el artículo 1715 dispone que “En el supuesto previsto en el artículo 1714 el juez puede dejar sin efecto, total o parcialmente, la medida”.

Estos artículos otorgan herramientas a los magistrados para neutralizar la sanción prevista en el artículo 132 bis si se torna en un supuesto de punición excesiva. La limitación se integra en forma casi perfecta con las restantes disposiciones del artículo en cuestión.

La única objeción que podría formularse contra este razonamiento es problema lógico de incompatibilidad normativa que podría darse desde el criterio material.

Este criterio clasifica a las normas según la propiedad de ser generales o especiales. De esa forma, en la parte que regula, la norma especial resulta preferida por sobre la norma general (Guibourg, 2003).

Aun cuando algún autor pudiera sostener el criterio de que la norma general y posterior no podría anteponerse a la norma especial anterior,

soy de la opinión de que este análisis podría darse recién al verificar una incompatibilidad, lo que no ocurre en este caso.

Me atrevo a efectuar esta afirmación toda vez que, al no existir un dispositivo de atenuación de la pena en la norma especial, el de la norma general la complementa de forma integral y armónica.

3.2. Obligación de la autoridad administrativa o judicial de reportar indicios de irregularidad registral a la Administración Federal de Ingresos Públicos. Artículo 15 de la LCT

El artículo 15 de la LCT, en su texto vigente hasta la sanción de la ley 25.345, únicamente disponía que “Los acuerdos transaccionales, conciliatorios o liberatorios sólo serán válidos cuando se realicen con intervención de la autoridad judicial o administrativa, y mediante resolución fundada de cualquiera de ésta que acredite que mediante tales actos se ha alcanzado una justa composición de los derechos e intereses de las partes”.

Mediante la sanción de la ley que estudiamos se incorporaron nuevos párrafos que generaron obligaciones en cabeza de la autoridad administrativa del trabajo y de los organismos jurisdiccionales con competencia en materia laboral.

El artículo 44 dispuso que debía agregarse el siguiente texto: “Sin perjuicio de ello, si una o ambas partes pretendieren que no se encuentran alcanzadas por las normas que establecen la obligación de pagar o retener los aportes con destino a los organismos de la seguridad social, o si de las constancias disponibles surgieren indicios de que el trabajador afectado no se encuentra regularmente registrado o de que ha sido registrado tardíamente o con indicación de una remuneración inferior a la realmente percibida o de que no se han ingresado parcial o totalmente aquellos aportes y contribuciones, la autoridad administrativa o judicial interviniente deberá remitir las actuaciones a la Administración Federal de Ingresos Públicos con el objeto de que la misma establezca si existen obligaciones omitidas y proceda en su consecuencia”.

El segundo párrafo, lamentablemente, se da de bruces con lo dis-

puesto en el texto originario. Recordemos que éste refiere, como modo de extinción de las obligaciones generadas en el marco de los contratos de trabajo, a la transacción laboral.

Para entender este modo debemos remitirnos a la norma civil general, que establece que la transacción es un contrato por el cual las partes, para evitar un litigio, o ponerle fin, se hacen concesiones recíprocas y de esa forma extinguen obligaciones dudosas o litigiosas.

El problema se genera a partir de la conceptualización de las obligaciones como “dudosas o litigiosas”. En el marco de la mayoría los acuerdos transaccionales, quien efectúa una oferta para poder extinguir este tipo de obligaciones lo hace “sin reconocer hechos ni derechos”. De esa forma, subsiste el carácter de dudosas de las obligaciones. Las litigiosas son aquellas que se discuten en el marco de un proceso judicial y, hasta el dictado de la sentencia, no se tiene certeza respecto de su existencia.

Entonces, a partir de un acuerdo transaccional en el que se extinguen obligaciones litigiosas o dudosas, mal podría establecerse la existencia de irregularidad registral. Jamás podría existir una certeza al respecto y se le impone a la autoridad administrativa y judicial operar bajo la presunción de que ellas existieron.

El artículo 44 de la ley 25.345 incorporó al artículo 15 de la LCT lo siguiente: “La autoridad judicial o administrativa que omitiere actuar del modo establecido en esta norma quedará incurso en grave incumplimiento de sus deberes como funcionario y será, en consecuencia, pasible de las sanciones y penalidades previstas para tales casos”, y que “En todos los casos, la homologación administrativa o judicial de los acuerdos conciliatorios, transaccionales o liberatorios les otorgará la autoridad de cosa juzgada entre las partes que los hubieren celebrado, pero no les hará oponibles a los organismos encargados de la recaudación de los aportes, contribuciones y demás cotizaciones destinados a los sistemas de la seguridad social, en cuanto se refiera a la calificación de la naturaleza de los vínculos habidos entre las partes y a la exigibilidad de las obligaciones que de esos vínculos se deriven para con los sistemas de seguridad social”.

La inclusión de estos párrafos guarda relación con la primera de las incorporaciones, pero se contraponen, como ya dije, con el texto originario.

Sin perjuicio de ello, la inoponibilidad del acuerdo frente a los organismos encargados de la recaudación de aportes y cotizaciones resulta un agregado interesante pues le confiere la facultad a los organismos encargados de la recaudación de los aportes y contribuciones de la seguridad social de realizar una “determinación paralela” de la existencia de deuda en su favor.

3.3. Sanción indemnizatoria. Artículo 80 de la LCT

3.3.1. Naturaleza del instituto

La naturaleza de esta institución difiere de la prevista en el artículo 132 bis de la LCT. En este caso, el legislador busca resarcir al trabajador que no puede iniciar sus trámites jubilatorios por no contar con la documentación necesaria y que no puede acreditar las capacitaciones realizadas que le permitirían acceder a mejores puestos a la hora de buscar otro trabajo.

Algunos autores, como Alejandro Sudera, sostienen que debido al texto de la norma que establece que el empleador “será sancionado con una indemnización”, debe referirse a ella como sanción indemnizatoria. Adhiero a este razonamiento, pues considero que esta institución tiene una doble naturaleza: es sancionatoria e indemnizatoria a la vez. Explicaré mi razonamiento.

El artículo en cuestión establece dos obligaciones en cabeza del empleador: hacer entrega del certificado de trabajo y de las constancias documentadas y, en caso de no haberlo hecho frente al requerimiento oportuno del trabajador, abonar esta sanción indemnizatoria. Son dos deberes que se encuentran conectados, pero transitan por carriles separados.

El empleador, de antemano, podría cuantificar cuánto debería pagar al trabajador en caso de no entregar el certificado de trabajo y las constancias documentadas, pero el pago de esta sanción indemnizatoria no extingue el deber de hacer entrega de estos documentos. Entonces, el empleador, aun cuando haya abonado la indemnización prevista en este artículo, debe hacer entrega del certificado de trabajo y de las constancias documentadas. De no hacerlo, un juez podría fijar sanciones conminatorias para compeler su cumplimiento.

Este agregado denota que parte de la finalidad que se tuvo en vista es evitar que el empleador incumpla con su obligación en este sentido y no sólo resarcir al trabajador por sus perjuicios.

Ello, sumado a la acertada afirmación realizada por Alejandro Sudera respecto de la técnica escogida por el legislador, me hacen sostener la doble naturaleza antes referida. Sin embargo, de no compartir el lector este criterio, me permito mencionar –a raíz de distintos intercambios habidos con el autor– que se da una curiosidad que inclina la cuestión más para el lado de la indemnización que de la sanción, determinada por el hecho de que, si el trabajador no intima a la entrega de las certificaciones y constancias documentadas, no es exigible el rubro, o sea, no hay “sanción”. Esto desdibuja un tanto esa naturaleza más allá del *nomen juris* escogido.

3.3.2. *Requisitos para su procedencia. Falta de entrega del certificado de trabajo y de las constancias documentadas*

Para entender la conducta reprochada, debemos remitirnos al tercer párrafo del artículo bajo análisis. Éste dispone que “Cuando el contrato de trabajo se extingue por cualquier causa, el empleador estará obligado a entregar al trabajador un certificado de trabajo, conteniendo las indicaciones sobre el tiempo de prestación de servicios, naturaleza de éstos, constancia de los sueldos percibidos y de los aportes y contribuciones efectuados con destino a los organismos de la seguridad social”.

Ello se complementa con lo prescripto en el artículo 6° sin número (entre los arts. 89 y 90, LCT) de la norma, que dispone que “En el certificado de trabajo que el empleador está obligado a entregar a la extinción del contrato de trabajo deberá constar además de lo prescripto en el artículo 80, la calificación profesional obtenida en el o los puestos de trabajo desempeñados, hubiere o no realizado el trabajador acciones regulares de capacitación”.

En resumen, al momento de la extinción del contrato de trabajo (o antes, cuando el trabajador lo requiera bajo una justificación válida) el empleador debe entregar al trabajador por lo menos tres cosas: 1) Un certificado de trabajo donde conste el tiempo de prestación de

servicios, la naturaleza de éstos y la calificación profesional obtenida en los distintos puestos de trabajo desempeñados y las instancias de capacitación en las que el trabajador participó; 2) constancia de los sueldos percibidos durante la contratación; 3) constancia de las contribuciones efectuadas con destino a los organismos de la seguridad social.

No basta con que el empleador haga entrega de uno de los elementos reseñados, sino que, para cumplir con su obligación, debe entregar los tres y ellos deben contener información certera.

A efectos de dar cumplimiento en forma unificada con la entrega de las constancias referidas por el artículo, la Administración Federal de Ingresos Públicos ha generado el formulario 931, que da cuenta de los sueldos percibidos durante la contratación y la Administración Nacional de la Seguridad Social ha creado el formulario P.S.6.2 para cargar la información relativa a los aportes destinados a ella.

Existe también un factor temporal relativo a la falta de entrega. El artículo establece que el empleador debe hacer entrega de los elementos reseñados dentro de los dos días hábiles computados a partir del día siguiente al de la recepción del requerimiento. Sin embargo, este requisito debe ser analizado a la luz de los requisitos de forma, que abordaré acto seguido.

3.3.3. *Requisitos de forma (decreto 146/2001)*

La reglamentación de esta sanción indemnizatoria se encuentra también en el ya analizado decreto 146/2001.

En su artículo 3º la norma dispone que “El trabajador quedará habilitado para remitir el requerimiento fehaciente al que se hace alusión en el artículo que se reglamenta, cuando el empleador no hubiere hecho entrega de las constancias o del certificado previstos en los apartados segundo y tercero del artículo 80 de la Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744 (t. o. por Decreto N° 390/76) y sus modificatorias, dentro de los treinta (30) días corridos de extinguido, por cualquier causa, el contrato de trabajo”.

Un análisis armónico de la norma de fondo y del decreto reglamentario nos indica lo siguiente: pasados treinta días corridos desde que se extinguió el vínculo, el trabajador se encuentra habilitado para

remitir el requerimiento al empleador para que, dentro de los dos días hábiles siguientes, haga entrega del certificado de trabajo y de las constancias documentadas.

Mucho se ha dicho con relación al decreto reglamentario. Algunos autores han sostenido que la incorporación del plazo de espera de 30 días constituyó un exceso reglamentario por parte del Poder Ejecutivo que se traduce en una norma inconstitucional. Por mi parte, me considero adherente a la escuela que sostiene que es una incorporación lógica toda vez que es imposible confeccionar el certificado y las constancias documentadas en el plazo de dos días hábiles.

3.3.4. Sanción indemnizatoria

En caso de no dar cumplimiento con la entrega –siempre y cuando se cumplan los requisitos referidos a la forma de la intimación– el trabajador resultará acreedor de una sanción indemnizatoria equivalente “...a tres veces la mejor remuneración mensual, normal y habitual percibida por el trabajador durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios, si éste fuere menor”. A diferencia de lo que ocurre con la sanción prevista en el artículo 132 bis de la LCT, ésta toma la misma base que escogió el legislador para calcular la indemnización prevista en el artículo 245 de la misma norma.

3.3.5. Beneficiario de la sanción indemnizatoria

En este caso, tal como ocurría en el caso de la sanción prevista en el artículo 132 bis, el beneficiario resulta ser el trabajador. A mi entender, la elección resulta acertada en atención al doble carácter que tiene esta sanción indemnizatoria, pues, desde la faz indemnizatoria, se busca resarcir al trabajador que no contara con los elementos para acceder al beneficio jubilatorio o postularse para un mejor trabajo.

No obstante, efectuaré algunas críticas sobre esto a la hora de concluir con este trabajo.

3.3.6. Conductas que puede adoptar el deudor frente a la intimación

Existen por lo menos seis conductas distintas que el empleador podría adoptar frente a la recepción de la intimación cursada.

La primera consiste en guardar silencio. En dicho supuesto, el análisis de la procedencia de la sanción indemnizatoria debe analizarse estrictamente desde la verificación del cumplimiento de los requisitos de fondo y forma.

Podría también negar que deba dar cumplimiento a esta obligación, en cuyo caso en el pleito deben verificarse también los requisitos indicados con anterioridad.

Un tercer supuesto sería que el empleador indique que la obligación ya se encuentra cumplida y ello le impondría la carga de acreditarlo en el litigio.

Otro supuesto sería que el empleador acepte el requerimiento y ponga el certificado de trabajo y las constancias documentadas a disposición. En este caso, debería analizarse si se constituyó correctamente en mora al acreedor y analizar la procedencia de la sanción desde esa óptica.

Un quinto supuesto sería que el empleador acepte el requerimiento del trabajador, pero lo ponga a disposición vencido el plazo conferido por la ley y el decreto reglamentario para hacerlo. En dicho supuesto, no cabe duda alguna de que el trabajador resultará acreedor de la sanción indemnizatoria.

La última conducta que el empleador podría adoptar sería iniciar una acción judicial para consignar los instrumentos. En tal supuesto, estaría eximido de abonar la sanción indemnizatoria y bastaría con que indique que los instrumentos se encuentran a disposición en el expediente judicial. Me permito agregar que, a mi entender, no resultaría posible efectuar la consignación vía extrajudicial. Ello toda vez que el artículo 910 del CCyCN la limita a las deudas de sumas de dinero.

3.4. Obligación del secretario del tribunal de remitir los autos a la Administración Federal de Ingresos Públicos. Artículo 132 de la LO

El artículo 46 de la ley 25.345 también propuso un agregado, pero esta vez al artículo 132 de la ley 18.345, la tan conocida LO, que regula el procedimiento judicial de los expedientes que tramitan ante la Justicia Nacional del Trabajo.

Previo a la sanción de esta ley, el artículo 132 de la LO únicamente disponía que “Recibidos los autos de la Cámara o consentida o ejecutoriada la sentencia, el secretario del Juzgado practicará liquidación y se intimará al deudor que, en el plazo fijado en la sentencia, pague su importe. Contra esta intimación sólo procederá la excepción de pago posterior a la fecha de la sentencia definitiva”.

Con la sanción de la ley 25.345 se agregó que “Si por sentencia firme o ejecutoriada se estableciere que el actor es un trabajador dependiente y esa condición hubiera sido desconocida por la empleadora en su contestación de demanda, o si la fecha de ingreso del trabajador establecida en la sentencia fuera anterior a la que alegara su empleador, o si de cualquier otro modo se apreciare que el empleador hubiera omitido ingresar en los organismos pertinentes los aportes o las contribuciones correspondientes a los distintos sistemas de la seguridad social, el secretario del juzgado interviniente deberá remitir los autos a la Administración Federal de Ingresos Públicos a efectos de la determinación y ejecución de la deuda que por aquellos conceptos se hubiera generado”.

La nueva redacción del artículo establece una obligación en cabeza del secretario del juzgado, que se ocupa de la practicar la liquidación de los rubros que surjan de la sentencia. Es importante destacar que esta obligación es exclusiva de este funcionario y no puede ser suplida por los funcionarios de segunda instancia, pues en el trámite ante segunda instancia el pronunciamiento no se encuentra firme hasta que se venza el plazo para interponer los recursos extraordinarios.

Resulta lógico que la comunicación que prevé el artículo sea realizada a la hora de practicar la liquidación, ya que en esa oportunidad el pronunciamiento ya pasó en autoridad de cosa juzgada.

Debe notificarse a la Administración Federal de Ingresos Públicos cuando se establezca que el accionante se desempeñó como trabajador dependiente y este extremo fue negado en la contestación de la demanda, y cuando de las constancias del expediente surja que existió irregularidad registral en la contratación.

Considero que, para determinar qué tipo de irregularidades registrales deben notificarse, corresponde estar a lo que prevé la ley 24.013. Si bien la falta de registro y la datación tardía de la fecha de ingreso

se encuentran taxativamente previstos en el artículo bajo análisis, entiendo que el incorrecto registro de la remuneración también se encuentra alcanzado.

Ello en razón de que se aclara que también debe hacerse saber al organismo recaudador cuando “se apreciare que el empleador hubiera omitido ingresar en los organismos pertinentes los aportes o las contribuciones correspondientes a los distintos sistemas de la seguridad social”. El incorrecto registro de la remuneración (siempre que se registre una menor a la devengada) se traduciría sin lugar a duda en la falta de ingreso de una porción de aportes.

El artículo aclara que “si de cualquier otro modo se apreciare que el empleador hubiera omitido ingresar en los organismos pertinentes los aportes o las contribuciones correspondientes a los distintos sistemas de la seguridad social”, la notificación al organismo también debe realizarse.

Debe comunicarse, entonces, cuando a raíz de la prueba producida –el informe de AFIP– se tome conocimiento de que existieron aportes parciales o cuando directamente no fueron realizados.

Finalmente, se incorpora el agregado de que el secretario del juzgado “Antes de hacer efectiva esa remisión deberá emitir los testimonios y certificaciones necesarios para hacer posible la continuación del procedimiento de ejecución de sentencia hasta la efectiva satisfacción de los créditos deferidos en condena”.

Si analizamos el artículo a la luz de la modificación que ocurrió a raíz de la pandemia producto de la expansión de la COVID-19, es decir, con la transformación de los expedientes a soporte digital casi exclusivamente, debemos entender que no debe remitir el expediente –como indica el artículo– sino que bastaría con la remisión de las constancias del sistema informático judicial que se encuentren suscriptas electrónicamente.

Se agrega, a modo de conclusión, la aclaración de que “El secretario que omitiere actuar del modo establecido en esta norma quedará incurso en grave incumplimiento de sus deberes como funcionario y será, en consecuencia, pasible de las sanciones y penalidades previstas para tales casos”.

3.5. *Obligación de informar a la Administración
Federal de Ingresos Públicos la intimación cursada
en los términos del artículo 11 de la ley 24.013*

El artículo 11 de la Ley Nacional de Empleo, antes de la modificación efectuada por la ley 25.345, disponía que para que resulten procedentes las indemnizaciones previstas en los artículos 8º, 9º y 10 de la misma norma, el trabajador o la asociación sindical que lo represente debían intimar al empleador para que proceda a la inscripción de la relación o establezca la verdadera fecha de ingreso o la real cuantía de las remuneraciones.

Disponía, además, que con la intimación el requirente debía indicar la fecha de ingreso real y todas las circunstancias que permitan calificar a la inscripción como defectuosa y que, si el empleador daba total cumplimiento a la intimación dentro del plazo de 30 días, quedaba eximido del pago de las indemnizaciones indicadas.

La reforma introducida agregó un requisito para que resulten procedentes las indemnizaciones previstas en los artículos 8º, 9º y 10: que sea comunicada a la Administración Federal de Ingresos Públicos.

Con esta modificación se establecieron dos requisitos: el que se encuentra en el inciso a, que ya estaba previsto y consistía en intimar al empleador a registrar correctamente la relación, y el inserto en el inciso b, que obliga al trabajador a remitir dentro de las 24 horas hábiles siguientes copia del requerimiento efectuado a su empleador a la Administración Federal de Ingresos Públicos.

Esta comunicación sirve para advertir al organismo recaudador de la posible existencia de una relación laboral incorrectamente registrada. Sin embargo, no puedo hacer más que intuir que ésa fue la lógica de su incorporación, ya que no existen elementos en el debate legislativo que lleven a esa conclusión.

En sintonía con esta modificación, el artículo 48 de la ley 25.345 reformó la ley 23.789, que establece la gratuidad del servicio de telegrama para los trabajadores, e incorporó la comunicación al organismo recaudador dentro de los servicios alcanzados.

4. *De lege ferenda.* Las reformas que el sistema necesita

Hasta aquí he analizado todos y cada uno de los institutos creados por la ley 25.345 para prevenir y sancionar la evasión en materia laboral y previsional. Esta norma está vigente desde el 17 de noviembre del 2000. Sin embargo, no ha tenido el efecto deseado por el legislador. Más de 20 años de prueba y error nos han demostrado que la cantidad de trabajo correctamente registrado no ha aumentado luego de la sanción de la ley, sino que se ha mantenido en sus niveles históricos o, incluso, ha disminuido.

Por ello, y en virtud de la lógica para este trabajo, efectuaré una breve crítica respecto de cada uno de los institutos analizados e indicaré cómo creo que algunos de ellos deberían ser reformados para fomentar que los empleadores no evadan.

La sanción prevista en el artículo 132 bis debe ser modificada en lo que hace a su beneficiario. Como expliqué a lo largo del trabajo, la conducta del empleador en el sentido de la falta de ingreso de aportes puede traducirse o no en un perjuicio para el trabajador. El perjuicio concreto y actual es para el sistema de la seguridad social y para los pasivos que se encuentran bajo su resguardo. Desde esa óptica, no encuentro justificado ni lógico que el trabajador que denuncie este extremo resulte beneficiado con la sanción potencialmente más gravosa del sistema.

A mi entender, debería modificarse el instituto para que los beneficiarios de la sanción sean, de acuerdo con la naturaleza del aporte retenido, el Estado federal, las obras sociales o las asociaciones sindicales. Debería establecerse, además, que la sanción sólo pueda ser utilizada para determinados fines. De resultar acreedor el Estado federal, la sanción debería ser utilizada exclusivamente para financiar el sistema previsional, mientras que, en el caso de las obras sociales y las asociaciones sindicales, debería tener como finalidad financiar servicios para sus asociados.

Quien lea mi afirmación se verá de seguro inclinado a realizar la siguiente crítica: ¿Cuál es el incentivo para que el trabajador denuncie la irregularidad?

El incentivo estaría dado por la convicción de que dichos aportes

sostienen el sistema de seguridad social o las instituciones a las que están destinados. Desde la lógica de un análisis de la conducta, si todos los empleadores incumplen con esta obligación, el Estado no podría abonar las jubilaciones y pensiones, las obras sociales no podrían brindar servicios de salud y las asociaciones mutuales y cooperativas tampoco podrían funcionar. Estaríamos frente a un verdadero colapso de las instituciones.

La convicción de que el cumplimiento de esta obligación deriva en el correcto funcionamiento del sistema y de las asociaciones mencionadas es, a mi entender, un incentivo más que suficiente.

Por otra parte, deberían excluirse del este artículo los aportes destinados a las asociaciones mutuales y cooperativas (siempre que éstos no resulten obligatorios en virtud de alguna norma de carácter legal o convencional, en cuyo caso debería estarse a lo indicado en el párrafo anterior).

La sanción, en cuanto a la cuantía, debería mantenerse, toda vez que lo elevado del monto resulta un incentivo interesante para que el empleador cumpla con las obligaciones a su cargo.

Por otro lado, debería eliminarse del texto normativo la obligación de la autoridad administrativa o judicial de denunciar inicios de irregularidad registral en el marco de los acuerdos conciliatorios.

Como dije, los acuerdos transaccionales son celebrados, en el 99,9% de los casos, con la inclusión de una cláusula que implica que por la suma otorgada no se reconocen hechos ni derechos. Desde esa óptica, nunca se podría obtener algún grado de certeza como para determinar la existencia de irregularidad registral.

Creo que no podría, a raíz de esto, construirse un procedimiento que permita verificar la existencia de irregularidad registral y, en consecuencia, la retención y la falta de ingreso de aportes. El método adecuado para realizar esta verificación es el correcto ejercicio de la inspección en materia laboral.

Las obligaciones impuestas en el artículo 80 de la LCT resultan anacrónicas y carecen de sentido en la actualidad. Los datos referidos a los salarios devengados y a los aportes realizados a los organismos de la seguridad social se encuentran sistematizados en una base de datos

informática, por lo que la emisión de constancias en este sentido ya no tiene la relevancia que tenía en el momento de la sanción de la norma.

Los únicos datos que no se encuentran incorporados a una base de datos son los que se deben consignar en el certificado de trabajo. Estos datos podrían ser de relevancia a la hora de postularse a un nuevo trabajo y acreditar determinado puesto o conocimientos, pero no más que eso.

La información referida, en la mayoría de los casos, se traduce a un *curriculum vitae*, y son contados los casos en los que los empleadores requieren que el trabajador acredite los datos invocados en este resumen de la historia laboral. Lo que sucede, en la práctica, son pedidos de referencia a anteriores empleadores.

Sin embargo, de considerar importante esta información, podría habilitarse el sistema de la Administración Federal de Ingresos Públicos o de la Administración Nacional de la Seguridad Social para que exista un segmento del sistema en el que se puedan cargar estos datos. Tendría sentido vincularlo con el servicio “historia laboral” que ofrece la Anses.

Por lo expuesto, soy de la opinión de que debería derogarse este artículo en cuanto impone la obligación de hacer entrega de las constancias documentadas referidas y establece una sanción indemnizatoria en caso de no hacerlo.

La obligación en cabeza del secretario del juzgado de remitir constancias al organismo recaudador debería repensarse y limitarse exclusivamente a los casos de trabajo no registrado. Resulta adecuado para los fines de la norma que, si por sentencia judicial firme se establece que existió relación de dependencia en el marco de una contratación fuera de todo registro, los organismos de recaudación inicien las acciones pertinentes para compeler al empleador para que ingrese los aportes correspondientes. Por el contrario, no lo guarda que el secretario de juzgado supla la labor de inspección laboral al informar sobre la existencia de aportes impagos en relaciones registradas. En dicho caso, los organismos podrían verificarlo con un mero cotejo de la base de datos.

En sintonía con lo que vengo exponiendo, tampoco resulta conducente para lograr los fines de la ley que los accionantes deban comunicar a la AFIP el emplazamiento realizado en los términos del artículo 11

de la ley 24.013, ya que únicamente serviría para aportar un indicio que permita iniciar una investigación y no obtener certeza alguna.

Para finalizar este trabajo, entiendo que existen por lo menos tres medidas complementarias que podrían resultar de interés para disuadir al empleador de que evada en lo que hace a la materia laboral y previsional:

- Una norma específica que regule el traspaso entre los programas sociales y el empleo formal. En este sentido, el Estado podría destinar recursos para cubrir en forma transitoria las contribuciones que debe realizar el empleador y de esa manera otorgarle un plazo en el que pueda generar ganancias y cubrir los costos que implica la contratación del nuevo trabajador.
- Fortalecer la inspección en materia laboral, con foco en las visitas presenciales.
- Realizar un adecuado control y cotejo de la información remitida por los empleadores mediante los formularios presentados. De esa manera, si se constata que un empleador no realiza los aportes en tiempo y forma, deberían activarse los mecanismos pertinentes para que lo haga.

5. Referencias

- ÁLVAREZ, E. (2001), *El artículo 132 bis de la ley 20.744 y la atípica sanción conminatoria mensual*, en *Revista de Derecho Laboral*, ps. 27-31.
- CASTAGNINO, L. (2005), *El artículo 132 bis de la Ley de Contrato de Trabajo en la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo*, en *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, ps. 435-441.
- COPERTARI, R. O. y GARCÍA VIOR, A. E. (2009), *El artículo 132 bis de la LCT*, en *Colección Temas de Derecho Laboral* (3), ps. 153-190.
- GARCÍA VIOR, A. E. (2010), *El despido como escenario de otras indemnizaciones: las multas de los artículos 80 y 132 bis de la Ley de Contrato de Trabajo*, en *Colección Temas de Derecho Laboral* (8), ps. 311-348.
- GUIBOURG, R. A. (2003), *Colección de análisis jurisprudencial. Teoría general del Derecho*, La Ley, Buenos Aires.
- Real Academia Española (28-9-2023), *Diccionario de la lengua española*, 23ª ed. (versión 23.6 en línea), en <https://dle.rae.es>.

TRABAJO A DISTANCIA Y TELETRABAJO

ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA LEY 27.555 CON LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

por PABLO CANDAL

I

En 1978, Georges Perec imaginó un edificio ubicado en una fantástica calle de París cuya fachada ha desaparecido, de modo tal que entre el entresuelo y las buhardillas se pueden ver todas las habitaciones, instantánea y simultáneamente¹.

A partir de esa idea original, describió minuciosamente a los habitantes de cada una de las dependencias, y su resultado es un prodigio que se arma como un *puzzle* y se desgaja en múltiples novelas.

Esa mirada simultánea le permite al narrador describir qué está haciendo cada morador en el instante en que mira el interior del inmueble, cuál es su ocupación habitual y qué historias lo tienen como protagonista.

No viene a cuenta reseñar qué estaba haciendo en ese instante el doctor Dinteville, Rorschach, Jerome Winckler o Bartlebooth, por nombrar a algunos de sus ocupantes; basta con decir que su tiempo estaba ocupado en variadas tareas prácticas o recreativas, como es el caso del singular Bartlebooth, que compone un *puzzle* sobre una mesa sentado en un sillón Napoleón III.

Casi como un juego (que tanto gustaba al autor francés) imaginemos qué actividades instantáneas y simultáneas observaría Perec tras la fachada del edificio del número 11 de la calle Simon-Crubellier si es-

¹ PEREC, Georges, *La vida. Instrucciones de uso*, Anagrama, Barcelona, 2011.

cribiera su obra maestra en 2023, y es cada vez más probable que entre sus ocupantes nos aparezca la imagen de al menos un teletrabajador.

Algo pasó entre 1978 y 2023, algo más que cuarenta y cinco años.

Hace ya tiempo que se vienen produciendo profundos cambios en lo que fue la figura paradigmática que sirvió de inspiración a la construcción jurídica del contrato de trabajo y a los medios técnicos de protección contra el fraude y la simulación, y ahora asistimos a un fenómeno cuyo germen surgió en la década de los '70 del siglo pasado, precisamente cuando en nuestro país se consolidaba la legislación del trabajo.

Entre 1969-1970 el Departamento de Defensa norteamericano puso en funcionamiento Arpanet, y entonces no podía saberse que su destino estaría marcado como el de “los árboles de los grandes bosques de Francia y de Noruega” del que se obtendrían las tablas con que se construiría tiempo después “un cadalso de nueva invención”².

Pero el incesante y furioso acontecer del proceso histórico que describe Dickens es menos vertiginoso que el avance del proceso tecnológico, dando lugar a un escenario sin precedentes en la historia humana (Cohen, 2006).

De tal suerte, a la Tercera Revolución Industrial que los autores caracterizan con la introducción de la electrónica y de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), en un lapso de pocos años, estamos actualmente frente a un nuevo fenómeno que fatalmente habrá de cambiar todo, a un ritmo cada vez más acelerado (a “velocidad exponencial”, apunta Ricardo Foglia)³, ya que la denominada revolución digital lleva a su vez el germen de la inteligencia artificial (IA), cuyas consecuencias para el futuro de la vida humana y del planeta son imprevisibles, dado que los cambios que se anuncian ya no se limitan a propiciar un nuevo modelo de producción industrial, sino que su inminencia convoca no ya a la presciencia de los escritores de ciencia ficción que la imaginaron, sino a los científicos, a los filósofos, a los sociólogos, y desde luego también a los juristas.

² DICKENS, Charles, *Historia de dos ciudades*, ed. en formato digital, en Colección *Minus*, Alba Editorial, Barcelona, 2012.

³ FOGLIA, Ricardo Arturo, *Régimen Jurídico del Teletrabajo en la República Argentina*, Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2022, ps. 5 y ss.

El desarrollo y consolidación del trabajo industrial se desarrollaba en un solo lugar, el centro de trabajo, la unidad productiva, que en nuestra legislación se denomina establecimiento, y ese lugar común era fácilmente identificable: la fábrica, la empresa, el barrio industrial, el lugar en donde estaban las máquinas.

La ley no inventó los lugares, sino que traspasó sus cercos, civilizó las relaciones de poder que allí imperaban y sujetaban a los sujetos que trabajaban, intervino para proteger, puso al abrigo de los hombres ejercer su libertad.

Desde hace tiempo, en un fenómeno que paulatinamente se fue extendiendo, quien ofrece su fuerza laboral en el mercado para asegurar su subsistencia trabaja fuera del centro de trabajo, y si antes la ley debió traspasar el cerco para tutelar, resulta que ahora debe saltarlo nuevamente y salir a buscar al sujeto que trabaja al inasible afuera, en procura de alcanzarlo en otros espacios geográficos, y si ello ya era un desafío para nuestra disciplina hace veinte años, la cuestión se complejiza todavía más si los espacios del afuera ya no son siquiera físicos, sino virtuales.

De ahí que la asimilación del establecimiento con un determinado espacio, con un lugar, hace rato que perdió su impronta paradigmática, su rol protagónico. En la actualidad, lo más trascendente ocurre afuera, ya que una empresa puede no ser más que una función dentro de una estructura que la excede pero que la incluye (la red), y el centro de decisión suele estar ubicado en otra empresa, o en otro grupo de empresas. Una empresa, o un grupo de empresas organizadas en red, puede incluso traspasar las fronteras de los países, y el centro de decisión puede estar a extramuros.

La tendencia a la deslocalización, que es el efecto común de todos los fenómenos que coadyuvan a la creciente insustancialidad del centro de trabajo, al comienzo podía explicarse como una consecuencia de la modificación del modelo de producción, a través de la externalización (*outsourcing*), que en los estudios doctrinales se caracterizó como de “fábrica delgada”, debido a la deserción del prototrabajador industrial, frente a la discreta retirada de su lugar paradigmático.

Este fenómeno, que supone la proliferación de grupos de empresas o empresas en red, que incluso genera relaciones de interdependencia,

pero también de subordinación entre las mismas empresas, es una de las situaciones que requiere una respuesta jurídica, puesto que es frecuente que quien presta su trabajo personal se pierda en el reticular entramado de empresas, y es evidente que el artículo 31 de la Ley de Contrato de Trabajo no lo regula, ya que no deja de ser una norma de prevención del fraude, aplicable a los casos de conducción temeraria o de maniobras fraudulentas.

Aunque siempre está la tentación de recurrir a la idea del fraude. Las profundas modificaciones en el modo de producir configuró un estado de cosas que requiere una regulación jurídica adecuada, desde luego que siguiendo la lógica de protección, que es el sino de nuestra disciplina.

Hace más de veinte años señalaba que los autores vienen alertando sobre los fenómenos de “huida” del Derecho del Trabajo y del crecimiento del sector de servicios (Rodríguez Piñeiro), debido a los cambios de las formas de contratación del trabajo ajeno, incluso cuando todavía no era tan visible el impacto de las nuevas tecnologías, a punto tal que Supiot sugería una suerte de genealogía de la legislación laboral a través de las primeras preguntas: “A quién se protege, de quién se lo protege, y qué se protege”.

Como resultado de esos interrogantes que convocan a los orígenes ya entonces la doctrina se aventuraba a prestar más atención a la dependencia económica, puesto que el concepto tradicional de dependencia jurídica se mostraba insuficiente para alcanzar a cada vez más actividades que se escurrían del ámbito de tutela, sin que en muchos casos sea posible encuadrarlas en la normativa disponible para combatir el fraude.

Ya entonces distintos autores analizaron la cuestión y dieron cuenta del problema, cada uno desde su propia mirada, tanto en la doctrina nacional (Vázquez Vialard, Goldin, Alimenti, Ackerman, Simón, Rodríguez Mancini, Beatriz Fontana, entre otros) como extranjera (el propio Rodríguez Piñeiro, D’Antona, Sala Franco, Ermida Uriarte, Sanguineti Raymond y el propio Supiot).

Explica Supiot que una teoría jurídica puede ignorar las situaciones sociales o económicas que parecen desmentir sus construcciones, pues estas últimas no forman parte de la economía o de la sociología, sino

del Derecho (es decir, a un orden ideal, en donde las ficciones son moneda corriente y necesaria), pero, a la larga, el ordenamiento jurídico no puede acomodarse a la existencia de contradicciones internas, ya que éstas lo afectan y lo transforman de manera lenta pero segura⁴.

Con todo, las modificaciones producidas en la forma de contratar el trabajo humano no han desterrado la subordinación, sino que, más bien, ésta ha adquirido nuevas formas.

En aquel tiempo ya se afirmaba que la nota de la dependencia económica permite una mayor amplitud que la hegemónica dependencia jurídica, y se recordaba que si bien entre nosotros “subordinación” y “dependencia” son términos equivalentes, en algunos países suelen distinguirse, puesto que se caracteriza a la “subordinación” como equivalente a lo que identificamos como dependencia jurídica, y a la dependencia como significante de lo que caracterizamos como dependencia económica⁵.

Ese escenario tan complejo llevó a Ferrajoli a bregar por una redefinición y un relanzamiento del tradicional modelo del trabajo subordinado, y a proponer un abordaje “pluralista” a través de una rearticulación del sistema de protecciones que afronte la realidad difícilmente reversible del actual mercado del trabajo y que a la vez respete el derecho de la persona a la elección del trabajo, estableciendo para los distintos tipos de trabajo garantías diversificadas en las formas pero generalizadas en la sustancia⁶.

En algunos países europeos se reguló un estadio intermedio entre la autonomía y la dependencia, y en el caso de España se dictó en 2007 un Estatuto del Trabajador Autónomo (RD 197/2009, del 23-2-2009), que reconoce la naturaleza civil, mercantil o administrativa de los vínculos que regula, al tiempo que toma como modelo de regulación la legislación laboral, trasplantando figuras de origen típicamente laboral, como las de empresario, empleador, salario, jornada laboral, vacacio-

⁴ SUPIOT, Alain, *Crítica del Derecho del Trabajo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1996, p. 142.

⁵ Ver OIT, Oficina Internacional del Trabajo, Documento N° 18, *La relación de trabajo: una guía anotada a la Recomendación N° 198*, Ginebra, marzo de 2008.

⁶ FERRAJOLI, Luigi, “*Principia iuris*”. *Teoría del Derecho y de la democracia*, Trotta, Madrid, 2011, t. II.

nes, despido, enmascarándolas con meros cambios de denominación, como cliente, ingresos por rendimiento de trabajo, jornada de actividad, interrupción de la actividad anual, extinción del contrato por voluntad del cliente, etcétera⁷.

Montoya Melgar explica en su estudio sobre esa ley especial que el legislador podría haber optado entre distintas alternativas: a) regular la figura del trabajador autónomo prescindiendo de crear una categoría, sin alterar ni añadir nada a los regímenes jurídicos extralaborales (civiles, mercantiles, administrativos); b) flexibilizar la noción de dependencia laboral, extendiéndola a la mera dependencia económica, de modo que la categoría de trabajadores sin dependencia jurídica pero sí económica quedasen incluidos a través de un estatuto jurídico especial o en un régimen laboral parcial, y c) crear una nueva figura de trabajador autónomo, dotándola de un régimen jurídico unitario, extralaboral, pero que al mismo tiempo hiciera tabla rasa de las especialidades civiles, mercantiles y administrativas.

Sin duda alguna que la segunda opción, ya sea creando un régimen especial unitario o un estatuto jurídico parcial insertado en el régimen laboral general, daría mayor protección para el trabajador económicamente dependiente, de modo que podría afirmarse que, entre todas las alternativas, la de la extensión de la noción de dependencia es la más favorable, aunque debe admitirse que la inexistencia de dependencia jurídica y las particularidades propias de dichos vínculos justificarían al menos un estatuto que establezca una modulación del régimen general aplicable a los trabajadores jurídicamente dependientes.

En el caso español, apunta Montoya Melgar que se ha elegido una vía mixta, pues se ha optado por respetar las regulaciones propias de las relaciones de base (civiles, mercantiles o administrativas) de los trabajadores autónomos añadiéndoles una disciplina que en parte es común y en parte distinta de la de los autónomos puros, en relación con los autónomos “híbridos”.

La ley española define al trabajador autónomo económicamente dependiente como aquel que realiza una actividad económica o pro-

⁷ MONTOYA MELGAR, Alfredo, *El contrato de TRADE*, en *Cuadernos Civitas*, Thomson Reuters, Pamplona, 2009.

fesional, directa y predominante, para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75% de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales, de modo que la condición de económicamente dependiente se podrá ostentar respecto de un único cliente, siguiendo un criterio cuantitativo.

Advierte Montoya Melgar sobre el riesgo de que la nueva categoría jurídica del trabajador autónomo dependiente se utilice como vía de evasión de la legislación laboral, ya que está claro que los juristas nos movemos entre una frontera no siempre precisa entre la figura del autónomo clásico, del autónomo económicamente dependiente y del trabajador por cuenta ajena⁸.

La nota distintiva entre el dependiente clásico y el autónomo económicamente dependiente, según la legislación española sobre este tema, parece ser un concepto muy caro a los españoles: la ajenidad en los riesgos. Reflexiona el autor que el trabajador autónomo económicamente dependiente debe asumir el “riesgo y ventura” de su trabajo, mientras que, como todos sabemos, el trabajador dependiente trabaja por cuenta ajena.

II

Como lo recuerda Ángela Martín-Pozuelo López⁹, el término “teletrabajo” data de los años '70, y no es casual, puesto que, como se indicó en el apartado anterior, a comienzos de esa década el Departamento de Defensa norteamericano puso en funcionamiento *el ancestro de Internet (Arpanet)*.

Hay una variedad de supuestos que se nombran con esa expresión, de modo que es preciso distinguir las diferentes modalidades en que se presta el teletrabajo, y para hacerlo seguiré el criterio de la autora citada más arriba.

Según el lugar de trabajo, Martín-Pozuelo López distingue tres mo-

⁸ *Id.*, p. 49.

⁹ En SALA FRANCO, Tomás (dir.), *El teletrabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 17.

dalidades: 1) Teletrabajo a domicilio; 2) teletrabajo en telecentros; 3) teletrabajo itinerante o nómade.

El teletrabajo a domicilio fue el prototipo, y además comparte una nota común con su antecesor (trabajo a domicilio), ya que el lugar de trabajo es el domicilio del propio teletrabajador.

El trabajo en telecentros se caracteriza en que el centro de trabajo es dispuesto por la empresa *ad hoc* para el desempeño del teletrabajo, y suele contar con recursos compartidos y con instalaciones informáticas y de telecomunicaciones imprescindibles. En este caso, los telecentros no necesariamente son propiedad de la empleadora, sino que pueden pertenecer a empresas de telecomunicaciones o de informática, e incluso de una administración pública, y suelen estar ubicados en zonas cercanas a las viviendas de los trabajadores, para abaratar costes¹⁰.

En la modalidad de teletrabajo itinerante o nómade no hay un lugar de trabajo habitual y la prestación de servicio se lleva a cabo en lugares diferentes, los cuales suelen ser muy variados: las oficinas de los clientes, el vehículo del teletrabajador, hoteles, etcétera.

Apostilla la autora que pueden presentarse formas combinadas o no puras de teletrabajo, dando lugar a “fórmulas mixtas”, incluso combinadas con el trabajo presencial en los locales de la empresa, puesto que para que se configure el teletrabajo no es necesario que se preste la totalidad de los servicios fuera de los locales empresariales.

Según el tipo de conexión informática (criterio cualitativo o tecnológico) distingue Martín-Pozuelo López dos grandes modalidades: teletrabajo *off line* (o desconectado) y teletrabajo *on line* (conectado).

En el primer caso, el teletrabajador trabaja sin estar conectado en forma directa con el sistema informático (terminal) de la empresa, de modo que recibe las instrucciones necesarias y posteriormente envía el producto de su labor a la empresa, ya sea por transporte convencional o por correo electrónico o vía módem.

En la modalidad *on line* la prestación del servicio se realiza en conexión directa con la terminal de la empresa, de modo que se envía el producto del trabajo a través del medio informático. Esta modalidad no

¹⁰ Ver MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, Ángela, *El teletrabajo*, p. 23.

siempre se presenta en su forma pura, puesto que puede ocurrir que la conexión directa no sea permanente, dando lugar a formas híbridas.

Dentro de esta modalidad pueden distinguirse a su vez dos subtipos: *one way line* (unidireccional) y *two way line* (interactivo). En el primer supuesto, la empresa recibe en forma inmediata y directa el trabajo realizado pero no tiene la posibilidad de ejercer un control directo y continuo de la actividad del teletrabajador; en el segundo caso, el trabajo se realiza a través de un terminal conectada a una red que permite una comunicación bidireccional, de modo que existe un flujo constante de información, que incluso puede ser en tiempo real¹¹.

En la modalidad interactiva el teletrabajador presta sus servicios sustancialmente igual que el resto de los trabajadores que trabajan en el centro de trabajo de la empresa, dado que está sometido a un intenso control y al poder de dirección de la empleadora, y la autora citada destaca, citando a Sierra Benítez, que es la modalidad más extendida.

Estas modalidades típicas, y sus formas híbridas, pueden darse a su vez con un elemento de “extranjería”, con lo cual debemos hablar del teletrabajo transnacional o transfronterizo, lo cual requiere un abordaje específico, en atención a su carácter internacional.

En el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo (AMET, 2002) se define al teletrabajo como “una forma de organización y/o de realización del trabajo utilizando las tecnologías de la información en el marco de un contrato o de una relación de trabajo en la cual un trabajo que podría ser realizado igualmente en los locales de la empresa se efectúa fuera de estos locales de forma regular”.

Martín-Pozuelo López distingue cuatro elementos característicos del teletrabajo: 1) personal; 2) espacial; 3) cualitativo, y 4) cuantitativo.

El elemento personal se refiere a que la prestación debe necesariamente ser realizada por una persona física. Las prestaciones realizadas por empresas o por personas jurídicas, por más que se lleve a cabo fuera del ámbito de la empresa, y aun cuando se utilicen NTIC para la coordinación del trabajo, no configuran técnicamente teletrabajo, sino que sería un caso de *eWork*, que es un concepto más amplio¹².

¹¹ *Id.*, p. 25.

¹² *Id.*, p. 18.

El elemento espacial alude a que el trabajo se realiza fuera de los locales de la empresa sin que el empresario o quien lo represente esté físicamente en el lugar de trabajo.

El elemento cualitativo se refiere a los instrumentos de trabajo empleados para realizar el trabajo, los cuales necesariamente deben tratarse de medios tecnológicamente avanzados.

Finalmente, el elemento cuantitativo tiene que ver con que el trabajo debe realizarse con los elementos antes señalados: con habitualidad y con un uso intensivo de las NTIC, vale decir que debe haber un umbral mínimo para que determinada modalidad sea considerada como teletrabajo, aunque existe consenso en dejar la determinación de los umbrales mínimos a la negociación colectiva.

El artículo 1º del Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo (AMET) dispone que se entenderá que es regular el trabajo a distancia que se preste, en un período de referencia de tres meses, un mínimo del treinta por ciento de la jornada, o el porcentaje proporcional equivalente en función de la duración del contrato de trabajo.

III

Se cita como antecedente el de la Ley 12.713 sobre Trabajo a Domicilio (B. O. del 15-11-41), que es uno de los estatutos particulares más antiguos, que encuadra a las personas que intervengan en la ejecución de un trabajo a domicilio por cuenta ajena, ya sea en la vivienda del obrero o en un lugar elegido por él, en la vivienda o local de un tallerista o en establecimientos de beneficencia, de educación o de corrección.

Sin embargo, la ley 27.555 (B. O. del 14-8-2020) optó por incorporar a la prestación de servicios bajo la modalidad de teletrabajo en el Capítulo VI de la Ley de Contrato de Trabajo, como una modalidad contractual más, bajo el artículo 102 bis, técnica que resulta al menos novedosa puesto que, como bien lo expresa Foglia, las modalidades reguladas en dicho apartado son especies de contrato de trabajo que se diferencian en algún aspecto relevante del modelo típico, y tienen como nota común alguna especificidad en relación con la duración del contrato o con el tiempo de trabajo o de la organización de los

trabajadores (contrato a plazo fijo, contrato eventual, por temporada, por grupo o por equipo, a tiempo parcial).

El teletrabajo no es una modalidad del contrato de trabajo, como lo son los supuestos referidos más arriba, sino una modalidad de trabajo propia de uno de los fenómenos de deslocalización de la producción de instauración más reciente, propiciado por la utilización de las TIC (en este sentido opinan Foglia y Confalonieri).

El artículo 2° de la ley 27.555, que incorpora a la Ley de Contrato de Trabajo el artículo 102 bis, se refiere al elemento personal al referirse a la “persona que trabaja”, y a la exigencia de que se trate de la prestación de trabajo en los términos previstos en los artículos 21 y 22 de la ley.

El elemento espacial también está presente en la norma, ya que para que haya teletrabajo la labor debe realizarse en el domicilio de la persona que trabaja o en lugares distintos al establecimiento o los establecimientos del empleador, aunque no se hace referencia a la ausencia del empleador o de quien lo represente.

También se prevé el elemento cualitativo, dado que para que se configure un caso de teletrabajo la prestación debe realizarse a través de la utilización de las TIC (art. 102 bis de la Ley de Contrato de Trabajo).

En lo que concierne al elemento cuantitativo, la ley no prevé un umbral mínimo, de modo que bastaría que el trabajo se realice parcialmente fuera del establecimiento a través de NTIC para que se configure un supuesto de teletrabajo, por más que esta modalidad esté reducida a una mínima expresión.

La ausencia de un umbral mínimo mereció la crítica de Confalonieri y de Foglia. Este último sostiene que hubiera sido más conveniente que la norma hubiese fijado parámetros objetivos de delimitación temporal, con la finalidad de evitar litigios¹³.

Sin embargo, el artículo 1° del decreto 27/2021 (B. O. del 20-1-2021) establece que las disposiciones de la ley 27.555 no serán aplicables en los casos en que la labor se realice “...en forma esporádica y ocasional en el domicilio de la persona que trabaja, ya sea a pedido de ésta o por alguna circunstancia excepcional”.

¹³ FOGLIA, *Régimen Jurídico del Teletrabajo en la República Argentina* cit., p. 100.

Explica Foglia que con la condición “ocasional” se refiere la norma a una situación imprevisible y excepcional que no tiene expectativa de continuidad, de modo que no se impone como una “nueva normalidad” sino como una anomalía sobreviniente. Pero la reglamentación exige que esa prestación ocasional sea esporádica, es decir que sea ocasional pero además circunstancial.

La ley dispone, pues, que la modalidad contractual de teletrabajo se presenta cuando el trabajador realiza actos, ejecuta obras o presta servicios en los términos previstos en los artículos 21 y 22 de la Ley de Contrato de Trabajo total o parcialmente en el domicilio de la persona que trabaja, o en lugares distintos del establecimiento o los establecimientos del empleador, mediante la utilización de las TIC.

En este sentido, la norma reproduce casi textualmente la definición del artículo 1º de la resolución 1552/2012 (B. O. del 14-11-2012) y del artículo 3º de la resolución 595/2013 (B. O. del 5-7-2013), sólo que esos antecedentes expresaban “...mediante la utilización *de todo tipo* de tecnología de la información y de las comunicaciones”.

En España la regulación legal del teletrabajo se llevó a cabo a través de la modificación del artículo 13 del Estatuto de los Trabajadores, que regulaba el trabajo a domicilio. Como lo recuerda Tomás Sala Franco, la norma original lo definía como “aquel en que la prestación de la actividad laboral se realice en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por éste y sin vigilancia del empresario”.

Dicho texto fue modificado por la Ley 3/2012 (del 6-7-2012), y se cambió la denominación de contrato “a domicilio” por el de contrato “a distancia”, de tal suerte que el nuevo artículo 13 del Estatuto dispone lo siguiente: “Tendrá la consideración de trabajo a distancia aquel en que la prestación de la actividad laboral se realice de manera preponderante en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por éste, de modo alterativo a su desarrollo presencial en el centro de trabajo de la empresa”.

El trabajo a distancia, incluso luego de su modificación de 2012, se reveló insuficiente frente a las peculiaridades del teletrabajo, tal como se expresa en la Exposición de Motivos del Real Decreto-

Ley 28/2020 (del 22-9-2020), que abordó una regulación pormenorizada de esta modalidad de trabajo y fue ratificado por la Ley 10/2021 (B. O. E. del 10-7-2021).

Allí se destacó que la concepción clásica de trabajo a domicilio, con la característica de que se presta fuera del centro de trabajo habitual y sin el control directo por parte de la empresa, se ha visto superada por la realidad de un nuevo marco de relaciones y un impacto severo de las nuevas tecnologías.

IV

En la regulación legal deben distinguirse dos situaciones: 1) Contrato de teletrabajo celebrado *ab initio*, bajo la modalidad contractual prevista en el artículo 102 bis de la Ley de Contrato de Trabajo; 2) acuerdo de modalidad de teletrabajo en el marco de un contrato de trabajo con modalidad de prestación típica, es decir, presencial.

La ley 27.555 optó por regular el supuesto en el que la persona que trabaja lo hace en su propio domicilio o en lugares distintos a los establecimientos del empleador como una modalidad contractual, y no como una modalidad de prestación del trabajo, de modo que forzoso es considerar dicha modalidad contractual como un contrato distinto a lo que sería la modalidad típica de contrato de trabajo, del mismo modo en que lo es el contrato a plazo fijo, el contrato eventual, el contrato de temporada o el contrato a tiempo parcial.

Una modalidad contractual cuya nota distintiva de la modalidad típica es que la persona que trabaja lo hace parcialmente a distancia, fuera del establecimiento o centro de trabajo y valiéndose de NTIC.

Sin embargo, puede ocurrir que la persona que trabaja lo haga desde el inicio bajo la modalidad de teletrabajo (total o parcial) en el marco de alguna otra modalidad contractual, como un contrato a plazo fijo, uno eventual, e incluso en un contrato a tiempo parcial, y en tal caso deberían combinarse las regulaciones de dos modalidades de contrato de trabajo “atípicas”.

Esto es así porque, si bien se mira, la modalidad de prestación en condiciones de teletrabajo es un fenómeno que puede presentarse transversalmente en cualquier relación de trabajo, ya que no tiene incidencia

sobre la duración del vínculo ni sobre la jornada laboral, sino sobre un aspecto que desde el punto de vista jurídico resulta asimilable a la tradicional prestación en el establecimiento, sin perjuicio de las múltiples situaciones que plantea la deslocalización, que es claro que deben ser reguladas.

El artículo 2º de la Ley 10/2021 (B. O. E. del 10-7-2021), que ya se dijo que ratificó el Real-Decreto Legislativo 28/2020 (del 22-9-2020), caracteriza al trabajo a distancia como una forma de organización del trabajo o de realización de la actividad laboral conforme a la cual se presta en el domicilio de la persona trabajadora o en el lugar elegido por ésta, durante toda su jornada o parte de ella, con carácter regular, y al teletrabajo como aquel trabajo a distancia que se lleva a cabo mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación, e incluso define al trabajo presencial: aquel que se presta en el centro de trabajo o en el lugar determinado por la empresa.

Como se podrá apreciar, la ley 27.555 regula el teletrabajo como una modalidad contractual, mientras que la ley española lo aborda como una forma de organización del trabajo o de la realización de la actividad laboral.

V

La ley 27.555 no establece expresamente la forma escrita para el contrato de teletrabajo *ab initio*, aunque el artículo 4º dispone que la jornada laboral debe ser pactada previamente por escrito en el contrato de trabajo.

Por otra parte, el artículo 8º del decreto reglamentario 27/2021 (del 20-1-2021) dispone que en el contrato de teletrabajo la persona que trabaja no puede “revocar su consentimiento” ni exigir que se le otorguen tareas presenciales, salvo lo dispuesto en los convenios colectivos de trabajo o “en los contratos individuales”.

El artículo 9º de la ley, que reglamenta la obligación del empleador de proporcionar los elementos de trabajo, dispone que dicha provisión no se considera remuneratoria ni integra la base para el cómputo de ningún rubro emergente del contrato de trabajo, ni contribuciones sin-

dicales o de la seguridad social, y dispone que en los casos en los cuales la relación no se encuentre abarcada en el ámbito de aplicación de una convención colectiva las partes podrán acordar las “pautas para su determinación”.

Si bien la reglamentación no precisa las pautas de que podrán pactarse en un negocio individual, teniendo en cuenta que el artículo que se reglamenta trata sobre los elementos de trabajo, pareciera que esa facultad “residual” o “subsidiaria” que se le confiere a la autonomía individual se relaciona con la compensación que el empleador deberá abonar al teletrabajador por la utilización de sus propias herramientas, ya que la norma establece que “La compensación operará conforme las pautas que se establezcan en la negociación colectiva” (art. 9º, 1º párr., ley 27.555).

En definitiva, si bien la ley no establece expresamente la forma escrita para el contrato de teletrabajo (*ab initio*), sí la exige para acordar la jornada laboral, y también parece hacerlo para que la persona que trabaja manifieste su consentimiento de teletrabajar, el cual no podrá ser revocado.

En el caso de la compensación por la utilización de las propias herramientas de la persona que trabaja el acuerdo escrito no es un requisito formal, puesto que se trata simplemente del reconocimiento de una facultad de negociación condicionada a los casos en los cuales la relación no esté encuadrada en ningún convenio colectivo.

Tampoco parece exigirla cuando regula la revocación del consentimiento inicial para teletrabajar, puesto que también reconoce, de manera innecesaria, la autonomía colectiva e individual para acordar las condiciones de una eventual revocación.

El artículo 1º de la ley española, en cambio, exige expresamente que el acuerdo de trabajo a distancia se realice por escrito, antes de que el trabajo se inicie, y la empresa deberá entregar a la representación legal de las personas trabajadoras una copia de todos los acuerdos de trabajo a distancia que se realicen y de sus actualizaciones, y el artículo 7º establece el contenido mínimo de dicho contrato.

VI

Como se explicó en el apartado anterior, aunque la ley 27.555 no lo impone expresamente, el artículo 4° impone el deber de que la jornada laboral sea pactada previamente por escrito en el contrato de trabajo (más propiamente, “de teletrabajo”), de lo cual se infiere que, al menos para acordar la jornada, es obligatoria la formalización de un contrato por escrito.

Con excepción de la jornada laboral, que necesariamente debe ser pactada y formalizada por escrito en el contrato, y de la modalidad de prestación de trabajo a distancia, que necesariamente requiere el consentimiento escrito, la ley no impone ningún otro contenido obligatorio al contrato de teletrabajo.

Las partes podrán acordar previamente las condiciones para la revocación del consentimiento para la modalidad de teletrabajo (art. 8°, *in fine*, decreto 27/2021), y en las actividades que no están abarcadas por un convenio colectivo podrán también acordar las pautas para la determinación de los elementos de trabajo (art. 9°, decreto 27/2021) y la compensación por los mayores gastos de conectividad y consumo de servicios que deba afrontar (art. 10, decreto 27/2021).

El artículo 7° de la ley española, en cambio, regula de manera exhaustiva el contenido necesario del “acuerdo de trabajo a distancia”, a lo largo de doce incisos.

VII

No es una condición necesaria que la prestación de tareas bajo la modalidad a distancia se realice durante todo tiempo de trabajo, ya que es posible que lo sea sólo en parte, y que el resto se realice bajo la típica modalidad presencial.

La ley 27.555 no establece un umbral mínimo de prestación bajo la modalidad a distancia, y en cambio impone a los convenios colectivos que prevean una combinación entre prestaciones presenciales y de teletrabajo.

Aunque la norma se refiere expresamente a la autonomía colectiva, Foglia opina que es posible acordar en el contrato individual una al-

ternancia entre trabajo presencial y trabajo a distancia, puesto que no se trata de una cuestión de orden público¹⁴.

El artículo 1º del decreto reglamentario, por su parte, establece que las disposiciones de la ley no serán aplicables en los casos en los cuales la labor se realice en forma “esporádica y ocasional” en el domicilio de la persona que trabaja, ya sea a pedido de ésta o por alguna “circunstancia excepcional”.

La norma no precisa qué se entiende por prestación esporádica y ocasional, lo cual es posible que dé lugar a controversias judiciales sobre el encuadre de determinada situación en el ámbito de la ley.

El artículo 1º de la ley española, en cambio, dispone que se entiende que el trabajo a distancia es regular cuando se preste, en un período de referencia de tres meses, un mínimo del treinta por ciento de la jornada, o el porcentaje proporcional equivalente en función de la duración del contrato de trabajo.

VIII

El segundo párrafo del artículo 4º de la ley 27.555 dispone que las plataformas y/o software utilizados para los fines específicos de teletrabajo deberán desarrollarse de acuerdo a la jornada laboral pactada, de modo que no permita la conexión fuera de dicha jornada.

El artículo 5º, por su parte, dispone que la persona que trabaja tiene derecho a no ser contactada y a desconectarse de los dispositivos digitales y/o TIC, tanto fuera de su jornada laboral como durante los períodos de licencia, mientras que en esos lapsos el empleador no podrá exigirle la realización de tareas ni remitirle comunicaciones por ningún medio.

La ley consagra el derecho a la desconexión para la persona que trabaja, fuera de la jornada pactada, con su contracara, que es la obligación de no exigir tareas más allá de ese límite.

Por otra parte, establece una obligación adicional para el empleador: el “silencio comunicacional”¹⁵.

¹⁴ *Id.*, p. 126.

¹⁵ *Id.*, p. 128.

El artículo 18 de la ley española también consagra el derecho a la desconexión, y el deber empresarial de limitar el uso de los medios tecnológicos de comunicación durante los períodos de descanso.

IX

Ya se explicó en el apartado V que en el contrato de teletrabajo, es decir, en el contrato en el cual se pacta la modalidad de trabajo a distancia desde el inicio del vínculo, la persona que trabaja no puede revocar su consentimiento ni exigir el otorgamiento de tareas presenciales, salvo lo que prevean para ese supuesto los convenios colectivos de trabajo o “en los contratos individuales” (art. 8º, *in fine*, de la ley 27.555 y art. 8º, *in fine*, del decreto reglamentario 27/2021).

Sin embargo, la norma dispone que en los casos en los cuales se consintió el traslado de la típica presencialidad a la modalidad a distancia la persona que trabaja puede revocar su consentimiento en cualquier momento, y cuando lo hace el empleador tiene el deber de otorgar tareas en el establecimiento que trabajó inicialmente o en el más cercano a su domicilio, y si no cumple con esa obligación el teletrabajador podrá considerarse despedido o accionar para que se le reestablezcan las condiciones iniciales.

La norma expresa que la falta de otorgamiento de tareas presenciales se considerará un incumplimiento del deber de dar ocupación del artículo 78 de la Ley de Contrato de Trabajo, de lo que se colige que el empleador incumpliría ese deber contractual aun cuando entre tanto el trabajador continuara prestando tareas a distancia (art. 8º, ley 27.555). Sin embargo, el artículo 8º del decreto reglamentario morigeró la contundencia de la ley al aclarar que el cumplimiento de la obligación deberá ajustarse a los deberes impuestos en los artículos 9º y 10 del Código Civil y Comercial de la Nación y en los artículos 62 y 63 de la Ley de Contrato de Trabajo, de acuerdo con los fines que el ordenamiento tuvo al concederlo.

La reglamentación exige además que la revocación del consentimiento de la persona que trabaja debe tener una motivación razonable y sobreviniente, con lo cual pareciera que si la solicitud no

cumple con esa condición el empleador no tendría la obligación de restablecer las tareas presenciales.

Si la revocación es debidamente fundada en motivos razonables y sobrevinientes el empleador deberá restablecer las tareas presenciales en el menor plazo posible, aunque en ningún caso ese plazo podrá exceder de 30 días desde que se efectuó el pedido.

El empleador podrá eximirse de esa obligación invocando motivos fundados que demuestren que el restablecimiento de la modalidad presencial es de imposible cumplimiento, y la reglamentación dispone que en tal caso se tendrá en cuenta el tiempo transcurrido desde el momento en que se efectivizó el traspaso a la modalidad a distancia.

La norma no prevé la posibilidad de que se determine por convenio colectivo pautas más precisas sobre reversibilidad, como sí lo hace para el caso del contrato de teletrabajo *ab initio*, aunque entendemos que nada obsta a que se incluya dicho tema en una norma colectiva, en la medida en que se “ajuste” a la ley, sobre todo porque el artículo 3° de la ley 27.555 establece que “Los convenios colectivos deben [...] prever una combinación entre prestaciones presenciales y por teletrabajo”, de acuerdo con las características de cada actividad.

El artículo 5.3 de la ley española dispone que la decisión de trabajar a distancia desde una modalidad de trabajo presencial será reversible para la empresa o la persona trabajadora, pero no impone ninguna condición ya que establece que la reversibilidad se podrá ejercer en los términos establecidos en la negociación colectiva o, en su defecto, en las condiciones fijadas en el acuerdo de trabajo a distancia que se regula en el artículo 7°. Se recuerda que el artículo 7° de la ley española establece el contenido mínimo obligatorio del acuerdo de trabajo a distancia, y en el inciso g, se dispone acordar sobre la duración de plazos de preaviso para el ejercicio de las situaciones de reversibilidad.

En cualquier caso, el artículo 5.2 de la ley española dispone que la negativa de la persona trabajadora a trabajar a distancia, el ejercicio de la reversibilidad al trabajo presencial y las dificultades para el desarrollo adecuado de la actividad laboral a distancia que estén exclusivamente relacionadas con el cambio de una prestación presencial a

otra que incluya trabajo a distancia no serán causas justificativas de la extinción de la relación laboral ni de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

X

Es lo más común que la persona que trabaja a distancia por medio de las NTIC lo haga en su domicilio, de modo que la ley consagra el derecho a interrumpir la jornada o a cumplir horarios compatibles con las tareas de cuidado a su cargo, aunque no limita el derecho a ese supuesto paradigmático, sino a todos los casos de teletrabajo, independientemente del lugar de prestación (art. 6º, ley 27.555).

La norma establece con precisión quiénes son las personas cuyo cuidado genera ese derecho: menores de 13 años, personas con discapacidad, adultos mayores que convivan con el teletrabajador que requieran asistencia específica.

Según el artículo 2º de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores “persona mayor” es aquella de sesenta años o más, y lo mismo considera el Instituto Nacional de Estadística y Censos (Indec)¹⁶.

El artículo 4º del Convenio N° 156 de la OIT sobre trabajadores con responsabilidades familiares, ratificado por nuestro país en 1987, dispone que deberán adoptarse todas las medidas compatibles con las condiciones y posibilidades nacionales para permitir a los trabajadores con responsabilidades familiares el ejercicio de su derecho a elegir libremente su empleo y a tener en cuenta sus necesidades en lo que concierne a las condiciones de empleo y a la seguridad social.

El artículo 6º del decreto reglamentario establece que la persona que ejerza ese derecho debe comunicar con precisión y en forma virtual el comienzo y el fin de la inactividad por tareas de cuidado, y que si las tareas de cuidado no permiten cumplir con la jornada legal o convencional vigente se podrá acordar su reducción de acuerdo a las condiciones que establezca la convención colectiva.

La Ley española 10/2021 dispone que las personas trabajadoras

¹⁶ *Id.*, p. 135.

tienen derecho a la adaptación de su jornada, en los términos previstos en el artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores, que fue modificado recientemente por el Real-Decreto Legislativo 5/2023 (del 28-6-2023), con vigencia desde 30 de junio de 2023.

La norma del Estatuto dispone que las personas trabajadoras tienen derecho a solicitar adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia, para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral, y que dichas adaptaciones deberán ser razonables y proporcionadas en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa.

Agrega que en el caso de que tengan hijos o hijas las personas trabajadoras podrán efectuar la solicitud hasta que los hijos o hijas cumplan doce años, sin perjuicio de que también podrán solicitarlo aquellas que tengan necesidades de cuidado de hijos o hijas mayores, del cónyuge o de la pareja de hecho, de los familiares por consanguinidad hasta el segundo grado de la persona trabajadora, así como también respecto de otras personas dependientes, siempre y cuando convivan en el mismo domicilio y que por razones de edad, accidente o enfermedad no puedan valerse por sí mismas, debiendo justificar las circunstancias que se invoquen.

Ya se destacó que el artículo 6º de la ley 27.555 dispone que por negociación colectiva se podrá establecer pautas específicas para el ejercicio del derecho, y si bien el decreto reglamentario establece que el acuerdo sobre la reducción de la jornada legal o convencional deberá llevarse a cabo en las condiciones que establezca la convención colectiva nada obsta a que, en el caso en que no hubiera una convención colectiva, se pacten dichas pautas inicialmente en el contrato de teletrabajo.

En los casos de ausencia de regulación específica en el convenio colectivo, si la situación de cuidado es sobreviniente al inicio de la relación laboral debe analizarse si las partes podrían acordar la reducción de la jornada legal o convencional en un acuerdo individual, en atención a la actual redacción del artículo 12 de la Ley de Contrato de Trabajo, especialmente a partir de la reforma de la ley 26.574

(B. O. del 29-12-2009), que interpretada en su literalidad consagra la irrenunciabilidad absoluta, es decir, sin ninguna excepción.

La ley 27.555 dispone que cualquier acto, conducta, decisión, represalia u obstáculo proveniente del empleador que lesione ese derecho se presumirá discriminatorio, en los términos de la ley 23.592, de modo que si el empleador no accede a suscribir un acuerdo su conducta podría calificarse como un obstáculo, pero si lo hace y se pacta la reducción el acuerdo podría considerarse nulo porque el artículo 12 de la Ley de Contrato de Trabajo considera nulo y sin valor todo acuerdo que reduzca los derechos previstos en los contratos individuales de trabajo.

No es en vano recordar que la jornada de trabajo debe ser pactada por escrito en el contrato de trabajo (art. 4º, ley 27.555), de modo que cualquier acuerdo individual posterior de reducción infringiría el artículo 12 de la Ley de Contrato de Trabajo, y no debe soslayarse que las personas que trabajan bajo la modalidad del artículo 102 bis de la Ley de Contrato de Trabajo gozarán de los mismos derechos y obligaciones que las personas que trabajan bajo la modalidad presencial.

Es claro que la necesidad sobreviniente de tareas de cuidado requiere una regulación especial, dado que la legislación debe contemplar dicha situación y tener en cuenta sus necesidades en lo que concierne a las condiciones de empleo, tal como lo establece el artículo 4º del Convenio N° 156 de la OIT.

Hubiera sido conveniente que la ley autorizara expresamente el acuerdo individual de reducción de jornada para el caso de necesidad sobreviniente y para el caso de ausencia de regulación específica en el convenio colectivo, incluso con la intervención o comunicación a la representación sindical, exceptuando expresamente esa situación de la prohibición del artículo 12 de la Ley de Contrato de Trabajo.

Sobre este tema, la ley española dispone que en ausencia de acuerdo colectivo la empresa, ante la solicitud de la persona trabajadora, abrirá un proceso de negociación que tendrá que desarrollarse con la máxima celeridad y, en todo caso, durante un período máximo de quince días, presumiéndose su concesión si no concurre oposición motivada (art. 34.8 del ET).

Finalizado el proceso de negociación, la empresa deberá comunicar por escrito la aceptación de la petición, o plantear una propuesta alternativa o denegar la solicitud, siempre por escrito y expresando las razones objetivas que sustentan su decisión, y las discrepancias entre la empresa y la persona trabajadora serán resueltas por la legislación social.

Dispone que una vez concluido el período acordado o previsto o cuando decaigan las causas que motivaron la solicitud la persona trabajadora tendrá derecho a regresar a la situación anterior, y que la empresa sólo podrá denegar el restablecimiento cuando existan razones objetivas que deberá invocar.

El artículo 6º, *in fine*, del decreto reglamentario establece que los empleadores y empleadoras y los trabajadores y trabajadoras deberán velar por un uso equitativo, en términos de género, de las medidas a adoptar, promoviendo la participación de los varones en las tareas de cuidado. Foglia sostiene que la obligación de promoción resulta antidemocrática, autoritaria e inconstitucional, puesto que el Estado no puede entrometerse en la vida privada de los ciudadanos e incidir en sus decisiones privadas, ya que la participación o no de los varones en las tareas de cuidado es una cuestión reservada a la esfera de la intimidad y ajena al Estado y al empleador¹⁷.

La ley española dispone que las empresas están obligadas a evitar cualquier discriminación, directa o indirecta, particularmente en razón de sexo, de las personas trabajadoras que prestan servicios a distancia, y además a tener en cuenta a las personas teletrabajadoras o trabajadoras a distancia y sus características laborales en el diagnóstico, implementación, aplicación, seguimiento y evaluación de medidas y planes de igualdad (art. 4.3).

XI

El artículo 13 de la ley 27.555 dispone que la representación sindical será ejercida por la asociación sindical de la actividad donde presta servicios, en los términos previstos en la ley 23.551, y las personas

¹⁷ *Id.*, p. 138.

que trabajan a distancia deberán ser anexadas por el empleador a un centro de trabajo, unidad productiva o área específica de la empresa a efectos de elegir y ser elegidas, para integrar los órganos de la asociación sindical.

La reglamentación prevé que en los casos en que se pacte el traslado a la modalidad de teletrabajo desde la típica prestación presencial la anexión tendrá lugar en el establecimiento donde la persona que trabaja prestaba servicios presenciales con anterioridad.

Dado que la norma se remite expresamente a “los términos de la ley 23.551” debe llamarse la atención sobre un aspecto no menor, concerniente a la “previa consulta con la entidad sindical” que debe efectuar la empresa antes de decidir la anexión de un teletrabajador a determinado establecimiento en los contratos de teletrabajo *ab initio*.

Hago esta apostilla porque no deben descartarse posibles controversias acerca de a cuál entidad sindical debe consultar el empleador en los casos en los cuales en el mismo ámbito personal y territorial de la empresa hubiera más de una entidad sindical con vocación de representación, es decir, si necesariamente deberá dar intervención a la asociación con personería gremial aun cuando hubiera otra simplemente inscripta, sobre todo si se tiene en cuenta lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (especialmente en relación con el inc. a, del art. 31 y con el inc. a, del art. 41 de la ley) y lo dispuesto por los órganos de control de la OIT y también en el ámbito interamericano en lo que concierne a la representación del interés colectivo de todas las asociaciones sindicales en cuestiones ajenas a una prioridad en materia de representación en las negociaciones colectivas, en la consulta por las autoridades y en la designación de delegados ante los organismos internacionales y a la compatibilidad del diseño de la ley 23.551 con la libertad sindical¹⁸.

Se recuerda, por otra parte, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) dispuso en la Opinión Consultiva N° 27/2021 que los Estados están obligados a garantizar la participación efectiva de

¹⁸ CSJN, 11-11-2008, “Asociación de Trabajadores del Estado c/Ministerio de Trabajo”; 18-6-2013, “Asociación Sindical de Trabajadores del Estado s/Acción de inconstitucionalidad”; Opiniones del CLS y de la CEACR de la OIT y Opinión Consultiva N° 27/2021 de la CIDH, en línea con esas opiniones.

los sindicatos en el trabajo mediante el uso de nuevas tecnologías, lo cual incluye el respeto y garantía de los derechos de libertad sindical, la negociación colectiva y la huelga, y que la persona trabajadora debe tener la posibilidad real de constituir sindicatos y que se garantice negociar adecuadamente condiciones de trabajo justas y equitativas.

La anexión de una persona teletrabajadora a un determinado establecimiento no es una cuestión menor, puesto que el lugar físico de trabajo es jurídicamente relevante desde el punto de vista de los derechos colectivos y del ejercicio de la libertad sindical, tanto desde el punto de vista individual como del colectivo, e incluso de la representación de los trabajadores para decidir medidas de acción directa, en un contexto caracterizado por la ligereza, volatilización, migración y transformismo que suele adquirir el componente productivo y su expresión física (el establecimiento), y más aún la explotación o las explotaciones¹⁹.

Para el caso en que no exista un establecimiento Foglia opina que podrá acordarse con la entidad sindical la anexión en cualquier sitio en donde se preste tareas, siempre que el trabajador titular del lugar de anexión preste conformidad, en la medida de que se trate de un ámbito en donde deba respetarse su privacidad²⁰.

El artículo 19 de la ley española establece que las personas trabajadoras a distancia podrán ejercitar sus derechos colectivos con el mismo contenido y alcance que el resto de las personas que trabajan en el centro al que están adscriptas, y que la negociación colectiva podrá establecer las condiciones para garantizar el ejercicio de los derechos colectivos, en atención a las singularidades de su prestación, con respeto al principio de igualdad de trato y de oportunidades entre los teletrabajadores y quienes se desempeñan en el centro de trabajo.

Dispone además que deberá garantizarse que las personas trabajadoras a distancia puedan participar de manera efectiva en las actividades organizadas o convocadas por su representación legal o por el resto de las personas trabajadoras en defensa de sus intereses laborales, en

¹⁹ ARESE, César, *Derecho de los conflictos colectivos de trabajo*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2020, p. 274.

²⁰ FOGLIA, *Régimen Jurídico del Teletrabajo en la República Argentina* cit., p. 155.

particular, su participación efectiva presencial para el ejercicio del derecho a voto en las elecciones a representantes legales.

Agrega la ley española que en el acuerdo de trabajo a distancia se deberá consignar el centro de trabajo de la empresa al que queda adscrita la persona trabajadora a distancia y donde, en su caso, desarrollará la parte de la jornada presencial.

XII

La ley 27.555 establece que el empleador deberá tomar las medidas que correspondan, especialmente en lo que se refiere a *software*, para garantizar la protección de los datos utilizados y procesados por la persona que trabaja bajo la modalidad de teletrabajo para fines profesionales, no pudiendo hacer uso de *software* de vigilancia que viole la intimidad de la misma.

La ley española dispone que la utilización de los medios telemáticos y el control de la prestación laboral mediante dispositivos automáticos garantizará adecuadamente el derecho a la intimidad y a la protección de datos, y que deberán establecer criterios de utilización de los dispositivos digitales respetando en todo caso los estándares mínimos de protección de su intimidad de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos legal y constitucionalmente (arts. 171 y 17.3, Ley 10/2021).

XIII

El artículo 18 de la ley 27.555 establece que las empresas que desarrollen la modalidad de teletrabajo se deberán registrar ante el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación (autoridad de aplicación) y deberán acreditar el *software* o plataforma a utilizar y la nómina de personas que desarrollan estas tareas, las que deberán informarse en cada alta producida o de manera mensual, y esa información deberá ser remitida a la organización sindical pertinente.

La reglamentación dispone que los requerimientos de información no alcanzarán a datos propios del giro comercial de la empresa,

y que la entidad sindical recibirá únicamente información correspondiente a la nómina de las personas que desarrollan las tareas, las altas y las bajas.

XIV

El artículo 102 bis dispone que habrá contrato de teletrabajo cuando la realización de actos, ejecución de obras o prestación de servicios se lleven a cabo “...en los términos de los artículos 21 y 22 de esta ley...”, en relación con la Ley de Contrato de Trabajo, de modo que debe analizarse cuáles serían los indicadores de dependencia o subordinación.

En primer lugar, debe destacarse que en relación con esta modalidad de prestación adquiere gran relevancia un aspecto de la dependencia a la que la doctrina tradicional no le prestaba mucha atención, debido a su poca incidencia: la dependencia técnica.

Foglia recuerda que Krotoschin señalaba que era descartable “por ser de menor resonancia”, puesto que su trascendencia dependía de la categoría del trabajador, con lo cual la cuestión giraba en torno a la dependencia jurídica y económica²¹.

Sin embargo, en este caso la dependencia técnica ocupa un lugar preponderante, ya que el trabajador se inserta en los medios técnicos, programas, sitios, claves, bases y sistemas del empleador y de sus directivas de utilización para desarrollar la labor, los cuales son controlados y diseñados por el empleador²².

El autor citado recurre a una expresión que bien podría servir de sucedáneo virtual al lugar físico que tradicionalmente sirvió como centro de imputación normativa (establecimiento): la inmersión tecnológica.

De tal suerte, así como tradicionalmente se destaca como indicador de dependencia la inserción en una organización ajena, en este caso el teletrabajador se inserta en una suerte de organización digital cuyo diseño y control es del empleador.

Los medios tecnológicos son, desde esta mirada, los medios ins-

²¹ *Id.*, p. 68.

²² *Ibid.*

trumentales, los “medios de producción” de la modalidad de prestación del trabajo industrial tradicional, y entonces podría afirmarse que habrá dependencia cuando el trabajador queda inmerso en una trama tecnológica que le es ajena.

Según las elocuentes palabras de Foglia: “la fábrica ha sido reemplazada por el domicilio del trabajador y las máquinas y herramientas por Internet”.

Pero aun con el concepto de “inmersión tecnológica” es en el teletrabajo donde se plantean mayores controversias a la hora de identificar las fronteras entre el trabajo subordinado y el autónomo.

Siguiendo a Todolí Signes²³ se enumerarán en adelante los indicadores de subordinación que ha destacado la jurisprudencia española, aunque no necesariamente en casos de teletrabajo, sino de trabajo a distancia:

A. La realización de las mismas funciones para la empresa con anterioridad, en el marco de un contrato de trabajo.

Se ha usado como indicio de laboralidad el hecho de que la persona trabajadora haya realizado con anterioridad las mismas tareas en el local de la empresa, lo cual indica que en el caso se produjo simplemente una modificación en la modalidad de prestación del trabajo, y no una mutación del régimen de subordinación a uno autónomo.

Se trató de una editora de textos, formalmente autónoma, que previamente realizó los mismos trabajos en la empresa, y que luego de extinguido el contrato pasó a realizarlos en forma autónoma desde su domicilio (STSJ de Navarra, 15-12-2014).

B. También se ha considerado como indicador de subordinación el hecho de que el empresario determine qué trabajos deben realizarse y diseña la programación de las tareas y las fechas de entrega.

Éste fue el caso de un trabajador que prestaba servicios en su propio taller realizando revisiones de piezas de joyería elaboradas por el empresario, y era la empresa quien decidía cuántas piezas le enviaba a revisar y en qué plazo aproximado debía realizarlo (STSJ de Cataluña, 10-5-2018).

C. En los casos en que el empresario no elija los encargos, sino

²³ SALA FRANCO (dir.), *El teletrabajo* cit., ps. 76 y ss.

que los proponga la persona que trabaja, e incluso cuando la fecha de entrega se convenga de mutuo acuerdo, se ha considerado un indicio de laboralidad el hecho de que el trabajador ceda al empresario todos los derechos de propiedad intelectual, dado que es una derivación de la cesión del producto del trabajo, que es un efecto característico del trabajo por cuenta ajena.

Se cita el caso de un reportero que redactaba artículos por propia iniciativa proponiendo temas a la redacción, sin sujeción a horarios ni obligación de realizar un artículo al día o a la semana, y con sus propios medios informáticos, y que, sin embargo, se entendió que existía subordinación porque existía cesión de derechos de propiedad intelectual. Se consideró que la cesión íntegra de los derechos intelectuales no era necesaria, puesto que podría haberse pactado solamente la de los más relevantes, como los de explotación, de modo que una cesión tan amplia revela existencia de ajenidad (STSJ de Cataluña, 6-7-2009).

D. También se ha tomado en cuenta como indicio de laboralidad la asiduidad u ocasionalidad de la prestación, como el caso de una trabajadora que trabajó varios años recibiendo encargos semanales de transcripción de textos para el mismo empresario, pese a que su jornada media no superara las 4 horas diarias ni lo hiciera con exclusividad (STSJ de Cataluña, 21-12-2004).

Sin embargo, el Tribunal Supremo consideró la existencia de ajenidad en el caso de un profesor que solamente dedicó 70 horas de trabajo en un período de 6 meses que realizó la mayoría de la prestación *on line*, y para llegar a esa conclusión tomó como indicadores relevantes el hecho de que era la empresa quien ponía la organización empresarial para la prestación de los servicios de los profesores y quien ofertaba los cursos al público, organizaba los grupos de alumnos, fijaba los horarios de los cursos, los cobraba, elegía los alumnos, fijaba los precios. En este caso el Tribunal Supremo no consideró un indicio relevante de autonomía el hecho de que en las clases personalizadas (con un solo alumno) era el profesor quien organizaba los horarios, y tampoco la circunstancia de que él decidiera el temario y evaluara su contenido, puesto que esa facultad era una expresión de la libertad de cátedra (STS, 29-10-2019).

Destaca Todolí Signes que en este caso tanto el Juzgado de lo Social Nº 3 de Barcelona (26-6-2015) como el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (17-1-2017) habían descartado la laboralidad con fundamento en que por el escaso tiempo dedicado a la prestación de servicios era más próxima a la de un profesional independiente que a la de un trabajador laboral.

E. Se consideró indicio de laboralidad a la incorporación de los frutos del trabajo al mercado, puesto que ello revela la ajenidad en los frutos, como el caso de una mecanógrafa que realizaba transcripciones, obteniendo la empresa directamente los beneficios de esas transcripciones (STSJ de Cataluña, 21-12-2014).

F. Resulta relevante destacar que por lo general no se admite como indicio de autonomía el hecho de que la persona trabajadora use un ordenador propio o la conexión telefónica o Internet propios para el cumplimiento de su labor, ya que para que pueda decirse que el trabajador tiene una estructura empresarial propia debe contar con la propiedad de medios de producción de un valor relevante, o ser titular de una marca reconocida por los clientes, o que realice operaciones de *marketing* para aumentar la base de clientes finales, como lo haría un empresario.

Palabras finales

Es preciso dejar claro que el trabajo a distancia a través de NTIC, como ocurre en general con todos los ámbitos de la actividad humana, supone crecientes amenazas a la intimidad y a la privacidad de la persona que trabaja, pero entendemos que esa relevante cuestión merece ser abordada en un estudio general, ya que las TIC, la instalación de videocámaras y otros tipos de innovaciones audiovisuales hace tiempo que se emplean en los centros de trabajo, de modo que también están expuestos a sus efectos los trabajadores presenciales.

Por de pronto, es imperioso llamar la atención sobre los profundos cambios que está generando la sociedad fluida, y la injerencia creciente de quienes crean y controlan el nuevo patrimonio de activos intangibles, y el dinamismo de la modernidad deriva del reordena-

miento del tiempo y del espacio y se reconfiguran las relaciones sociales al calor del factor tecnológico²⁴.

Volvamos al comienzo e intentemos plantearnos de qué manera, en cuántos sentidos, cambiaría el entorno espacio-tiempo de Bartlebooth, aquel personaje de Perec, si en lugar de tener un *puzzle* sobre la mesa tuviera una *notebook*, y de inmediato comprobaremos que no solamente debería cambiar su sillón Napoleón III por una butaca ergonómica con un sistema de regulación neumática, sino que hay algo que pierde de manera irremisible, pero también podrá alguien decir que hay algo que gana.

¿El tiempo que se ahorra al no tener que viajar hasta una oficina es el mismo que el que podría aprovechar en su departamento número 11 de la calle Simon-Crubellier?

Ciertamente que no, porque no se trata del mismo tiempo, dado que la mutación del trabajo presencial por el trabajo a distancia produce una modificación sustancial del tiempo, transformación que es todavía más profunda si a la distancia se le agrega el trabajo a través de NTIC, ya que supone el abandono del tiempo cronológico secuencial y a cambio la migración hacia un “tiempo real”²⁵.

La metamorfosis que produce la era digital trastoca lo que teníamos como algo inherente a la noción del tiempo, como lo es la sucesión, y de ahí también se trastoca la idea de duración, de proceso, por lo instantáneo, por el momento que no reconoce un antes ni un después, por el eterno presente.

En la sociedad de redes de información éstas se interconectan a nivel global y producen efectos dramáticos en la organización del tiempo y del espacio, y alteran de manera sustancial los espacios de tiempo social, cultural y económico²⁶.

Al difuminarse la frontera entre lugar de trabajo y hogar, entre oficina y ámbito de ocio o de esparcimiento, entre centro productivo

²⁴ IGARZA, Roberto, *La sociedad del ocio intersticial*, en BAIGORRIA, Osvaldo, *Con el sudor de tu frente. Argumentos para la sociedad del ocio*, Interzona, Buenos Aires, 2014, p. 87.

²⁵ ARESE, César, *Nuevas tecnologías. Presente y futuro del Derecho del Trabajo*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2019, p. 23.

²⁶ IGARZA, *La sociedad del ocio intersticial* cit., p. 90.

y espacio cultural y artístico, el influjo de las NTIC penetra también en los intersticios, en donde antes imperaba el ocio.

Debemos preguntarnos qué queda del hombre sin la autonomía sobre los intersticios, sin esas interrupciones, fracciones de tiempo efímeras de la “máquina que hace funcionar el tiempo” de las que el trabajador se podía apropiar para crear nuevas formas de subjetividad para intentar alterar el ritmo del sistema y cambiar el paisaje de lo visible, de lo decible y de lo pensable²⁷, y el derecho a la desconexión es sólo una prueba de lo que está en juego.

²⁷ RANCIERE, Jacques, *La noche de los proletarios*, Tinta Limón, Buenos Aires, 2010, p. 9.

LA PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO ARBITRARIO COMO GARANTÍA DE CONSUMO¹

UNA INTERPRETACIÓN DEL MANDATO
CONSTITUCIONAL PROTECTORIO DESDE LA
TEORÍA RELACIONAL DEL CONTRATO DE TRABAJO

por SEBASTIÁN COPPOLETTA²

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La teoría relacional del contrato de trabajo. a) La importancia de la teoría general contractual. b) La teoría general relacional del contrato. c) El contrato relacional de trabajo. d) El despido como especial aspecto del conflicto constitucional que representa la relación de trabajo. 3. Reinterpretando el mandato constitucional del artículo 14 bis de la Constitución Nacional: la “arbitrariedad” y la “protección” desde la perspectiva relacional. a) La *arbitrariedad* como *daño*. b) La *protección* como *indemnidad*. 4. El sujeto protegido y el tiempo de la protección en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional. a) La garantía de indemnidad en la capacidad de consumo como condición de efectividad del despido arbitrario. 5. El argumento político de la protección como indemnidad. 6. A modo de conclusión: la protección de la democracia como marco de discusión de la protección contra el despido arbitrario.

1. Introducción

El debate jurídico sobre la protección contra el despido arbitrario se ha centrado, principalmente, en la discusión sobre si éste es un acto

¹ El presente ensayo toma, en parte, mi tesis de doctorado en la Universidad Nacional del Litoral *El contrato relacional de trabajo. Crítica del sistema legal de protección contra el despido arbitrario*, publicada por la editorial Rubinzal-Culzoni en el año 2022.

² Abogado y doctor en Derecho (UNL). Director de la carrera de posgrado Especialización en Derecho Laboral (FCJS-UNL). Profesor de Derecho del Trabajo y de Filosofía del Derecho en la Carrera de Abogacía (FCJS-UNL). Juez de la Cámara de Apelación en lo Laboral de la ciudad de Santa Fe.

ilícito o un derecho de la parte empresaria. Y si bien el debate puede ser muy interesante en un ámbito académico, en verdad es inútil, pues no resuelve el problema del dramático y súbito cambio de sus condiciones de vida que sufre la persona despedida, en tanto pierde en forma inmediata su fuente de ingreso económico: el salario.

En consecuencia, es necesario superar esta discusión, a efectos de abordar directamente el problema que es crucial: la protección de la persona que trabaja frente a los daños causados por despido arbitrario. Para ello, en primer lugar, debe identificarse dónde reside el error de diagnóstico, para luego proponer soluciones que sean útiles. Y en este ensayo voy a sostener que el error está relacionado con la teoría general contractual, ofreciendo una visión distinta del contrato de trabajo desde la teoría relacional. Y desde esa plataforma teórica voy a abordar el mandato constitucional de protección de la persona que trabaja contra el despido arbitrario, proponiendo una nueva interpretación de los términos de la norma constitucional y, desde allí, una nueva concepción del artículo 245 de la ley 20.744 (y de las normas estatutarias similares), que otorga mejor protección que la que provee la interpretación doctrinal actual. Y esta propuesta de interpretación la sostendré desde un argumento político, en protección de la vulnerabilidad de la persona en una sociedad democrática.

2. La teoría relacional del contrato de trabajo

a) La importancia de la teoría general contractual

La regulación de la *relación de dependencia laboral* existente entre la organización empresaria y la persona que trabaja ha sido encomendada por el Derecho del Trabajo argentino a la idea de *contrato*. A la crítica que a ello puede formularse deben agregarse, además, los problemas derivados de asumir a qué *idea* o *concepción* de contrato nos referimos cuando hablamos de *contrato de trabajo*.

Así, dado el contrato de trabajo, debe asumirse en forma crítica el estudio de cuál es la *teoría general del contrato* que se reconoce como aplicable a este contrato de trabajo. Y esta crítica es cardinal en este ensayo pues, sostengo, la doctrina laboralista aborda la relación de trabajo como un contrato desde una teoría general errónea

y, desde allí, el error se traslada a la interpretación del sistema protectorio contra el despido arbitrario.

El recurso al *contrato* para regular la relación de dependencia laboral³ no es una decisión intrascendente para el Derecho del Trabajo, pues la teoría general del contrato no es aséptica. El contrato es una estructura de poder, en el cual cada parte pretende asegurarse el comportamiento de su contraparte en la satisfacción de sus intereses propios. Y esa estructura de poder se construye –al menos en Occidente– sobre los cimientos de la sociedad capitalista, la cual, a su vez, implica una determinada concepción del poder en la creación y distribución de la riqueza. De tal forma, y presentado en sentido inverso, la estructura capitalista de una determinada sociedad generará una idea de distribución del poder dentro de la sociedad, y la teoría general del Derecho Contractual responderá a ella; como consecuencia, el contrato de trabajo terminará atrapado en esa concepción de la forma de distribución social del poder.

Por lo tanto, asumir que la relación de dependencia laboral es un contrato implica tomar partido sobre qué es y cómo funciona ese contrato en la economía capitalista occidental conforme una teoría general del Derecho de Contratos. Y si bien el Derecho del Trabajo se justifica en la idea de la *relación de dependencia* o *subordinación*, esta rama del Derecho no presenta una teoría general propia del contrato, dedicándose simplemente a mitigar los efectos de la teoría general del Derecho de Contratos en el ámbito contractual, en cuanto afecta el principio protectorio.

b) *La teoría general relacional del contrato*

La noción de *contrato relacional* tiene su origen en estudios tanto

³ La captura de la relación de dependencia laboral por el contrato responde, entre varias causas, al proceso de privatización de las relaciones humanas. A la par de la relación de dependencia laboral puede señalarse al matrimonio como otra relación *contractualizada* en un período de tiempo, respecto de la cual luego se comenzó a valorar sus aspectos relacionales (derecho a pensión de los concubinos, reconocimiento de derechos a las personas del mismo género antes del matrimonio igualitario, el reconocimiento legislativo de la unión convivencial, etc.). Al respecto ver SCOTT, Elizabeth y SCOTT, Robert, *Marriage as Relational Contract*, en *84 Virginia Law Review* 1225, 1998.

en la ciencia jurídica como en la sociología⁴ y la economía⁵, aunque su sistematización teórica se reconoce principalmente en los trabajos académicos de los profesores Ian Roderick Macneil⁶ y Stewart Macaulay⁷ desde la década de 1960. Y es todavía una teoría en desarrollo en la doctrina académica, principalmente en Estados Unidos⁸, Inglaterra⁹ y Francia¹⁰, aunque no ha logrado un amplio desarrollo –al menos directo– en Latinoamérica.

La mirada *relacional* del Derecho Contractual implica asumir que todo contrato se encuentra construido sobre una red social que le da sustento y, por lo tanto, todo contrato es relacional. Sin embargo, ciertos contratos construyen una relación entre las partes que puede asumir la gobernanza del acuerdo. Retomando la idea del contrato como estructura de poder, el modelo clásico colocó el poder en el consentimiento, y la teoría neoclásica lo desplazó en parte hacia el sujeto protegido en la relación contractual, al que posibilitó desafiar el poder del consentimiento bajo ideas de equilibrio contractual en las prestaciones; ahora, la teoría relacional empodera a la *relación cooperativa* como la idea que gobierna el acuerdo. De esta forma, Ian Macneil

⁴ BELLEY, Jean-Guy, *Une typologie sociojuridique du contrat*, en *Sociologie du travail*, 38 Année, N° 4, octubre-diciembre de 1996; *Contrats et pratiques contractuelles. Approches pluridisciplinaires*, ps. 465-486.

⁵ WILLIAMSON, Oliver, *The mechanisms of governance*, Oxford University Press, Oxford, 1996.

⁶ MACNEIL, Ian Roderick, *The Many Futures of Contracts*, en *47 Southern California Law Review* 691, 1974; *Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations Under Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law*, en *72 Northwestern University Law Review* 854, 1978; *Relational Contract Theory: Challenges and Queries*, en *94 Northwestern University Law Review* 877, 2000; *Relational contracts: What we do and we do not know*, en *Wisconsin Law Review* 483, 1985.

⁷ MACAULAY, Stewart, *Non-contractual Relations in Business: A Preliminary Study*, en *28 American Sociological Review* 55, 1963.

⁸ FEINMAN, Jay, *The reception of Ian Macneil's work on contract in the USA*, en CAMPBELL, David (ed.), *The relational theory of contract: selected works of Ian Macneil*, Sweet & Maxwell, Londres, 2001, p. 59.

⁹ VINCENT-JONES, Peter, *The reception of Ian Macneil's work on contract in the UK*, en CAMPBELL (ed.), *The relational theory of contract: selected works of Ian Macneil cit.*, p. 67.

¹⁰ LAITHIER, Yves-Marie, *À propos de la réception du contrat relationnel en Droit français*, en *Recueil Dalloz*, N° 15, 2006, Chronique, p. 1003.

propone un abanico clasificatorio de contratos entre dos polos: la mera transacción y la relación interpersonal. Aquellos acuerdos limitados a la transacción de bienes entre las partes tienden hacia el polo *transaccional*, mientras que a medida que la relación entre las partes comienza a cobrar importancia en el desarrollo del contrato, éste tiende a ubicarse hacia el polo *relacional*. De este modo, cuando en este ensayo me refiero al *contrato relacional* debe entenderse como un contrato ubicado decididamente hacia el polo relacional conforme lo refiere Ian Macneil en su obra *The many futures of the contracts*, en el cual la relación cooperativa de las partes asume el rol principal en la gobernanza del acuerdo, desplazando en esa posición al consentimiento contractual.

El *contrato relacional* desplaza al consentimiento como elemento esencial de creación de las obligaciones y asume la posibilidad de que las partes resulten obligadas por fuentes externas a su voluntad, sirviendo la *relación cooperativa* como medida de la imposición de obligaciones. En consecuencia, lo que otorga carácter de *relacional* a un determinado contrato es la circunstancia de que las partes sólo pueden gobernar el desarrollo futuro del contrato a través de una relación cooperativa entre ellas. Por ello, lo que caracteriza al *contrato relacional* es la función sistémica-jurídica central que la relación entre las partes cumple en el contrato. Como el consentimiento, como medio por el cual en el presente las partes adelantan toda la regulación de las vicisitudes que en el futuro puedan afectar al contrato, es insuficiente para otorgar un marco normativo aceptable al contrato, la función que éste cumple en la doctrina clásica del contrato transaccional es relegada y asumida por la relación en el contrato relacional.

Para que la relación sea funcionalmente necesaria para la regulación del contrato deben darse ciertas circunstancias que, en definitiva, son las características que diferencian al contrato *relacional* del contrato *transaccional*. Y en esto el tiempo juega un rol trascendental, pues dado que el futuro es impredecible, cuando el acuerdo contractual que planean las partes es a largo plazo y queda expuesto a circunstancias ajenas a las partes que afectarán su desarrollo, más allá de lo que se pueda prever y se exprese en el acuerdo, las partes asumen que por el contrato se crean dos tipos adicionales de obligaciones más allá de

las que expresamente se acuerdan: a) aquellas que se asumen expresamente pero en términos amplios o genéricos en lo que hace a la prestación comprometida, y b) aquellas que son implícitas al acuerdo.

Si bien la noción de *contrato relacional* presupone un acuerdo de duración en el tiempo, no todo contrato a largo plazo es necesariamente de tipo relacional. Ello en tanto lo que define al contrato como *relacional* es la forma en que las partes deciden obligarse, asumiendo obligaciones en términos amplios o indefinidos y la posibilidad de la existencia de obligaciones implícitas en el acuerdo, prescindiendo (dada la imposibilidad de prever el futuro) de un contrato que detalladamente regule la forma de cumplimiento de las obligaciones que explícitamente se acuerdan, y asumiendo un compromiso de desarrollo del contrato que, en forma cooperativa, cumpla las legítimas expectativas que cada parte tiene en el negocio contractual. El contrato *relacional* se caracteriza por un compromiso abierto de mutua cooperación futura entre las partes, para el cumplimiento de las obligaciones, tanto las que se acuerdan en forma expresa como aquellas que son implícitas al acuerdo. Por el contrario, si el contrato, aun de larga duración, puede razonablemente regular la forma del cumplimiento futuro de las obligaciones asumidas, y sus vicisitudes, entonces ese contrato no tiene carácter *relacional*.

En la teoría relacional el gobierno del contrato pasa del *consentimiento en el presente* a la *relación cooperativa en el futuro*.

De esta forma, más allá de lo que las partes puedan pactar por escrito en el limitado margen que el Derecho del Trabajo deja al consentimiento como fuente de obligaciones, en verdad lo que ambas partes acuerdan en el consentimiento y esperan de buena fe es que en el desarrollo del contrato a través del tiempo su contraparte asuma una conducta tendiente a posibilitar la continuidad y ejecución del contrato. A diferencia de los contratos transaccionales, en los cuales el interés se limita al objeto de la transacción, las cosas a intercambiarse, en los contratos relacionales es fundamental para asegurar su desarrollo el logro de una cooperación entre las partes que permita readecuar funcionalmente el contrato a medida que las vicisitudes que pueden afectarlo comiencen a suceder durante su desarrollo. Y si bien pueden considerarse como *contratos de duración*, los *contratos relacionales*

se diferencian de aquéllos pues no implican un mero diferimiento temporal en el cumplimiento de una obligación, sino la creación de una relación cooperativa entre las partes que asumen deberes de conducta explícitos e implícitos en el contrato que deben mantenerse en el tiempo; no existe una obligación de cumplimiento diferido sino una obligación de conducta cooperativa de cumplimiento permanente y sostenido en el tiempo.

Y esta noción de contrato en el cual el contenido obligacional ya no se origina únicamente en el consentimiento o en la legislación complementaria tiene ahora su reconocimiento en el artículo 961 del Código Civil y Comercial, en cuanto expresa que los contratos “Obligan no sólo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor”. En consecuencia, el Código Civil y Comercial comienza a reconocer en el año 2015 lo que el artículo 62 de la ley 20.744 ya regulaba en el año 1974.

c) *El contrato relacional de trabajo*

El legislador de la ley 20.744 optó por colocar la relación de dependencia laboral en la estructura jurídica de un contrato, y de tal modo esta ley se denomina Ley de Contrato de Trabajo¹¹. Sin embargo, el artículo 1º de esa ley ya reconoce que por la misma se regula no sólo el contrato de trabajo sino también la relación de trabajo. Ahora bien, tan pronto como el legislador recurre al contrato para regular la relación de dependencia laboral, inmediatamente se preocupa por alterar en forma radical los elementos esenciales del contrato, a punto tal de desdibujarlos.

De esta forma, el Derecho del Trabajo recurre a la figura del contrato, pero –paradójicamente– tiene como especial cometido limitar la fuerza jurídica del consentimiento. De tal forma, el artículo 46 de la ley 20.744 dispone: “Bastará, a los fines de la expresión del consentimiento, el enunciado de lo esencial del objeto de la contratación,

¹¹ También Régimen de Contrato de Trabajo. Ver ACKERMAN, Mario E., *¿Cuál es la denominación correcta de lo que llamamos “Ley de Contrato de Trabajo”?*, en *Revista de Derecho Laboral Actualidad*, N° 2019-2, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe; Rubinzal Online, RC D 518/2019.

quedando regido lo restante por lo que dispongan las leyes, los estatutos profesionales o las convenciones colectivas de trabajo, o lo que se conceptúe habitual en la actividad de que se trate, con relación al valor e importancia de los servicios comprometidos”. En consecuencia, el consentimiento en el contrato de trabajo está limitado al ejercicio del derecho de contratar establecido en el artículo 14 de la Constitución Nacional, entendiéndose como “lo esencial del objeto de la contratación” la voluntad¹² de someterse al contrato, como garantía estatal para la persona que trabaja de prohibición del contrato de por vida o esclavo. Pero tan pronto como se traspasa voluntariamente la puerta de acceso al contrato, la regulación laboral quita valor al consentimiento, pues establece: “regido lo restante por lo que dispongan las leyes, los estatutos profesionales o las convenciones colectivas de trabajo, o lo que se conceptúe habitual en la actividad de que se trate...”¹³, excepto en cuanto el acuerdo de partes mejore la posición contractual de la persona que trabaja. Este espacio reducido reservado al consentimiento, sin embargo, queda sometido a la teoría general neoclásica del contrato, por lo cual la noción de *causa* tiene un importante efecto sobre el acuerdo de partes, posibilitando su revisión.

En consecuencia, el éxito del Derecho del Trabajo, y del principio protectorio, se encuentra esencialmente en limitar el consentimiento contractual. Cuanto más exitoso el Derecho del Trabajo en función de la protección a la persona que trabaja, mayor será la limitación del consentimiento contractual. Destaco, especialmente, que no deja de ser una paradoja que el Derecho del Trabajo argentino recurra a la noción de *contrato* para regular jurídicamente la *relación de dependencia* pero que la primera preocupación sea aniquilar el elemento principal del contrato: el consentimiento.

La posibilidad que tienen las partes de darse la propia regulación de la relación laboral se encuentra limitada por normas de orden público.

¹² La doctrina civilista usualmente requiere la expresión de voluntad con discernimiento, intención y libertad; y el traslado de estos conceptos al ámbito laboral no es del todo sencillo dada la cuestionable libertad del sujeto trabajador de rechazar el contrato de trabajo. Esta misma situación se repite en el Derecho del Consumo.

¹³ Art. 46 de la ley 20.744 (texto ordenado decreto 390/76).

Y no se trata de que los contratos civiles o comerciales no tengan limitaciones basadas en el orden público, sino que éstas son funcionales al objeto. El contrato, en su teoría general, es concebido como un instrumento jurídico que se otorga a las partes para que ellas hagan todo lo que deseen dentro de los límites del orden público. Esta noción cambia radicalmente en el contrato de trabajo, pues este instrumento está destinado a que las partes no hagan lo que desearían hacer, esto es, el empleador abusa de su poder de negociación a efectos de lograr condiciones de trabajo beneficiosas para su parte y, a su vez, la persona que trabaja (o busca hacerlo) acepta aquellas condiciones con el fin de procurarse el ingreso monetario mínimo que le permita acceder a bienes y servicios, compitiendo con sus pares en la obtención del salario. Mientras la teoría general del contrato ofrece un instrumento jurídico para que las partes *hagan* lo que desean dentro de los límites del orden público, el Derecho del Trabajo regula el contrato de trabajo de tal forma que las partes *no hagan* lo que desearían en procura de acceder al contrato de trabajo¹⁴: abusar de su poder de negociación y degradar su condición humana¹⁵.

Y en esta limitación de la autonomía de voluntad y el objeto del contrato de trabajo se altera esencialmente la creación de obligaciones. Y esto es esencial en este ensayo, pues el artículo 62 de la ley 20.744 dispone que “Las partes están obligadas, activa y pasivamente, no sólo a lo que resulta expresamente de los términos del contrato, sino a todos aquellos comportamientos que sean consecuencia del mismo, resulten de esta ley, de los estatutos profesionales o convenciones colectivas de trabajo, apreciados con criterio de colaboración y solidaridad”.

La regulación del artículo 62 de la ley 20.744 es consecuencia de la hostilidad del Derecho del Trabajo con el consentimiento contractual, pues el recurso a la técnica de limitar fuertemente el consentimiento como fuente de las obligaciones que las partes asumen lleva a que el

¹⁴ Evidentemente la palabra *deseo* debe entenderse con significado radicalmente opuesto entre la parte empleadora y la parte trabajadora. El empleador *desea* obtener más prestación de trabajo por menos salario, y la parte trabajadora *desea* –si este término es aceptado– poder competir con sus pares.

¹⁵ ONU, Comité de Derechos Humanos del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Comunicación N° 854, “Manuel Wackenheim vs. France”, UN Doc. CCPR/C/75/D/854/1999, del 26-7-2002.

gobierno de la relación quede a la deriva. En otras palabras, si el gobierno de la relación contractual no está en el consentimiento, entonces: ¿Quién aporta la regulación que las partes requieren en su acuerdo de voluntades?

El vacío creado por el desplazamiento del consentimiento como fuente de las obligaciones contractuales es imperativamente cubierto por la legislación laboral (en sus diversas fuentes). En consecuencia, la *relación* entre las partes es *necesariamente funcional* al contrato de trabajo, pues la definición en un determinado momento de la prestación que cumplimentará una obligación indeterminada y el reconocimiento de obligaciones implícitas dependerán únicamente de la relación entre las partes contratantes.

Esto imprime un carácter ético a la relación, pues el desarrollo sucesivo de las obligaciones depende de la conducta que asuman las partes. El desarrollo del contrato de trabajo requiere de una conducta cooperativa de ambas partes.

Por lo tanto es posible concluir que la obligación esencial de cada una de las partes está dada por un *comportamiento cooperativo que razonablemente sea el esperado conforme una expectativa de buena fe* (art. 63 de la ley 20.744), derivada del contrato de trabajo y las fuentes normativas colectivas (ley y convenios colectivos de trabajo), en una relación de duración que se considera esencial al contrato (art. 90 de la ley 20.744).

El contrato de trabajo, de esta forma, responde a la categoría de contrato relacional, pues el negocio jurídico que las partes quieren celebrar (incorporación de la persona a la organización empresaria ajena) es deseado esencialmente con una duración en el tiempo sin que las partes pueden definir en forma concreta el modo de cumplimiento de las prestaciones a las que se obligan por ley o acuerdo y, asumiendo que pueden existir obligaciones implícitas en el acuerdo y, de tal manera, esa definición de la extensión de las obligaciones descansa sobre una expectativa de cooperación y confianza mutua en el desarrollo del contrato.

De este modo, sólo el carácter *relacional* del contrato de trabajo, como situación de cooperación entre las partes basada en la buena fe, explica ciertas regulaciones jurídicas que son extrañas a un contrato

de tipo transaccional, por ejemplo, la injuria como incumplimiento obligacional grave, la regulación de la suspensión del contrato de trabajo por accidentes y enfermedades inculpables o por razones económicas o disciplinarias, las ayudas extraordinarias, los beneficios sociales, etcétera.

d) *El despido como especial aspecto del conflicto constitucional que representa la relación de trabajo*

En la tensión constitucional entre la libertad de empresa y la protección de la persona que trabaja, en el caso del despido arbitrario, la regulación normativa restringe los poderes empresariales para que la decisión empresaria de costos-beneficios ante la escasez de bienes para atender las distintas necesidades e intereses que confluyen en la empresa no pase fácilmente por el despido, porque esa persona tiene una vida (en referencia a su *capacidad productiva y creadora*, en los términos del art. 4° de la ley 20.744) y una familia que depende del salario que devenga en esa relación dependiente. El Derecho del Trabajo reprime el comportamiento oportunista de la parte empleadora en una situación de imputación de riesgo en el desarrollo contractual.

El despido –y su protección–, entonces, es una expresión de la tensión entre el poder de organización y dirección empresario (en el cual confluyen múltiples intereses) y la protección de los derechos fundamentales de la persona que trabaja, que quedan afectados como consecuencia de la dependencia a la que se somete. Y esa expresión de tensión es variable, no siempre es la misma. El constituyente admite ambos intereses, pero el legislador ordinario los pondera en distintas situaciones de distinta manera, creando reglas para ciertos casos. Así, apenas comienza la relación laboral, favorece la organización empresarial por medio del período de prueba, creando la regla del artículo 92 bis de la ley 20.744, y luego permite el despido arbitrario pero le impone un pago indemnizatorio, creando la regla del artículo 245 de la ley 20.744; pero en otras situaciones incrementa notablemente la protección de la persona, por ejemplo, si la trabajadora está embarazada, creando la regla del artículo 178 de la ley 20.744, o cuando el contrato no ha sido registrado, creando las reglas del artículo 8° de la ley 24.013 y del artículo 1° de la ley 25.323, o bien ante situaciones

de discriminación o violación de los derechos sindicales con las reglas especiales de las leyes 23.592 y 23.551.

En definitiva, *el despido es un problema de la relación, y no del contrato*. Al respecto corresponde observar que mientras existe contrato desde el consentimiento (arts. 45 y 46 de la ley 20.744), la protección contra el despido arbitrario se independiza de ese momento y comienza recién cuando hay relación laboral. En tanto la existencia de contrato y relación de trabajo usualmente son concomitantes no se evidencia la diferencia que señalo, pero si ello no ocurre entonces la protección laboral comienza recién con la relación de dependencia, pues “Los efectos del incumplimiento de un contrato de trabajo, antes de iniciarse la efectiva prestación de los servicios, se juzgarán por las disposiciones del derecho común...” (art. 24 de la ley 20.744, *Efectos del contrato sin relación de trabajo*). Y, asimismo, la posibilidad de extinción del contrato de trabajo por justa causa no depende de una situación contractual sino relacional, pues el artículo 242 de la ley 20.744 recurre a la idea de *injuria* (que permaneció en el sistema como remanente de la regulación de la materia en el Código de Comercio), la cual es una inobservancia de las obligaciones que surgen del contrato, pero calificada de una gravedad tal que “...no consienta la prosecución de la relación”, con lo cual la *justa causa* de despido implica el quiebre de la relación laboral, siendo insuficiente el incumplimiento contractual. En otras palabras, puede haber incumplimiento contractual sin injuria, pero no puede existir ésta sin la ruptura de la relación laboral entre las partes.

Así, el despido es un problema de quiebre de expectativas legítimas y no de incumplimiento de obligaciones a plazo. Y, en consecuencia, es una tensión constante entre principios que impone la ponderación entre ellos, pero dada la importancia del tema, el legislador se anticipa y formula ponderaciones legislativas de ciertas circunstancias típicas, expresando la solución en reglas. Estas reglas, en definitiva, se juzgarán en su racionalidad constitucional en el caso concreto.

En definitiva, el despido arbitrario no es un problema del contrato de trabajo, sino de la relación laboral; y no es un problema de incumplimiento obligacional de la parte empleadora sino de protección de las expectativas de la persona que trabaja en un escenario de conflicto constitucional.

Sin embargo, desde una teoría contractual *transaccional*, la construcción clásica y predominante en doctrina y jurisprudencia en la actualidad concibe al despido arbitrario como un acto ilícito, con efectos extintivos del contrato de trabajo.

La construcción de la *ilicitud* del despido arbitrario es, más que nada, una necesidad teórica de base contractual. Si la protección contra el despido arbitrario implica una indemnización, entonces una indemnización necesita –en principio¹⁶– una antijuridicidad y, finalmente, la antijuridicidad necesita de una obligación. De tal forma, la *expectativa* razonable de conservación de la relación, que es propia de un contrato *relacional* como es el contrato de trabajo (art. 10, LCT), se transforma con gran esfuerzo argumentativo en una obligación contractual a plazo del empleador en el marco de un contrato transaccional que, incumplida a través del despido directo incausado, imprime a éste la naturaleza de un acto ilícito. Esto sería muy correcto en el marco de un contrato transaccional, en el cual el tiempo es asumido como una modalidad de contratación, pero sostengo que no tiene el mismo enfoque jurídico en un contrato *relacional*, en el cual el tiempo asume el carácter expuesto en una teoría contractual relacional, con lo cual la perdurabilidad del vínculo contractual es una *expectativa* de ambas partes del contrato de trabajo.

El resultado protectorio de la teoría de la ilicitud del despido es pobre, pues a la persona que trabaja se la deja expuesta ante el arbitrio rescisorio de la parte empleadora, pero la protección diseñada es insuficiente como tutela constitucional adecuada. Ello en tanto pensada como una indemnización ésta se debe luego y como consecuencia del incumplimiento obligacional, y su pago no es requisito para la extinción del vínculo contractual, sino que, por el contrario, la rescisión contractual arbitraria es requisito previo para el devengamiento de la indemnización. De tal forma, el efecto disuasivo del arbitrio del empleador es altamente dudoso, y el efecto sancionatorio es pobre, pues la legislación de fondo no otorga un título ejecutivo a la persona arbitrariamente despedida que le permita el cobro inmediato de la suma indemnizatoria adeudada, con lo cual ante el incumplimiento del pago

¹⁶ Porque se han desarrollado ideas sobre responsabilidad por el hecho lícito.

de la indemnización devengada al acreedor laboral no le queda otra opción más que iniciar el camino usualmente prolongado de un juicio laboral.

En definitiva, la doctrina laboralista argentina es contundente al señalar la ilicitud del despido, negando a la rescisión unilateral el carácter de potestad implícita de las partes de un contrato de duración indeterminada, con lo cual parece satisfecho el principio protectorio y se aborta cualquier idea de considerar al despido arbitrario como una potestad del sujeto empleador; pero, en definitiva, esta construcción ideológica en nada provee una protección efectiva a la persona que al perder los beneficios del contrato de trabajo sufre un daño en su capacidad de consumo. De este modo, la protección contra los daños del despido arbitrario que se construye a través de la teoría de la ilicitud del despido es meramente declamativa, teórica, simbólica, académica, pero no es ni práctica, ni suficiente, ni efectiva y, lo peor de todo, no es protectora. El despido es declarado un acto ilícito, pero al día siguiente del despido no se sabe quién va a pagar la cuenta de supermercado de la persona ilícitamente despedida, por las compras necesarias para subsistir con dignidad, en tanto el pago de la indemnización devengada es sólo una posibilidad, supeditada a la voluntad empresaria luego de extinguido el contrato.

Esto no es el adecuado cumplimiento del mandato constitucional de protección contra el despido arbitrario.

3. Reinterpretando el mandato constitucional del artículo 14 bis de la Constitución Nacional: la “arbitrariedad” y la “protección” desde la perspectiva relacional

a) La “arbitrariedad” como “daño”

En el contrato *transaccional* el consentimiento tiene la función clásica de promesas aceptadas que vinculan a las partes y que, ante el incumplimiento, el sistema jurídico ofrece medios para lograr el cumplimiento de la promesa o la indemnización de los daños que esa promesa incumplida ocasione, pero en el contrato *relacional* de trabajo el consentimiento pierde ese lugar, que es asumido por la *relación* y, en consecuencia, en este escenario normativo la respuesta ante el in-

cumplimiento del contrato no lleva a la búsqueda del cumplimiento del consentimiento, sino al cuidado de las expectativas generadas en la *relación*. De esta forma, la estabilidad en el empleo no ofrece una acción para su cumplimiento (ni siquiera en el contrato a plazo fijo)¹⁷, y la respuesta sistémica ante el despido arbitrario es otorgar una protección a las expectativas originadas en la relación.

Como corolario, sobre la idea del contrato *relacional* de trabajo, la protección contra el despido *arbitrario* debe considerarse como una problemática *relacional* y no contractual, respecto a las expectativas que la persona que trabaja tiene en la relación, y de qué manera el Derecho del Trabajo reconoce y protege esas expectativas ante el daño que implica el despido arbitrario.

En tanto el mandato constitucional otorga protección contra el despido que se califique como *arbitrario*, es necesario determinar jurídicamente este concepto. A efectos de superar este vínculo de la *arbitrariedad* con la licitud o ilicitud del acto, en este ensayo voy a sostener que la *arbitrariedad* debe buscarse en *los intereses afectados –dañados–* por la decisión rupturista de la relación contractual.

Por *intereses* entiendo las *expectativas comprendidas en la relación laboral*, y que reciben reconocimiento en el mundo jurídico como obligaciones, a través de las distintas fuentes que otorgan regulación a la relación laboral. Dentro de ellas, la expectativa de mantenimiento de la relación es de especial importancia para la persona que trabaja, y, de esta forma, el despido es un *daño* causado por una conducta oportunista de la parte empleadora en contra de la relación cooperativa que la une con la persona que trabaja.

La empresa, como centro de organización de los factores de producción, constituye una comunidad cuyos intereses se diferencian de los propios del empresario y, asimismo, se relacionan con intereses de terceros (el Estado, los consumidores, la sociedad, el medio ambiente, etc.). El despido *arbitrario* es, pues, una decisión rupturista del contrato de trabajo ejercida en forma discrecional por la parte

¹⁷ Este sistema cambia en el supuesto de despido discriminatorio, donde la protección de la dignidad de la persona lleva a considerar la reinstalación en el lugar de trabajo como la solución protectoria preferida.

empleadora en función de la organización empresaria y en interés de ella, pero que constituye de todos modos un comportamiento oportunista contrario a la relación laboral cooperativa, pues de todos los intereses que concurren en la empresa, para la solución de un determinado problema, la persona empresaria-empleadora ha elegido la ruptura de la relación laboral y, de tal modo, afecta los intereses de la persona que trabaja en cuanto se encuentran directa e inherentemente vinculados a esa relación laboral.

Por lo tanto, regular el despido no es un problema de incumplimiento contractual, sino un problema de límite del poder empresario al que queda sometida la persona que trabaja en forma dependiente. En la idea del *contrato relacional*, el despido es un problema de la *relación* y no del *contrato*. No se trata del incumplimiento de una obligación ni del ejercicio de un derecho, sino de resistir un comportamiento oportunista contrario al desarrollo cooperativo de la relación. Por el despido arbitrario la persona empleadora no está ejerciendo un derecho ni incumpliendo una obligación, sino que está asumiendo un comportamiento oportunista jurídicamente reprochable, imputando unilateralmente un riesgo en cabeza de la persona que trabaja (imponiendo un daño), en una conducta contraria al desarrollo cooperativo de la relación.

Si el despido es un comportamiento oportunista contrario al desarrollo cooperativo de la relación que causa un daño, entonces el concepto de *arbitrariedad* en el despido se vincula a su efecto dañoso.

La *arbitrariedad* como *daño* se define en la propia tensión interna de la relación de trabajo, pues los daños que son consecuencia del comportamiento oportunista contrario a la relación cooperativa esperada están limitados a la afectación de los intereses que son directamente inherentes a esa relación. La ruptura unilateral jurídicamente injustificada de la relación laboral por parte de la persona empleadora constituye un despido *arbitrario* cuando *el daño afecta en forma directa y exclusiva los intereses de la persona que tienen su origen en la relación laboral*. De tal forma, el daño se identifica con las consecuencias de la situación de *no existencia del contrato de trabajo* a la que es sometida la persona por la decisión rupturista unilateral. Las expectativas que la persona que trabaja tenía en el normal desarrollo

cooperativo de la relación laboral son negadas en forma unilateral por una decisión de la persona empleadora. En consecuencia, la persona que trabaja vuelve al estado anterior a la existencia del contrato de trabajo, sufre un daño en sus intereses laborales, pero no tiene ninguna afectación de un interés que tuviera antes del contrato de trabajo o por una causa distinta a la relación laboral.

Y la calificación del despido como (al menos) arbitrario opera en forma automática, pues evidentemente la persona empresaria-empleadora se ha comportado en forma oportunista respecto a la conducta cooperativa esperada, y entonces el Derecho del Trabajo construye una presunción sobre la existencia del daño en tanto reconoce la expectativa de mantenimiento de la relación laboral en la persona que trabaja con relación al salario, imponiendo una indemnización, y además una presunción sobre la cuantía de ese daño, tarifando esa indemnización (art. 245 de la ley 20.744), las cuales no aceptan prueba en contrario.

En esta concepción de la *arbitrariedad* como *daño* que propongo, la persona que trabaja sufre un daño en aquellos intereses que se relacionan con su *estatus* de persona dependiente adquirido mediante la relación laboral, pero no ve afectados otros intereses que son independientes de ese *estatus* de dependiente. Así, la dignidad de la persona es independiente de la relación de dependencia; la preexiste, es concomitante a su desarrollo y la subsiste. Por lo tanto, el despido arbitrario implica la no afectación de estos intereses, como de ningún otro que se adquiriera en forma independiente a la condición de persona que trabaja en relación de subordinación. Por lo tanto, fuera de la lógica *relacional*, el despido deja de ser *meramente arbitrario*, afectando otros intereses que elevan el nivel de protección¹⁸. Son intereses (expectativas jurídicamente reconocidas) que la persona que trabaja tenía en forma anterior a haber asumido la posición contractual de *dependiente*, y que

¹⁸ En Colombia se ha desarrollado la idea de una *estabilidad especial reforzada* en situaciones de vulnerabilidad de la persona que trabaja. En la jurisprudencia de la Corte Constitucional de la República de Colombia pueden verse, entre otras: Sentencia C-470/97, de fecha 25-9-97; Sentencia T-594/15, de fecha 14-9-2015; Sentencia T-320/16, de fecha 21-6-2016; Sentencia T-376/16, de fecha 15-7-2016; Sentencia SU040/18, de fecha 10-5-2018, y Sentencia T-052/20, de fecha 13-2-2020.

se justifican en causas ajenas a la relación laboral, pero que resultan afectados por la decisión de despido. Algunos de estos intereses encuentran protección en la propia Ley de Contrato de Trabajo¹⁹: embarazo, matrimonio²⁰; otros, la encuentran en leyes especiales: contrato de trabajo no registrado, discriminación²¹, despido represalia, conducta antisindical; otros, se protegen por la legislación civil general: daño moral²². De tal modo, cuando el despido excede el carácter de *arbitrario*, pues daña intereses de la persona que trabaja que escapan a las expectativas propias de la relación laboral, el sistema jurídico responde otorgando protección contra los intereses especiales afectados.

b) *La “protección” como “indemnidad”*

El concepto del despido *arbitrario* como *daño* a la persona que trabaja por el incumplimiento de las *expectativas* generadas en la *relación* de trabajo condiciona la respuesta jurídica que el Derecho del Trabajo debe otorgar, y ahora propondré una interpretación de la protección constitucional y legal en el escenario *relacional*.

El artículo 14 bis de la Constitución Nacional reconoce al trabajo bajo el principio protectorio e impone al legislador una obligación –en lo que interesa en este ensayo–: debe otorgar a la persona que trabaja un sistema jurídico de *protección* contra el despido *arbitrario*. Y la protección positiva que instituyó el legislador argentino se encuentra en el artículo 245 de la ley 20.744 (y normas estatutarias similares).

Obsérvese que el texto constitucional del artículo 14 bis expresa que las leyes laborales *asegurarán* las condiciones que luego detalla. Por lo tanto, si en ese artículo 14 bis el constituyente reconoció la

¹⁹ LIVELLARA, Carlos Alberto, *Despido sin causa en situaciones especialmente protegidas*, en *Revista de Derecho Laboral*, N° 2000-2, *Extinción del contrato de trabajo – II*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe; Rubinzal Online, RC D 2125/2012.

²⁰ CSJN, 24-9-2020, “Puig, Fernando Rodolfo c/Minera Santa Cruz SA”, SAIJ: FA20000114.

²¹ GARCÍA, Carolina y COPPOLETTA, Sebastián, *Remedios ante el despido discriminatorio: ¿reinstalación o indemnización?*, en L. L. 2013-C-134.

²² DUBRA, Diana, *Presupuestos para la inclusión del daño moral como rubro indemnizatorio en caso de despidos injustificados*, en D. T. 2013 (septiembre), p. 2256; cita online: AR/DOC/3046/2013.

protección contra el despido arbitrario a la persona que trabaja, entonces el legislador debe *asegurarla* o *garantizarla* en su realización efectiva por medio de la legislación. Por ello, en consecuencia, lo que el legislador instituye normativamente es una *garantía* de efectiva realización de la *protección* constitucional contra el despido arbitrario como indemnidad de la persona que trabaja.

Esta noción jurídica de *garantía* es expresada por Luigi Ferrajoli afirmando que “las garantías no son otra cosa que las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional. Por eso, reflejan la diversa estructura de los derechos fundamentales para cuya tutela o satisfacción han sido previstas: las garantías liberales, al estar dirigidas a asegurar la tutela de los derechos de libertad consisten esencialmente en técnicas de invalidación o de anulación de los actos prohibidos que las violan; las garantías sociales, orientadas como están a asegurar la tutela de los derechos sociales, consisten, en cambio, en técnicas de coerción y/o de sanción contra la omisión de las medidas obligatorias que las satisfacen. En todos los casos, el garantismo de un sistema jurídico es una cuestión de grado, que depende de la precisión de los vínculos positivos o negativos impuestos a los poderes públicos por las normas constitucionales y por el sistema de garantías que aseguran una tasa más o menos elevada de eficacia a tales vínculos”²³.

En consecuencia, el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, ponderando los intereses de ambas partes de la relación laboral, impone al legislador la obligación de proveer a la persona que trabaja de un sistema garantista que lo proteja contra los daños que produce el despido arbitrario. Ahora bien, por mandato constitucional esta garantía no tiene la función de *indemnizar* los daños del despido, sino *proteger* contra los mismos. Como lo afirma la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Aquino”, si “indemnizar es [...] eximir de todo daño y perjuicio mediante un cabal resarcimiento”, entonces la *indemnización*

²³ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 8ª ed., Trotta, Madrid, 2016, p. 25.

supone un daño que es reparado, y la *garantía* de protección supone un daño que no se materializa. El mandato constitucional no es una directiva de indemnizar el daño, sino una de indemnidad de la persona que trabaja frente a las consecuencias dañosas del despido arbitrario. Si la *indemnización* supone un contrato que se incumple, la *garantía de indemnidad* supone una relación cuyas expectativas se concretan, al menos parcialmente.

De tal modo, las nociones de *arbitrariedad* como *daño* y de *protección* como *garantía de indemnidad* llevan a una redefinición del sistema legal instituido por el legislador en el artículo 245 de la ley 20.744.

La *naturaleza jurídica* del crédito devengado como consecuencia del despido arbitrario ha sido motivo de amplios estudios y debates doctrinales. No obstante, todas ellas tienen una característica en común que en este ensayo es negada: que lo debido es *consecuencia* del despido²⁴. Todas estas teorías parten de la idea de que se comunica el despido arbitrario y, como consecuencia de éste, se devenga el concepto debido (que luego las distintas teorías particularizan en su naturaleza jurídica). Cualquiera sea la naturaleza jurídica de lo que se debe, siempre el crédito se devenga como consecuencia del despido arbitrario, y su pago, entonces, debe efectuarse luego de efectivizado el despido, cuando el contrato de trabajo ya se ha extinguido y cuando el daño ya ha sido sufrido por la persona.

Lo debido es una obligación de dar suma de dinero, pero sostengo en este ensayo que la causa de esa deuda se relaciona con la *garantía de indemnidad* de daño por la ruptura de la *expectativa* de normal desarrollo cooperativo de la *relación* de trabajo que es propia del contrato relacional de trabajo. Si la *arbitrariedad* del despido se define en función del *daño* que causa a determinados intereses (como expectativas legítimas) que se generan en la relación laboral, la *protección* se define en función de la *garantía de indemnidad* que provee contra

²⁴ ACKERMAN, Mario E., *¿Indemnización por “antigüedad” o por “despido”?*, en *Revista de Derecho Laboral Actualidad*, N° especial 2019-2, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe; Rubinzal Online, RC D 1164/2019: “...si se observa cómo y cuándo es obligatorio el pago de la indemnización del artículo 245 de la LCT, es evidente que tal deber sólo aparece cuando se produce el despido directo o indirecto...”

aquel daño respecto de esos intereses. Si la *arbitrariedad* del despido es el *daño* que causa, entonces la *protección* es la *indemnidad* de la persona que trabaja frente a ese daño.

Si la *arbitrariedad* del despido se concibe en relación con las expectativas que daña, entonces la *protección* constitucional debe entenderse en función de esas expectativas referidas al goce de los beneficios que la persona que trabaja obtiene como consecuencia directa de la existencia de la relación de trabajo. Y en lo que importa en este ensayo –respecto al despido arbitrario– y en relación con el Derecho del Trabajo (distinto al sistema de la Seguridad Social), la persona que trabaja tiene en la relación laboral una expectativa de consumo de bienes y servicios en base al salario y beneficios sociales que percibe como consecuencia del contrato de trabajo.

De tal forma, la protección contra el despido arbitrario implica *garantizarle* a la persona que trabaja una situación de indemnidad de forma tal que una vez que se produzca el distracto y cese el devengamiento salarial, esa capacidad de consumo no se verá afectada, al menos en un tiempo prudencial. Esa garantía es una indemnidad temporal de su capacidad de consumo frente al despido arbitrario, ya que el artículo 245 de la ley 20.744 fija un *tiempo prudencial* en un mes por cada año trabajado o fracción mayor a tres meses. De esta forma, la *garantía* de *capacidad de consumo* de la persona que trabaja regulada en el artículo 245 de la ley 20.744 se denomina, en el texto legal, como *indemnización por antigüedad*, y si bien esa denominación puede ser criticada desde una visión transaccional, la perspectiva *relacional* explica por qué lo determinante es la *antigüedad*, pues el transcurso del tiempo generará mayores expectativas en la persona que trabaja y ocasionará una mayor incapacidad en la posibilidad de generación de salario fuera de su actual posición contractual.

Ello explica, en definitiva, el divorcio existente en la teoría clásica del despido arbitrario como acto *ilícito* entre la *indemnización* debida en el artículo 245 de la ley 20.744 y el incumplimiento obligacional imputado a la parte empleadora como incumplimiento del plazo obligacional. Si lo ilícito es el incumplimiento del plazo, entonces la indemnización que se devenga en consecuencia debería ser –como mínimo en un sistema tarifado– todos los salarios correspondientes hasta

la finalización del plazo incumplido. La doctrina de la ilicitud no puede explicar este divorcio: se promete hacia el futuro, pero se indemniza por el pasado. En este escenario, la persona que trabaja estaría mejor protegida en el sistema del Derecho Civil y bajo el artículo 19 de la Constitución Nacional. La doctrina de la ilicitud del despido arbitrario termina implicando, en definitiva, la inconstitucionalidad del artículo 14 bis de la Constitución Nacional, en relación con el artículo 19 del mismo texto legal, o también su inconveniencia por violación al bloque federal de constitucionalidad, todo ello en la medida que excluye peyorativamente –en forma menos protectoria– a la persona que trabaja respecto del régimen general de responsabilidad civil.

Por el contrario, y aquí la explicación, si la protección está vinculada a la *expectativa de consumo*, la garantía de esta situación es perfectamente compatible con el texto actual del artículo 245 de la ley 20.744 (y normas similares estatutarias). Ello en tanto en un contrato *relacional* ambas partes tienen la legítima expectativa de mantener las condiciones de contratación y que cada parte cumpla con la conducta esperada por la contraparte en el desarrollo cooperativo de la relación contractual, conservando la persona que trabaja su capacidad de consumo de bienes y servicios mediante el devengamiento salarial. El despido *arbitrario* es una conducta oportunista que quiebra esa expectativa razonable y debe compensarse al cocontratante en base al daño causado por ese quiebre, preservando esa capacidad de consumo de forma tal de no afectar la dignidad y libertad de la persona sustituyendo en forma unilateral su posición contractual. Esa *compensación* en el marco del contrato *relacional* de trabajo, conforme lo expuesto, no implica ni una restitución de un bien ni de una situación extracontractual, sino el cumplimiento de las expectativas, aun en forma parcial o limitada en el tiempo (un mes por cada año trabajado, o fracción mayor a tres meses), por lo cual debe expresarse jurídicamente como una garantía de indemnidad.

Sólo la indemnidad frente al daño, la *inocuidad* del despido arbitrario respecto a la persona que trabaja, logrará expresar la protección constitucional en la regulación del poder de la empresa tanto *dentro* del contrato como *fuera* de él, como poder social.

4. El sujeto protegido y el tiempo de la protección en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional

a) La garantía de indemnidad en la capacidad de consumo como condición de efectividad del despido arbitrario

Esta concepción de la protección constitucional contra el despido arbitrario como *garantía de indemnidad en la capacidad de consumo* de la persona que trabaja requiere de una consideración especial respecto al sujeto protegido y al tiempo en que se hace efectiva.

En tanto, la protección contra el despido arbitrario es una *garantía de consumo* debida a la persona que trabaja (*trabajador* en los términos del art. 14 bis, CN y del art. 245, LCT), esta *garantía* requiere, para ser tal, que la expectativa de capacidad de consumo protegida no se vea efectivamente afectada en forma inmediata por la extinción del contrato de trabajo. Si se produce una afectación temporal en la capacidad de consumo por un desacople entre el devengamiento salarial y la percepción de la suma de dinero devengada conforme el artículo 245 de la ley 20.744, entonces la *garantía de indemnidad* normativa de *protección al trabajador* no se ha producido y, en consecuencia, se ha incumplido el mandato constitucional. Por lo tanto, la estructura constitucional requiere, para su cumplimiento, que esa garantía se otorgue a la persona que trabaja evitando que sufra un lapsus o bache en su capacidad de consumo futura.

Y así, aunque parezca un simple juego de palabras, el mandato constitucional del artículo 14 bis de la Constitución Nacional identifica *al trabajador* como el sujeto protegido y, de tal forma, la persona sólo tiene ese carácter mientras se encuentra en la relación laboral. Por lo tanto, el sujeto protegido es la persona antes del despido y así el crédito del artículo 245 de la ley 20.744 no se debe como *consecuencia* del despido arbitrario sino como *condición* del mismo.

En este sentido, entonces, el despido arbitrario sólo puede tener efecto extintivo del contrato de trabajo cuando reúna dos requisitos: primero, su comunicación al sujeto que trabaja; y segundo, el efectivo otorgamiento de la garantía de su capacidad de consumo futuro, esto es, el pago de la suma de dinero devengada conforme el artículo 245 de la ley 20.744 (o norma estatutaria aplicable).

Siendo que la *arbitrariedad* es concebida en este ensayo como un daño a los intereses relacionales, el despido arbitrario sólo puede ser válido si observa la garantía constitucional, es decir, previene el daño que en sí mismo causa. El *despido arbitrario* será válido como acto unilateral extintivo del contrato de trabajo si, y sólo si, la parte empleadora asume la inoculación de sus efectos dañosos a nivel contractual por medio de la garantía de mantenimiento de la capacidad de consumo de bienes y servicios de la persona que trabaja, es decir, preserva sus expectativas.

En consecuencia, la obligación de dar suma de dinero impuesta por el artículo 245 de la ley 20.744 es un requisito del efecto extintivo del despido arbitrario.

Esto tiene una importante consecuencia sobre el pretendido efecto disuasorio de la indemnización del artículo 245 de la ley 20.744. Esto implica que, para la empresa, en el marco de la decisión del despido arbitrario, en un análisis de costo-beneficio, la indemnización opera elevando los costos y, de esa forma, intenta disuadir al empleador en tanto los beneficios que pretende mediante su conducta oportunista pueden ser alcanzados por otra vía menos costosa. Sin embargo, para que ese efecto se produzca la comparación debe ser entre costos que tengan la misma entidad. Y así, en la teoría del despido como acto ilícito, la indemnización se debe *como consecuencia* del despido y, de tal forma, es un costo futuro y eventual; esto último, en tanto aun cuando no exista causa expresada, el pago de la misma depende de la voluntad del empleador y, ante la falta de ésta, la vía de cobro es a través de un juicio y, como tal, la sentencia que condene al pago requiere del desarrollo de un proceso que implica tiempo. Frente a un costo presente y cierto que deba afrontar la empresa (por ej.: pago a proveedores), la indemnización por despido se presenta como un costo futuro e incierto; y de tal modo, el efecto disuasorio no se produce o bien pierde efecto²⁵. Si se asume que el pago efectivo de la garantía de consumo es requisito para la producción del distracto *como requisito* del efecto extintivo del despido arbitrario, entonces esto tiene un real y efectivo efecto disuasorio de la decisión rupturista.

²⁵ Que luego se busca potenciar por medio de otras indemnizaciones, por ej., art. 2° de la ley 25.323.

5. El argumento político de la protección como indemnidad

La concepción de la protección constitucional contra el despido arbitrario como *garantía de indemnidad* de la persona que trabaja implica, también, una revisión del lugar que ese mandato constitucional ocupa como protección social en una sociedad democrática en el siglo XXI.

El despido arbitrario como acto ilícito, fundado en el derecho a la estabilidad y el derecho al trabajo, respondía a una construcción social en la cual el trabajo ocupaba un rol central en la organización de la sociedad.

La sociedad industrial creó un sistema de producción de riqueza a través de la producción y, entonces, el trabajo industrial pasó a ser un hecho social valorado como una participación social en la creación de riqueza. Por eso *se busca trabajo y se pierde el trabajo*, cuando en verdad lo que se busca y se pierde es el salario, porque aquello se refiere a la oportunidad de participar en la producción social de riqueza. En la medida en que el trabajo proveído por la empresa era el canal de participación en la creación de riqueza, se buscaba aquél como forma de realización social.

Ésta es la *ética del trabajo* a la que refiere Zygmunt Bauman cuando manifiesta que “en la era clásica de la moderna sociedad industrial, el trabajo era, al mismo tiempo, el eje de la vida individual y el orden social, así como la garantía de supervivencia (‘reproducción sistémica’) para la sociedad en su conjunto”²⁶. La importancia social del trabajo, al menos en la cultura occidental, es destacada por Dominique Meda, quien afirma –comentando unas encuestas realizadas en Francia– que “tener un trabajo constituye una condición sine qua non de vida ‘normal’ para la mayoría de las personas. El trabajo constituye la principal fuente de ingresos, pero también de sentimientos y de la realidad de la integración social. No se dice nada sobre la cantidad de trabajo necesario para llegar a ese objetivo: tener un trabajo, es decir, un empleo, es tener medios para vivir, es la primera condición de vida en nuestras sociedades modernas”²⁷.

²⁶ BAUMAN, Zygmunt, *Trabajo, consumismo y nuevos pobres*, Gedisa, Barcelona, 2000, p. 33.

²⁷ MEDA, Dominique, *¿Qué sabemos sobre el trabajo?*, en *Revista de Trabajo*, Año 3, N° 4, Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la República Argentina, Buenos Aires, enero-noviembre de 2007, p. 29.

El paradigma de la ley 20.744 en el año 1974 respondía a la idea del trabajo masculino remunerado en ámbitos localizados preferentemente en una fábrica o comercio, en el cual el hombre-proveedor de su familia (constituida en una relación de matrimonio con una mujer) se ubicaba socialmente a través de su *estatus* de trabajador subordinado. Y el despido arbitrario, entonces, rompía ese orden social. Sostienen Antonio Baylos y Joaquín Pérez Rey que “la empresa, a través de la privación del trabajo a una persona, procede a expulsarla de una esfera social y culturalmente decisiva, es decir, de una situación compleja en la que a través del trabajo ésta obtiene derechos de integración y de participación en la sociedad, en la cultura, en la educación y en la familia. Crea una persona sin cualidad social, porque la cualidad de la misma y los referentes que le dan seguridad en su vida social dependen del trabajo”²⁸.

La sociedad actual se encuentra en plena discusión de ese lugar del trabajo subordinado como el elemento de orden social que ubica a las personas en sus relaciones individuales y colectivas. Los cambios sociales están planteando una crisis del paradigma. Para bien, la idea del hombre-proveedor (*breadwinner*) comienza a desaparecer mientras las mujeres (en verdad, *todas las personas en la sociedad*, más allá de su género) asumen los distintos roles en la sociedad, lo cual incluye la posibilidad de obtener la ganancia de un salario y, en consecuencia, la interpretación de aquel mandato constitucional de protección contra el despido arbitrario debe acompañar los cambios sociales, a efectos de ser una verdadera garantía constitucional.

Superando la idea de contrato transaccional, la teoría del contrato *relacional* de trabajo lleva a reconsiderar los daños que el despido arbitrario genera a la persona que trabaja en la nueva estructura social, pues si la gobernanza del acuerdo está a cargo de *la relación*, ésta se decide a nivel constitucional en la organización social. Si los cambios sociales se traducen en cambios constitucionales, la relación que gobierna la dependencia recibe esos cambios e interpela

²⁸ BAYLOS, Antonio y PÉREZ REY, Joaquín, *El despido o la violencia del poder privado*, Trotta, Madrid, 2009, p. 44.

la capacidad del sistema jurídico para proveer una adecuada protección conforme el mandato constitucional.

Del modo en que está regulado el sistema jurídico argentino al momento de redacción de este ensayo y conforme la interpretación doctrinal mayoritaria, el despido arbitrario tiene la característica de libertad en la decisión del sujeto empleador propia del sistema norteamericano de *employment at will*, por lo cual la parte empleadora puede decidir en cualquier momento y por cualquier razón la terminación de la relación laboral, pero bajo una estructura regulatoria que hace que la doctrina entienda que la persona que trabaja tiene un derecho de *estabilidad* en el empleo (aun invocando fundamentos constitucionales y convencionales). Esta combinación fatal crea el escenario para la conformación de una relación por la cual la persona que trabaja desarrolla su actividad confiando en una conducta cooperativa del empleador, que se encuentra asegurada por medio de su derecho a la *estabilidad*; pero las *expectativas* que esa relación genera en verdad se encuentran expuestas abiertamente a la posibilidad unilateral y libre del despido *arbitrario*.

De este modo, el sistema favorece el desarrollo de expectativas en la *relación laboral* que el sistema regulatorio del *contrato de trabajo* no protege.

Esta combinación hace que, al momento del despido, la persona se encuentre en un estado agravado de *vulnerabilidad*, pues las expectativas generadas en la relación son de pronto negadas; y siendo que el despido extingue el contrato por el acto de su comunicación por el empleador a la persona que trabaja, esta última no tiene la posibilidad de ajustar su conducta y expectativas para lograr mantener la relación. Es decir, el Derecho del Trabajo niega a la persona que trabaja lo que el artículo 1011 del Código Civil y Comercial regula para los contratos de duración.

En el Derecho del Trabajo argentino actual, tal como se concibe el despido arbitrario como acto *ilícito* pero válido para extinguir inmediatamente a su comunicación el contrato de trabajo, la persona que sufre el despido arbitrario no sólo pierde su ingreso económico, sino que se enfrenta súbitamente a la incertidumbre de la vida misma.

De esta manera, el despido arbitrario coloca a la persona que trabaja en una posición de *vulnerabilidad social*.

La concepción de protección constitucional como indemnidad es incompatible con la idea de vulnerabilidad social. El *principio protectorio* del artículo 14 bis de la Constitución Nacional implica un espacio de *libertad* de la persona que trabaja, de límite al poder de organización y dirección de la persona empleadora al cual se encuentra sometida. Pero el respeto que dicho límite impone requiere de prestaciones efectivas que lo materialicen, es decir, no sólo imponen a la persona empleadora una conducta de abstención respecto de los derechos fundamentales de la persona que trabaja sino que, además, ese espacio de libertad, para el pleno ejercicio de estos derechos, requiere de prestaciones positivas de la parte empleadora, lo cual implica, entonces, restringir las propias facultades constitucionales de la empresa a favor de aquella libertad. En este escenario de conflicto a nivel constitucional se desarrolla la relación de trabajo y, como expuse anteriormente, esto hace del despido un conflicto *relacional* de nivel constitucional.

La idea de trabajo subordinado *libre* se asume como negación del trabajo forzoso, esclavo o de por vida, implicando de esta manera la posibilidad de la persona que trabaja de retirarse de esa situación de subordinación. En este sentido, la idea de *contrato* fue útil a efectos de explicar la pérdida de libertad que implica la subordinación, superando la subordinación por *estatus* que imponían los modelos de casta, esclavitud, servidumbre o vasallaje.

Sin embargo, la protección de los derechos fundamentales de la persona que trabaja implica una nueva idea de *libertad*, ahora hacia adentro de la dependencia laboral. Ya no sólo se trata de poder libertarse de la subordinación por propia decisión (renuncia), sino también de reservar un espacio de *libertad* dentro de la subordinación, dentro del cual el sujeto empleador debe abstenerse de ingresar, un espacio con un *perímetro protector* en palabras de Carlos Nino²⁹.

Y tratándose de la garantía de protección de un derecho fundamental

²⁹ NINO, Carlos, *Ética y derechos humanos*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2017, p. 31.

(la subsistencia de la persona), la reglamentación normativa no puede ser indemnizatoria sino *preventiva* del daño. Entonces, para que esa garantía sea un correcto relleno del espacio de libertad impuesto por el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, el efecto protectorio sobre la capacidad de consumo que regula el artículo 245 de la ley 20.744 debe producirse *ex ante* del despido arbitrario, pues la única forma de preservar la dignidad de la persona que trabaja en el marco de un sistema constitucional de protección contra el despido arbitrario es conjurar el efecto dañino y nocivo del despido, impidiendo que la decisión empresaria coloque inmediatamente a la persona que sufre el despido en un estado de vulnerabilidad social.

En definitiva, la libertad de la persona que trabaja en forma subordinada implica que la persona asume un *trabajo digno*. Solamente la prestación de trabajo en condiciones de dignidad permitirá a la persona que trabaja ejercer la libertad hacia adentro de la relación de subordinación que el principio protectorio le reconoce a nivel constitucional. Evidentemente el trabajo esclavo o forzoso no es trabajo digno ni libre, pero tampoco lo es el trabajo insalubre, insuficientemente remunerado, inseguro, etcétera. Y, en lo que interesa en este ensayo, tampoco es un trabajo digno aquel en el cual el despido *arbitrario* tiene no sólo el carácter de libre (a voluntad de la parte empleadora), sino que, además, tiene la fuerza nociva de colocar en forma inmediata a la persona que lo sufre ante la *incertidumbre* de su propia subsistencia económica, lo que implica un estado de *vulnerabilidad*.

6. A modo de conclusión: la protección de la democracia como marco de discusión de la protección contra el despido arbitrario

La sociedad actual en la cual se debe interpretar la regulación jurídica de la protección contra el despido arbitrario del artículo 14 bis de la Constitución Nacional de la República Argentina es una sociedad democrática, como expresión política de un sistema social que reclama la participación de todas las personas en el desarrollo de esa sociedad.

La sociedad democrática del siglo XXI requiere de personas que puedan asumir sus decisiones personales y sociales con capacidad de

decidir en libertad. Esa libertad implica la concreción efectiva del respeto a los derechos fundamentales de las personas, dentro de los cuales se incluyen, sólo como ejemplo, la libertad de informarse, de educarse, de acceder al cuidado de su salud, etcétera. Y el despido arbitrario, como ponderación constitucional, debe ubicarse en ese contexto democrático, por lo cual el mandato del artículo 14 bis de la Constitución Nacional debe entenderse como una protección a la libertad de la persona en su capacidad de autodecisión de su proyecto de vida individual y colectivo. En este sentido, Antonio Baylos se refiere al despido como “un acto de fuerza –un acto violento que rompe el ligamen social de la persona que trabaja y la coloca en una situación de disminución de derechos–. Al ser el trabajo la base de los derechos básicos que permiten hablar de un ciudadano libre e igual en derechos, el trabajo es la base de la ciudadanía y la pérdida del mismo implica una degradación de la condición ciudadana de quien lo sufre, una alteración de ese status en una democracia madura que le coloca en una situación de subalternidad política y social”³⁰.

En este escenario, la protección del artículo 14 bis de la Constitución Nacional en relación con el despido *arbitrario* debe garantizar que *el proyecto de vida* de la persona que trabaja en forma dependiente, en lo que hace a las expectativas que ese estatus genera, no quede a merced del daño arbitrario del despido.

En lo estrictamente económico, en lo que hace al objeto de este ensayo vinculado al artículo 245 de la ley 20.744, debe garantizarse la indemnidad de la expectativa de capacidad de consumo de bienes y servicios, lo cual representa, como afirma Rolando Gialdino³¹, un ingreso suficiente *necessarium personæ*, que sea capaz de otorgar satisfacción a los intereses que hacen a una vida digna de la persona que trabaja y su grupo familiar³². Pero, en la medida en que el despido arbitrario implica la posibilidad de colocar súbitamente a la persona

³⁰ BAYLOS, Antonio, *El despido individual y la garantía judicial del derecho al trabajo*, en *Derecho y Sociedad*, N° 37, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2011, p. 41.

³¹ GIALDINO, Rolando, *El salario mínimo como garantía del derecho humano a vivir en dignidad*, en L. L. 2016-A-1174; cita online: AR/DOC/529/2016.

³² CSJN, 20-5-60, “Prattico, Carmelo c/Basso y Cía.”, *Fallos*: 246:345.

que trabaja en un estado de vulnerabilidad, de *inseguridad social* como lo refiere Robert Castel³³, en el cual es incapaz de proyectar su vida y de decidir libremente en una sociedad democrática, entonces ese despido arbitrario, en su concepción amplia, implica un poder privado que obstaculiza la construcción de una sociedad democrática. Desde este punto de vista, la *razonabilidad* de la ponderación de los derechos constitucionales implicados en la relación laboral reclama la *protección* de la persona que trabaja más allá de la garantía de indemnidad de su capacidad de consumo de bienes y servicios.

Desde este punto de vista, el despido *arbitrario* ya no sólo implica una regulación del poder hacia adentro del contrato, sino que implica una regulación de un poder en el marco de una *sociedad democrática*. Es un poder fuera del contrato, pues su ejercicio ya no afecta a las partes contractuales sino a la sociedad en su conjunto. La libertad de la persona implica también la posibilidad de *autodecidir* sobre su vida, concepto éste distinto a la libertad que se pone en juego al asumir la relación de subordinación. Esta última implica aceptar, por un período de tiempo limitado, la voluntad de otra persona sobre la propia; la libertad de autodecisión, en cambio, implica conservar la posibilidad de tomar decisiones sobre la propia persona en una sociedad democrática.

En la forma en que el despido *arbitrario* está concebido en la actualidad por la doctrina iuslaboralista, la *subordinación* se transforma en *dominación*, en los términos de Ian Shapiro³⁴, pues el poder de organización y dirección empresarios se proyectan y se ejercen sobre la libertad de la persona, afectando su acceso a los recursos básicos de su subsistencia y condicionando su existencia misma en una sociedad democrática.

Y si la sociedad, políticamente organizada, concede a algunos individuos la posibilidad de beneficiarse con el ejercicio del comercio y la industria (art. 14, CN), aun limitando su responsabilidad personal patrimonial (Ley General de Sociedades), porque se entiende que eso

³³ CASTEL, Robert, *La inseguridad social. ¿Qué es estar protegido?*, Manantial, Buenos Aires, 2015.

³⁴ SHAPIRO, Ian, *Sobre la no-dominación*, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 35, Universidad de Alicante, Marcial Pons, Alicante, 2012, ps. 589-628.

es beneficioso en la construcción social, no por ello la sociedad debe permitir que el poder que se crea en la empresa sea utilizado para colocar a otros individuos de la sociedad en situación de vulnerabilidad. Si ello sucede, entonces unas personas son capaces de restringir la libertad de otras personas en el marco de la sociedad, con lo cual la convivencia democrática se lesiona seriamente.

No puede esperarse que una persona se desenvuelva libremente tomando las decisiones en forma democrática que mejor estime para el conjunto de la sociedad, cuando se encuentra a merced de la decisión de otra persona que, privilegiando otros intereses, la coloca en un estado de vulnerabilidad social. El desarrollo de la teoría *relacional* de protección contra el despido arbitrario se construye desde esta visión política, con base en la sociedad democrática, utilizando como herramienta jurídica la teoría *relacional* del contrato de trabajo.

Graciela Brunet cita a Norberto Bobbio en cuanto afirma que “el problema de fondo relativo a los derechos humanos no es hoy tanto el de justificarlos como el de protegerlos. Es un problema no filosófico, sino político (Bobbio, 1991, 62)”³⁵. En relación con el despido arbitrario, la posición constitucional de cada parte es clara (y repetida hasta el hartazgo en cada defensa de la licitud o ilicitud del despido); cada una de esas posiciones está justificada, ahora la tarea es cumplir el mandato protectorio.

Destaco especialmente, con especial énfasis, que el sistema que se propone en este ensayo sólo implica un cambio en la interpretación doctrinal (y jurisprudencial) de los textos jurídicos actualmente vigentes, sin necesidad de reformas legislativas. Sólo se trata que desde la doctrina y la jurisprudencia se cambie, radicalmente, el modo de interpretar los textos legales vigentes. Comentando el sistema jurídico laboral español, afirma Antonio Baylos que “la ley restringe la libertad del empresario para despedir sobre dos grandes líneas de acción: la limitación de la arbitrariedad empresarial y la reparación del daño por

³⁵ BRUNET, Graciela, *Libertad e igualdad en la Modernidad: el concepto de derechos humanos*, en AA. VV., *Justicia, democracia y derechos humanos. Un enfoque filosófico*, Ediciones UNL, Santa Fe, 2020, p. 119, cit. a BOBBIO, Norberto, *El tiempo de los derechos*, trad. de Rafael de Asís Roig, Sistema, Madrid, 1991.

la pérdida del empleo”³⁶. En la interpretación doctrinal predominante del sistema argentino actual ambas –arbitrariedad empresarial y reparación del daño– son entendidas en el sentido menos protectorio, desnaturalizando la garantía del mandato constitucional. Espero que los argumentos expuestos en este ensayo, y la herramienta de la teoría del contrato relacional de trabajo, sean suficientes a efectos de disparar una discusión académica sobre un cambio en el statu quo de la interpretación del despido arbitrario, hacia una mayor protección social de la persona que trabaja, como sujeto vulnerable en el marco de una sociedad democrática.

³⁶ BAYLOS, *El despido individual y la garantía judicial del derecho al trabajo* cit., p. 39.

DERECHO DEL TRABAJO. “DE LEGE FERENDA”

por GRACIELA A. GONZÁLEZ

Somos conscientes de que toda tarea humana es perfectible; por consiguiente, no puede existir una resistencia atendible o justificada al cambio.

Sabemos también que repetir siempre las mismas conductas no puede llevarnos válidamente a mejorar o modificar la realidad circundante. No podemos esperar cambios si realizamos los mismos actos y actividades anteriores.

Por consiguiente, para lograr esos cambios debemos detenernos a analizar la realidad del mundo del trabajo e identificar los problemas que presenta.

En primer lugar sabemos, por los estudios del contexto social, que ha aumentado considerablemente la pobreza en nuestro país.

También sabemos que existe una asignatura pendiente en el Derecho Laboral, que es el análisis de una cantidad preocupante de trabajadores informales.

Huelga poner énfasis en los problemas que acarrea, para los trabajadores, la existencia de una contratación irregular (la falta de protección frente a los infortunios laborales, la inexistencia de una obra social personal y para la familia, así como la ausencia de un beneficio previsional, entre otras distintas carencias, que impone dicha situación).

No existe ninguna duda de que ambos problemas se encuentran vinculados.

La prestación informal o irregular genera la percepción de remuneraciones inferiores a las que se reconocen en el trabajo regular.

Además existe una profusión de trabajadores cuentapropistas o que realizan changas y que deben procurarse el sustento diario, más allá de la insuficiente ayuda estatal que se logra a través de planes y beneficios sociales, todo lo cual arroja como resultado el aumento de la cantidad de hogares en situación de pobreza.

Esta realidad pone de manifiesto la necesidad acuciante de incrementar la productividad y crear nuevas fuentes de trabajo formal, porque lo que advertimos es que en los últimos años ha aumentado notoriamente el trabajo irregular, frente a la cantidad de trabajadores formales.

También tenemos hoy otro tipo de clientes que esperan la atención que puede brindar nuestra disciplina.

Ya el análisis no se limita a la realidad industrial o de los empleados de comercio. Cabe prestar atención a los llamados trabajadores de plataformas, los trabajos adjudicados mediante algoritmos, que tienen un núcleo duro de trabajo subordinado y a cuyo alrededor puede generarse otro tipo de vinculación.

Estamos frente a negocios nuevos, que crean trabajos nuevos.

También observamos circunstancias económicas que han complicado profundamente la vida de los argentinos.

Por ejemplo, la época de la pandemia del coronavirus, COVID-19, con sus consecuencias disvaliosas para la vida de todos los habitantes en general y de los trabajadores en particular, especialmente los informales.

Una realidad económica teñida por un fuerte aumento de la inflación, que llega a índices excesivos.

La existencia de una invasión territorial que ha desencadenado una guerra entre Rusia y Ucrania, extremo que afectó y encareció, notoriamente, la provisión de energía en el mundo.

Y el acaecimiento de una sequía¹, que complicó severamente la provisión de alimentos.

Todos estos fenómenos coyunturales provocan y dan como resultado una realidad seriamente preocupante, que incide directamente en el Derecho Laboral y plantea interrogantes respecto a su normativa.

En consecuencia, partimos de un escenario complejo, con multi-

¹ Diario *La Nación*, del 5-7-2022, Sección *Campo*.

plicidad de cuestiones, que nos informan acerca de una realidad que debemos considerar, en beneficio de los actores del Derecho del Trabajo, tanto trabajadores como empleadores, sin omitir prestar atención a los representantes sindicales, autores imprescindibles en la solución de este complejo panorama.

¿Cuáles serían las soluciones posibles frente a esta difícil realidad?

Lo cierto es que hoy la Argentina no genera riqueza genuina. Además, cada vez crece más la pobreza.

El número de familias que no generan ingresos para cubrir la canasta básica no ha parado de crecer en las últimas décadas.

En el 2020 la pobreza escaló del 35,5% al 42% y afectó a 19 millones de argentinos, y llegó en el Conurbano del Gran Buenos Aires al 51%.

Según el Instituto Nacional de Estadística y Censos de la República Argentina (Indec) los resultados del segundo semestre de 2022 correspondientes al total de conglomerados urbanos registraron que el porcentaje de hogares por debajo de la línea de pobreza (LP) alcanzó el 29,6%; en ellos reside el 39,2% de las personas.

Dentro de este conjunto se distingue un 6,2% de hogares por debajo de la línea de indigencia (LI), que incluyen al 8,1% de las personas. Esto implica que, para el universo de los 31 aglomerados urbanos de la EPH (Encuesta Permanente de Hogares) por debajo de la LP se encuentran 2.928.152 hogares, que incluyen a 11.465.599 personas; y, dentro de ese conjunto, 614.043 hogares se encuentran por debajo de la LI, lo que representa 2.356.435 de personas indigentes.

Asimismo, a pesar de la ayuda social, la indigencia pasó del 8,2% en el primer trimestre de 2022 al 8,8% en el mismo período de 2023². En síntesis, la pobreza ascendió hasta el 39,2% en el segundo semestre del 2022, que alcanza a 18 millones de personas; la incidencia proyectada fue de un promedio ponderado de una tasa de pobreza estimada en 41,2% para diciembre de 2022, 42,3% para el primer trimestre de 2023 y 46% para el bimestre abril-mayo de 2023³.

² Diario *La Nación*, del 5-8-2023, sobre la base de microdatos de la EPH, publicada por el Indec.

³ Según el análisis de UTDT, del 16-6-2023.

El 2022 mostró que el 61,3% de los chicos de nivel socioeconómico medio son pobres, mientras que en 2019 esa cifra era del 54,4%. O sea que hubo un aumento de proporción en sólo tres años⁴.

En tan sólo un año, entre el primer trimestre de 2022 y el mismo período de 2023 y como consecuencia de la aceleración en el país, los ingresos de las familias pobres y de clase media cayeron más que durante los dos años de la pandemia⁵.

Se produjo un fenómeno caracterizado por la reducción del trabajo formal y el aumento del trabajo informal.

En 2016 el empleo formal era del 50% del total del empleo y actualmente es del 46%⁶.

Contamos con paliativos, como el AUH⁷, el IFE⁸ y la tarjeta Alimentar, asignación por embarazo, el Plan Progresar, entre otros, pero eso no alcanza.

Los números son suficientemente elocuentes; en los 70 la pobreza llegaba al 4%.

Por eso debemos plantearnos la creación de puestos de trabajo registrados.

La creación de trabajo genuino como forma de enfrentar la realidad y superar la pobreza.

En el 2020, con motivo de la pandemia, se perdió una gran cantidad de empleos y algunos que subsisten hoy son de menor calidad.

Según la OIT, en su Informe anual, la recuperación económica registrada en 2021 en la región latinoamericana, con un crecimiento superior al 6%, no fue suficiente para recuperar los empleos perdidos. De los 40 millones de puestos de trabajo que se habían perdido, en el peor momento de la crisis por la pandemia en el segundo trimestre de 2020, aún faltan por recuperar 4,5 millones.

¿Cuál es el índice de trabajo informal en Argentina?

⁴ Barómetro de la Deuda Social de la Infancia (UCA).

⁵ Según un cálculo realizado por la consultora ex-Quanti, con base a datos de la EPH del Indec.

⁶ Lorenzo Sigaut Gravina, publicado en el diario *La Nación*, del 13-7-2023.

⁷ Asignación universal por hijo.

⁸ Ingreso federal de emergencia.

Según la OIT, el trabajo no registrado afecta al 45% de los trabajadores.

No es ésta la primera crisis que afrontamos en nuestro país; podemos recordar: el Rodrigazo, en 1975; en los 82, Malvinas; en los 89/90, hiperinflaciones; en 1995, Tequila; en 2001/2002, salida de la convertibilidad, donde la pobreza trepó al 57,5%, etcétera, y siempre el mercado se ha activado, sin un modelo sostenible.

Es hora de que modifiquemos esta conducta.

Además, en las sucesivas crisis, según el director del Observatorio de la Deuda Social de la UCA, Agustín Salvia, se deteriora todo del mercado laboral, porque los empleos son menores numéricamente y de menor calidad. Sostiene que se pierden puestos de trabajo, hay menos horas laborales y las remuneraciones también caen, proporcionalmente⁹.

La pobreza se nutre de la informalidad y la precarización de los trabajadores.

Además, la radiografía de la pobreza revela que en el porcentaje de pobres hay una gran cantidad de chicos y chicas menores de 14 años, son más de 6.300.000 niños, esto es así pese a la AUH y la tarjeta Alimentar, lo que demuestra que son ayudas insuficientes para paliar la pobreza. Después están los que tienen entre 15 y 29 años, que son 5.300.000.

El Indec informó que la pobreza infantil alcanzó el 51,4% en el segundo semestre del 2021 y afecta a 5,5 millones de menores de 14 años. De ese total, el 38,8% son pobres no indigentes, mientras que el 12,6% son indigentes¹⁰.

El mercado laboral está integrado aproximadamente por 18 millones de personas que tienen o buscan trabajo. De esa masa, 6,3 millones tienen empleos formales (igual que en el 2017) y 3,5 millones son del sector público, lo que evidencia que una masa importante de la población económicamente activa lo hace por fuera del sistema.

En efecto, tenemos 4 millones de asalariados informales y 4 millones de cuentapropistas.

⁹ Conf. Agustín Salvia, director del Observatorio de la Deuda Social de la UCA.

¹⁰ Informe del 30-3-2022.

Estos índices reflejan que más de la mitad del mercado laboral son empleados públicos o están fuera del sistema.

El desempleo representa un guarismo muy importante que hay que atender; por lo tanto, la asistencia brindada a través de diferentes y variados planes a esta parte de la población es necesaria, pero no debe ser permanente, y tampoco debe ser sin contraprestación.

El desempleo afecta más a los jóvenes que a los adultos en nuestro país. La tasa de desempleo en los jóvenes duplica a la de la población adulta y viene ampliándose desde 2004.

La Argentina es el país con mayor desempleo juvenil de la región y afecta más a los menores provenientes de hogares de menores ingresos.

Mientras el 26% de los jóvenes del quintil más bajo de ingreso es desempleado, sólo el 9% de los jóvenes del quintil más alto está en esa situación.

El género es otro predictor de vulnerabilidad laboral: el 25% de las mujeres jóvenes están desempleadas, frente al 15,4% de los varones. Y estos últimos son datos previos a la pandemia¹¹.

Como señaláramos, según datos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) unos ocho millones de personas, es decir, el 45% de los trabajadores en la Argentina, están ocupados, pero en condiciones de vulnerabilidad. Las mujeres son las más afectadas.

Las personas que trabajan en condiciones de informalidad en América Latina y el Caribe tienen entre dos y cinco veces más probabilidades de encontrarse en situaciones de pobreza, en particular en un momento en el cual los ingresos de los hogares están siendo golpeados por el aumento de la inflación, señaló la OIT.

“Existe una vinculación muy fuerte entre estar en un trabajo informal y vivir en la pobreza”¹².

En Argentina el 45% de los trabajadores son informales, lo que significa que más de 8 millones de personas están ocupadas, pero insistimos, en condiciones de vulnerabilidad.

¹¹ Diario *La Nación*, del 15-5-2021, Sección *Comunidad de Negocios*, p. 9.

¹² Sostiene la especialista regional en Economía Laboral de la Oficina de la OIT para América Latina y el Caribe Roxana Maurizio.

Según la OIT, la brecha salarial entre hombres y mujeres a nivel mundial es superior al 21% y en la Argentina es más elevada: entre el 24,1% y el 25%.

El colectivo transgénero, travestis y transexual sufre una gran exclusión. Más del 90% tiene informalidad laboral y entre un 90% y 95% encuentra su sustento en la prostitución.

Educación.

Sin educación no existe innovación.

Sin formación adecuada carecemos de la capacidad necesaria para pensar distinto, que es el elemento que nos exige la innovación.

Debe continuarse con la formación de trabajadores a fin de complementar la educación formal con la informal y transmitir conocimientos, tanto duros como blandos.

Hay que dar espacio a la creatividad y la innovación. Brindar conocimientos que ayuden a pensar. Lo cierto es que algunos tipos de aprendizajes quedaron obsoletos, por una simple razón: los robots llegaron para cumplir las funciones repetitivas y la inteligencia artificial reemplazará al ser humano, posiblemente, en muchas actividades.

Además, debemos pensar en incorporar a los jóvenes al mundo del trabajo.

No alcanza con regular pasantías o contratos de aprendizaje.

Hay que incorporar a los programas educativos, en la formación de nivel secundario, materias de prácticas laborales, que preparen a los jóvenes para ingresar y desenvolverse en las diferentes actividades laborales.

En Alemania existen programas de estudio que permiten a los jóvenes que cursan los últimos años del colegio secundario efectuar prácticas laborales en diferentes empresas.

No podemos pretender que nuestros jóvenes consigan experiencia laboral si no organizamos la forma de que los mismos la adquieran adecuadamente, como parte de su formación educativa.

Muchas universidades facilitan a sus estudiantes una salida laboral. Deberíamos trabajar para que todas las casas de altos estudios puedan brindar a sus estudiantes un departamento laboral, que permita a los

nuevos profesionales dar sus primeros pasos en empresas o industrias que conforman el mundo del trabajo.

Capacitación y formación.

También resulta de suma importancia la tarea desarrollada tendiente a la capacitación y formación de los empleados y trabajadores de las distintas empresas, ya que sin capacitación adecuada resulta difícil ascender en la pirámide laboral, salvo excepciones.

Los cargos de dirección y de organización quedan reservados a los dependientes con mejor formación.

En consecuencia, resulta necesario poner énfasis en la importancia de la capacitación y formación del personal.

Los adelantos tecnológicos nos imponen actualmente mayores exigencias; por ende, si queremos estar a la altura de dichos adelantos, debemos prepararnos para atender los nuevos desafíos.

Capacitación tecnológica.

En ese orden de ideas, un capítulo especial debe tener la tecnología, ya que en principio la tecnología nos hace más inteligentes.

Debemos aceptar la incorporación en nuestras empresas de la inteligencia artificial, la Internet de las cosas, la robotización y el metaverso.

Hoy se presenta la incorporación de la realidad virtual como un instrumento que usan las empresas para capacitar a sus empleados.

Así, por ejemplo, las simulaciones se usan para recrear entornos laborales.

Permiten que las personas retengan más información que si leen un documento o reciben una explicación oral. Por ende, el aprendizaje es más efectivo, porque es activo y permite experimentar.

Es un medio de ensayo/error sin consecuencias, por ejemplo: se utiliza en el aprendizaje de maquinarias pesadas, en la reparación de equipos de alto voltaje o en entornos que podrían llegar a ser tóxicos.

Se usa también en la preparación y capacitación del personal que debe desempeñarse en áreas donde es clave la seguridad, por ejemplo, la actividad aeronáutica o para la capacitación de empleados de fábricas, donde existen procesos cuyos entrenamientos serían riesgosos o en lugares donde no se pueden hacer personalmente.

También lo incorporan empresas para inducir a los nuevos empleados en la cultura de la empresa.

Éste es el caso de Cervecería y Maltería Quilmes, que tiene un sistema de realidad virtual para que quienes ingresan a la organización puedan pasear y experimentar cómo se trabaja en la planta de producción de cerveza que la empresa tiene en la localidad de Quilmes, y en definitiva conocen no sólo el proceso de fabricación sino la historia de la empresa.

También existen desarrollos de realidad virtual para los procesos de selección de personal. Se realizan entrevistas grupales y se les propone la participación en juegos de rol y otras técnicas, para observar cómo se desenvuelven los candidatos frente a la adversidad o ante un desafío concreto. O se utiliza una aplicación que permite seleccionar los diferentes currículums buscando el perfil de empleado que se necesita.

En la Unión Europea, la jurisprudencia ha desautorizado que el despido se concrete por medio de una aplicación informática, requiriéndose siempre la intervención humana.

El futuro de un país depende de generar innovación, de la ciencia y la tecnología.

El futurista Raymond Kurzweil acuñó el término “singularidad tecnológica” para describir el momento en que las computadoras, según su opinión, tomarán el mando, y predice que eso sucederá en el 2040¹³.

En 1998 publicó *La era de las máquinas espirituales*, donde planteó la existencia de un mundo con profundos avances tecnológicos.

Sobre estos temas también informa Klaus Schwab en su libro *La Cuarta Revolución Industrial*¹⁴.

Crecimiento económico.

La economía en nuestro país requiere del crecimiento del PBI¹⁵.

Lograrlo no es tarea sencilla, aunque deberíamos pensar en aumentar

¹³ Ver “11 predicciones de futuro” de Ray Kurzweil por Dimas Pardo, en *Last updated*, del 19-7-2019, *Cultura geek, Tecnología*.

¹⁴ *Revista Debate*, Penguin Random House, Grupo Editorial España, España, 2016.

¹⁵ Producto bruto interno.

la productividad y las consecuentes exportaciones de los productos industriales y de las materias primas.

Resulta imperioso incrementar la oferta de bienes y servicios. Aumentar la productividad, interpretada como sinónimo de crecimiento del producto bruto interno, con equidad.

Se deben crear condiciones económicas que potencien la inversión. Tanto cambiarias como impositivas. Que el ahorro se oriente a la inversión.

Frente a esta realidad debemos plantearnos que no existen compartimentos estancos en los problemas que debemos afrontar; por eso se necesita, tanto para el análisis como para la resolución de los conflictos que se plantean, que recurramos a la creación de equipos multidisciplinarios.

¿Cómo encontramos una solución a esta crisis que hoy enfrentamos?

¿Esa respuesta la pueden brindar exclusivamente las normas del Derecho Laboral?

Considero que la solución debe abarcar un análisis general y profundo que nos permita pergeñar soluciones que lleven a atender adecuadamente las necesidades descriptas. Por lo tanto, debemos recurrir al estudio del problema y a la búsqueda de soluciones consultando expertos en diferentes disciplinas.

Hoy el especialista en Derecho del Trabajo debe recurrir a la economía para entender los problemas presentes y buscar las posibles soluciones, también a la sociología, a la psicología, al cuidado del medio ambiente, a la prevención en todos los órdenes de la vida, etcétera.

La complejidad del problema nos lleva a considerar distintas realidades.

Tesla nos enseñó que no es sólo una empresa que fabrica y vende autos; es una empresa tecnológica que vende sustentabilidad ambiental, utilizando recursos para contaminar menos. Ha crecido la producción de autos híbridos, que utilizan dos tipos de combustible provenientes del petróleo y de la electricidad. Y ya se están fabricando y vendiendo en el mercado automóviles exclusivamente propulsados por electricidad.

Vivimos en un mundo nuevo. El ejemplo más elocuente de la mul-

tifunción que algunos bienes tienen en la actualidad es el celular. Con él, además de utilizarlo como una computadora, agendar datos, sacar fotos, llevar la agenda, se puede pagar servicios, comprar cosas, interactuar con un cliente que está a kilómetros de distancia o ver las cámaras de seguridad de un comercio, desde donde se encuentre el interesado, y encender el aire acondicionado de una casa antes de llegar, etcétera.

Se está hablando de la nueva arquitectura de las ciudades. Los centros urbanos de todo el mundo están cambiando. Los desarrolladores inmobiliarios nos enseñan que la gente prefiere ahora vivir a cierta distancia del centro en busca de espacio y naturaleza e ir allí en escasas oportunidades. Estudios de abogados, agentes financieros y empresas adaptaron sus espacios físicos al trabajo realizado a distancia, al teletrabajo, previendo que los empleados irán en contadas oportunidades, es decir, algunos días a la semana a la sede u oficina de la empresa, y preferirán mantener el trabajo remoto.

Nuestra geografía urbana se está modificando, extremo que se advierte al contemplar la poca afluencia de personas que se movilizan en el centro de las ciudades, otrora densamente poblado.

También encontramos nuevos empleos que son gerenciados por algoritmos y que están dirigidos a empleados que se conectan de acuerdo a sus posibilidades e intereses, mediante una aplicación informática, y no tienen obligación de cumplir un horario fijo.

El Derecho del Trabajo no puede encerrarse en un mundo de normas e institutos laborales, sino que debe salir a descifrar el mundo real con todos sus problemas e interrogantes; debe proyectar para perseguir la generación de puestos de trabajo en la economía formal e incrementar la capacitación para obtener la preparación necesaria de las personas para cada trabajo.

En tal contexto, algo debemos hacer frente al trabajo informal, frente a cómo se reduce el amplio porcentaje que vemos que existe en el mundo del trabajo, de trabajadores, que no cuentan con la protección necesaria, porque desempeñan empleos no registrados.

Se debe aumentar la creación de empleos.

Capacitar a las personas para que puedan desempeñar nuevos trabajos.

Regular a las microempresas, proyectando normas específicas que permitan su crecimiento y desarrollo.

Beneficiar a las empresas a fin de que creen empleos registrados (beneficios impositivos).

Revisar los planes sociales para que tal aporte resulte constructivo y permita a sus destinatarios insertarse en el mercado laboral.

Debemos implementar proyectos para modificar la tarjeta Alimentar por Planes Trabajar, así como reformular los Planes Potenciar Trabajo.

En síntesis, debemos perseguir la transformación de los planes sociales, cualquiera sea su naturaleza y denominación por trabajo genuino.

Para esto se requiere también enfocarnos en la educación y formación laboral. En la capacitación de los jóvenes en oficios que puedan ser gestionadas y certificadas por el Ministerio de Trabajo, por ejemplo, para que haya gasistas matriculados, o electricistas profesionales, entre otros.

Se trata de realizar una política integral para la mejora de la empleabilidad de trabajadores en situación de vulnerabilidad. El plan debe abarcar a los desempleados, a los trabajadores informales y a los jóvenes que aún no han ingresado en el mercado laboral.

Psicología.

La psicología, por su parte, puede aportarnos elementos para de-sentrañar la realidad circundante, por lo menos la psicología del comportamiento, que nos describe la conducta de los ciudadanos, frente a las diversas problemáticas.

Una de las consecuencias que se empieza a advertir entre las personas que trabajan es la desmotivación y la falta de energías.

Los efectos de una pandemia han sido estudiados por psicólogos, neurólogos y psiquiatras, ya desde las primeras cuarentenas.

Se presentan en la población problemas cognitivos, mareos, dificultades persistentes en la memoria, falta de energía y desmotivación, falta de ganas y problemas para hacer foco en los temas y objetivos a resolver.

Según un estudio reciente de la Universidad de Columbia, un 30%

de quienes tuvieron COVID, incluso en versiones muy leves, continúan en los meses siguientes con dolores de cabeza, fatiga, mareos y dificultades de atención.

Esto provoca que quienes padecen estos síntomas no funcionen al 100%¹⁶.

También observamos que después de la pandemia la gente prefiere prestar tareas de manera remota que asistir diariamente a su lugar de trabajo.

El teletrabajo ha modificado nuestras costumbres y hasta alterado el tamaño de las oficinas y los lugares que las empresas dedican a las tareas administrativas.

Los trabajadores lo prefieren porque permite, entre otras cosas, una mejor conciliación de los intereses que plantea la vida laboral y familiar y ahorra tiempo en desplazamientos, facilitando el ocio.

Esto ha sido posibilitado por la aparición de nuevas tecnologías, especialmente el uso de Internet.

En un mundo globalizado estas tecnologías influyen definitivamente en la industria, el comercio y en la mayoría de los negocios.

Otro tema que merece nuestra atención es desentrañar los intereses y objetivos que inspiran a las nuevas generaciones.

Se está observando que los jóvenes, con más educación que sus padres, con conocimiento y facilidad para utilizar los avances tecnológicos y comunicarse por redes sociales, se niegan a pasar sus vidas prestando servicios en una fábrica y tienen otras aspiraciones e intereses.

Tampoco les resulta un motivo de orgullo trabajar durante toda su vida en un mismo lugar. Por el contrario, interpretan que quienes lo hacen carecen de interés por el crecimiento que representa el cambio. Poseer un frondoso currículum, con una experiencia laboral, en diversas empresas, se considera una excelente carta de presentación para futuros empleos.

Temas de género.

Sólo el 16% de las mujeres se inscribe en carreras vinculadas a la programación. Sucede en todas partes, incluida la ciudad de Tokio, Japón.

¹⁶ Diario *La Nación*, del 16-5-2021, Sección *Economía*, p. 16.

En 2015 se creó Chicas en Tecnología, una organización sin fines de lucro que tiene como meta cerrar la brecha de género en el mundo de la tecnología¹⁷.

Lo cierto es que en las aulas el 70% son mujeres, en tanto quienes preparan los programas a aplicar son la mayoría hombres, así que hay que pensar quién está diseñando la tecnología y quiénes la aplicarán, porque ahí empiezan los sesgos y se profundizan los problemas de género.

Ya hemos señalado la brecha existente en materia salarial entre hombres y mujeres.

Debemos enfrentar esta realidad disvaliosa y generar la consciencia de la importancia de terminar con esta conducta discriminatoria y permitir que las mujeres y los hombres reciban igual remuneración por igual trabajo.

Otro elemento a tener en consideración es la lucha de las mujeres para llegar a posiciones de dirección empresarial.

Es otro de los razonables objetivos que inspiran a ese colectivo y que nos desafía también a considerarlo, como parte esencial de los cambios que requiere el mundo laboral.

No basta con formar y capacitar si no se respetan los principios de igualdad.

Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo.

Al cumplirse 100 años de su fundación, la OIT creó la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo.

Su función se centró en realizar un examen de ese interrogante, con la intención de que sirva de base analítica para cumplir con el mandato en materia de justicia social en el siglo XXI.

De tal forma, la Organización hace un llamamiento a actuar con urgencia para aprovechar todas las oportunidades y dar forma a un futuro de trabajo más justo, inclusivo y más seguro, con pleno empleo y trabajo decente para todos.

La OIT –en su segundo siglo– se propone hacer que los derechos, necesidades y aspiraciones de las personas sean los objetivos primarios de las políticas económicas, sociales y ambientales.

¹⁷ *Ibíd.*

La intención es generar un enfoque humanitario para el futuro del trabajo.

Una mayor inversión en las personas, en las instituciones laborales y en el trabajo decente y sostenible son los ejes centrales del Informe, es decir, trabajar para un futuro más prometedor, tal como fue presentado en el Honorable Senado de la Nación y ante la delegación argentina que participó de la 108ª Conferencia Internacional del Trabajo (CIT), en Ginebra, en mayo de 2019.

Los objetivos que inspiran la mencionada actividad se centran en equilibrar las necesidades de las empresas y los trabajadores amén de reorientar los incentivos para alentar las inversiones, a largo plazo, en la economía real.

Ambas presentaciones fueron realizadas por la economista Janine Berg¹⁸, quien enfatizó poniendo foco en el “aprendizaje durante toda la vida como derecho de todos”.

El mundo nos presenta nuevos desafíos, por ejemplo, nos plantea un epifenómeno que es el problema migratorio, que antes existía pero que la COVID-19 ha profundizado, porque existen países en que la gente no tiene acceso al trabajo (fenómeno de Marruecos, cuyos ciudadanos cruzan a nado hacia la ciudad española de Ceuta, en África, y son regresados nuevamente a su país de origen; también esto se plantea en la India, entre otras realidades preocupantes).

Según la representante regional de Acnur¹⁹ para el Sur de América Latina Karmen Sakhr ya son más de 110 millones las personas desplazadas en el mundo, que se enfrentan al frío, al hambre, a la miseria... Se necesitan alternativas de integración, de inclusión educativa, sanitaria, cultural, de inclusión laboral²⁰.

El drama del siglo XXI es la desigualdad, entre países, entre personas, entre los ciudadanos de las distintas regiones.

Amén de la existencia de otros problemas graves, como el hambre (pese a que en el mundo se producen alimentos para satisfacer a todos

¹⁸ Economista especialista en mercados de trabajo de la OIT en Ginebra y asesora técnica de la Comisión independiente –formada por 27 expertos internacionales– que redactó el documento sobre el futuro del trabajo.

¹⁹ Agencia de la ONU para los Refugiados.

²⁰ Publicado en diario *La Nación*, del 22-7-2023, Sección *Ideas*.

los habitantes de la tierra, problema que la Argentina también conoce), el desempleo, la falta de oportunidades, los fenómenos migratorios, etcétera.

Otros trabajos.

Existe hoy una posición ampliamente aceptada por la doctrina y la jurisprudencia en el sentido de que el contrato de trabajo constituye “una figura de naturaleza contractual especial”, que en virtud de sus características particulares se encuentra regida por los principios propios que han dado nacimiento al Derecho del Trabajo.

Esta conclusión se advierte influida por distintas posiciones filosóficas y diferentes encuadres políticos, que incidieron con antelación al otorgamiento de un sustrato jurídico del vínculo que reconoce naturaleza laboral.

Así, se ha estudiado la conceptualización que corresponde realizar desde una perspectiva sociojurídica de nociones como relación de trabajo y contrato de trabajo, en virtud de sus diferencias y concordancias.

Nos oponemos a formular una valoración disímil de ambos conceptos en tanto a los dos cabe atribuir, con posterioridad a su evaluación, paridad en su importancia y al respecto debe destacarse que resultan esenciales para el análisis y profundización de nuestra disciplina, que parte de la observación de la realidad, para llevar a clarificar situaciones que aún hoy presentan desafíos referidos a la materia o sustancia que regula el Derecho Laboral.

La realidad arroja como resultado que toda relación de trabajo está tutelada por las normas generales, salvo excepciones, que regulan el vínculo de naturaleza laboral nacido entre las partes, lo que conduce a destacar la existencia de una concertación bilateral que presupone un acuerdo de voluntades, con un objetivo en común.

Lo cierto es que no se requieren formas sacramentales, ni la concreta celebración de un contrato, sino que para nuestra legislación sólo debe demostrarse la prestación de servicios en beneficio de otro, cumplida a cambio del pago de una retribución.

Es más, están cambiando las formas, los elementos y en especial los sujetos del vínculo contractual. Asistimos a la transformación estructural de nuestras economías, donde la tercerización y los avances

tecnológicos sin precedentes sientan las bases de la economía digital; observamos progresos científicos destacables, como atestigua la producción en un tiempo récord de vacunas contra la COVID, y vemos cómo la economía mundial evoluciona de forma exponencial a pesar de los sobresaltos actuales. Por otro lado, nos enfrentamos al aumento sin precedentes de las desigualdades dentro de los países y, entre ellas, el deterioro de la relación de trabajo, la precarización de millones de empleos, la tendencia a la informalización del sector formal, la degradación de la situación del trabajo infantil y del trabajo forzoso, la ausencia flagrante de una protección social mínima para 4.000 millones de personas, los desafíos planteados por el empleo juvenil, etcétera. El mundo necesita urgentemente un nuevo contrato social. Como hemos dicho en más de una ocasión, los valores fundacionales de la OIT, esos mismos valores que nuestros antecesores defendieron en 1919, conservan hoy en día toda su actualidad²¹.

Empecemos por los nuevos sujetos del contrato de trabajo, porque ya no se requiere en los contratos celebrados vía informática la vinculación de la voluntad de dos personas (de naturaleza física o jurídica) para la creación del vínculo o relación de naturaleza laboral, sino que el acuerdo de partes se concreta mediante la manifestación de voluntad de la persona que puede prestar la tarea, expresada frente a un algoritmo que organiza la señalada labor.

Debemos tener en claro que el algoritmo representa o pertenece a una empresa, persona física o jurídica que lo ha programado para realizar una actividad determinada, con finalidad de lucro, y que en general y hasta ahora, según los algoritmos que conocemos, intermedia en el transporte de personas, en el envío de productos o en la adjudicación de trabajadores a diferentes empresas, a fin de que presten funciones en actividades predeterminadas.

Estos algoritmos no sólo organizan la labor, sino que la controlan y también le adjudican, de acuerdo a la situación geográfica, requisitos temporales o la naturaleza de lo requerido sin participación de persona alguna, sino mediante la vinculación que a través de una aplicación

²¹ Discurso del director general ante la 346ª Reunión del Consejo de Administración de la OIT Gilbert F. Houngbo, del 31-10-2022.

informática pueda conectar al prestador del servicio con la figura, que mediante el algoritmo se convierte en el dador de trabajo.

Las empresas han recurrido a la invocación de la economía colaborativa para fundar la tipología contractual, sin advertir que en estos supuestos la intermediación, si bien sucede mediante la utilización de una plataforma virtual, lo es sin ánimo de lucro. Es decir, la contratación se realizará mediante la entrega de dinero por un bien o servicio, o a través de un trueque, pero sin que la intermediaria reciba beneficios económicos por la transacción, que en definitiva beneficiará a todos los intervinientes.

En síntesis, se trata de espacios virtuales, donde se interactúa para concretar la realización de proyectos o la obtención de productos o servicios, en beneficio de todos los participantes.

También alegan la existencia de otras figuras jurídicas, como la calidad de socio, de una sociedad comercial, la figura del trabajador autónomo o la existencia de una cooperación en la vinculación, reputándose meras intermediarias en la contratación.

Además, se puntualiza que no se requiere que el prestador del servicio concurra diariamente a su lugar de trabajo, que por otra parte es claramente indeterminado que cumpla el requisito de un horario previamente fijado o que se conecte indefectiblemente, en tiempos prefijados.

Esta libertad que caracteriza la forma de vincularse entre las partes conspira, en una mirada superficial, contra la concepción tradicional de la existencia de dependencia en el vínculo que une a ambas partes.

No podemos desconocer que partimos de considerar al vínculo de naturaleza laboral como un contrato de tracto sucesivo, esto es, de ejecución prolongada en el tiempo, que tiene su origen, en principio, en una manifestación de la autonomía de la voluntad, que reconoce la posibilidad de concluir un contrato, elegir el sujeto con el que se concertará dicha negociación y establecer su contenido y las cláusulas a las que se ajustará dicho vínculo.

De allí que la bilateralidad es una condición esencial de la existencia del contrato.

Y si bien esa bilateralidad se mantiene, hoy los sujetos que la representan son otros.

La idea aparente de libertad que otorga este tipo de vinculación en lo referido a horario, asiduidad en la prestación, extensión de la labor, etcétera, confunde y lleva a sostener a ciertos analistas que no existe relación de dependencia en estas particulares prestaciones.

Considero que para analizar la naturaleza del vínculo debe recurrirse a otros elementos, como ser el mantenimiento de la capacidad de control, sujeción a órdenes y directivas, existencia de facultad sancionatoria y el elemento esencial de la subordinación económica, todo lo que lleva a calificar el vínculo como una relación dependiente.

Esto pone en evidencia que el trabajo se realiza por cuenta de otro, y bajo la dirección y órdenes de este último.

En efecto, el sistema analizado no prescinde de la capacidad del principal de ejercer el control de la labor realizada, contemplándose por el contrario un mecanismo de premios y castigos, en base a la manera en que se desempeña la labor, en orden a la celeridad y corrección en su cumplimiento o a la calificación que puede realizar quien es el destinatario del servicio.

También existe una clara sujeción y subordinación en materia económica, porque es el algoritmo quien fija el precio del servicio y su forma de pago.

Por último, cabe destacar la existencia de un interés concreto, porque existe ánimo de lucro en los organizadores del algoritmo intermediario de la prestación.

En tal orden de ideas, consideramos que existe un claro contrato de trabajo en las labores prestadas por quienes han sido denominados trabajadores de plataformas o trabajadores plataforma-dependientes²², con características de permanencia en la prestación.

Se plantea uno de los temas esenciales actuales del contrato de trabajo, que es dar estabilidad al trabajador, a fin de protegerlo de la disolución extemporánea del vínculo.

²² LITTERIO, Liliana Hebe, *Trabajadores plataforma-dependientes en la Argentina y en el mundo. ¿De la informatización al informalismo?*, La Ley, Buenos Aires, 2020.

En este contexto, parecería adecuado e imprescindible crear un estatuto específico que regule en atención a sus particularidades esta subordinación especial, que analice las características de la prestación, regule la jornada laboral y fije un límite máximo a la misma, contemple la entidad de la retribución, tutele los tiempos en los que el trabajador se encuentre a disposición del principal sin brindar servicios y prevea un mecanismo de disolución contractual que atienda la necesaria protección que merecen estos trabajadores, en el marco de lo previsto en el artículo 14 de la CN.

Así, debería preverse un régimen que considere las características que se aplican a otros sistemas de trabajo, donde la movilidad y la circulación de los dependientes es alta, permanente y característica del vínculo, como puede ser la industria de la Construcción²³.

Por ende, consideramos que puede fijarse un estatuto que para el supuesto de disolución contractual tome en consideración un porcentaje de la retribución abonada al trabajador, y constituya un fondo de cese a conformarse en mérito a la entidad y duración de la tarea cumplida.

Nos encontramos frente a un colectivo de trabajadores que actualmente se encuentran precarizados, incorporados al mundo informal, carentes de protección legal, en materia de seguridad en la prestación del servicio, así como sin tutela de las pertinentes normas de seguridad social y sin el reconocimiento de derechos sindicales.

Por lo tanto, resulta imperioso profundizar en el análisis de las particularidades que presenta esta metodología de contratación, con nuevos trabajadores y nuevos empleadores, para fijar una regulación específica que tutele el Derecho de los dependientes²⁴.

Reformas legislativas.

Existen frente a este panorama preocupante, descrito precedentemente, diversas propuestas de reformas legislativas tendientes a modificar la protección legal que nuestra normativa reconoce a los trabajadores frente al despido.

Así como también una crítica concreta a las indemnizaciones, que

²³ Ley 22.250.

²⁴ Así, existen como antecedentes la ley 21.431 que rige en la materia en Chile y la ley española dictada mediante el Real Decreto-Ley 9/2021, entre otras.

se suman a las que reconocen como causa la desvinculación laboral, en los supuestos de trabajo informal o no registrado.

En primer lugar, huelga poner de resalto que por imperio de una norma constitucional (art. 14 bis de la CN) existe la protección de los ciudadanos frente al despido.

Hoy nos encontramos ante proyectos que proponen la modificación de la Ley de Contrato de Trabajo mediante la implementación de un seguro por desempleo, ya sea constituyendo un fondo de cese, como contraprestación frente al despido, al estilo del Fondo de Cese Laboral de la Unión Obrera de la Construcción, o de un seguro sustitutivo de las obligaciones del empleador, o simplemente se propone la modificación de los parámetros fijados para el supuesto de despido sin causa.

También se propone un Seguro de Garantía de Indemnización al estilo de la mochila austríaca, que rige en Austria un sistema de indemnización creciente, o el del modelo alemán.

Lo cierto es que reemplazar la indemnización por despido por un seguro similar al Fondo de Cese Laboral de la industria de la Construcción o alguno de los otros sistemas esbozados no va a redundar en una mayor creación de empleo formal y va a implicar un recorte de derechos laborales.

También se analiza la supresión de las disposiciones normativas que fijan las indemnizaciones frente al trabajo irregular o informal, es decir, la derogación o modificación de las leyes 24.013 y 25.323.

Creemos que la idea no debería ser desproteger a los trabajadores, sino corregir, perfeccionar lo perfectible.

Consideramos que todas estas propuestas no resolverían la situación planteada, sino que simplemente provocarían un daño irreparable a los derechos de los dependientes.

No se nos escapa que la sanción de las leyes 24.013 y 25.323 no produjo los resultados deseados, porque el trabajo informal siguió en notorio crecimiento, pese a las indemnizaciones agravadas impuestas.

Pero tampoco dejamos de advertir que, si bien no fue un remedio adecuado para disminuir el trabajo irregular, su derogación hoy traería como directo resultado el incremento de la contratación informal. Exactamente el efecto que necesitamos evitar.

De allí que consideramos que deben mantenerse y no derogarse ni modificarse.

Se cuestiona la antigüedad de la Ley de Contrato de Trabajo y de los convenios colectivos que mantienen su vigencia en base al principio de ultraactividad, en mérito a los años que llevan regulando nuestra realidad laboral; por lo tanto, teniendo en cuenta tal extremo, pensamos que nadie debería oponerse a su revisión, actualización y adaptación a los nuevos requerimientos laborales, así como a la necesidad del ordenamiento de la nueva realidad que plantea el teletrabajo, cuya regulación normativa ha concitado serios cuestionamientos²⁵ y la revolución tecnológica con los trabajos ordenados, en base a algoritmos.

No obstante, no compartimos la solución que proponen algunos doctrinarios de reducir los derechos de los trabajadores.

Se ha transitado mucha historia para llegar a una protección legal del hombre que trabaja, y esa finalidad debe orientar cualquier análisis de la legislación existente y su posibilidad de adecuación a las nuevas necesidades laborales.

Debemos pensar en alguna solución concreta para combatir la metodología de contratación informal, que nos afecta profundamente y que aún no hemos podido resolver, adecuadamente.

La mejor forma de luchar contra el trabajo irregular es propiciar que a las empresas, al igual que al Estado que pierde una cantidad importante de aportes patronales y de los trabajadores, les resulte más interesante cumplir con la ley que violar la misma.

Por eso consideramos que la solución debe provenir de ventajas impositivas reales, que lleven al convencimiento de cumplir con la normativa aplicable, ante una motivación importante en base al otorgamiento de determinados y concretos beneficios.

Por supuesto que esta decisión no puede tratarse de una modificación aislada sino que debe realizarse dentro de un plan de reforma impositiva general.

Tal vez en un principio resulte un sacrificio económico, en especial en un país que tiene un profundo déficit fiscal.

Pero habrá que pensar en una escala de prioridades, que nos permita

²⁵ Ley 27.555 y decreto reglamentario 27/2021.

valorar costos y beneficios y nos informe cuáles ventajas impositivas pueden resultar interesantes para regularizar a los trabajadores informales e incorporar a los jóvenes en trabajos genuinos y regulares.

Se impone en tal panorama, y como parte de la solución del problema, un blanqueo laboral.

En síntesis, nadie puede oponerse a la necesidad de una reforma de la normativa laboral que se adapte a la nueva realidad y que presuponga un *aggiornamento* de la Ley de Contrato de Trabajo sancionada el 5 septiembre de 1974 y que en lo esencial se mantiene pese a las modificaciones parciales recibidas.

Tampoco los convenios colectivos de trabajo que han regido durante los últimos 45 años escapan a esta necesidad de modificación.

Lo cierto es que el sindicalismo no ha asumido claramente la facultad que le otorga la normativa aplicable, en orden a la modificación de las condiciones de trabajo, limitándose a centrar sus intereses en planteos referidos a los estipendios y cuestiones remuneratorias.

Estas conductas significan desconocer que el mundo del trabajo ha cambiado y que existen nuevas formas de contratación que requieren imprescindiblemente una nueva regulación normativa.

Debemos estar alertas a los cambios tecnológicos acaecidos con la incorporación al mundo del trabajo de dispositivos electrónicos, que permiten a las empresas adoptar nuevos sistemas de producción mediante la incorporación, aun en el mundo industrial, de máquinas de control numérico y robots industriales, entre otros adelantos.

Hay principios que se mantienen: "el Derecho encarna siempre un diálogo con la situación [...] no se agota con la pura dimensión normativa. También es esencialmente compromiso, creatividad, instrumento de cambio..."²⁶

Pero entendemos que el concepto de reforma necesaria no puede ser sinónimo de desprotección del trabajador.

Como consecuencia de lo dicho precedentemente, si bien la Ley de Contrato de Trabajo estuvo destinada a regular un mundo del trabajo general y uniforme, hoy la realidad ha modificado esa estructura de

²⁶ Mensaje de elevación de la LCT al Poder Ejecutivo, en D. T. 1974-991.

producción y comercio e incorporado nuevos actores y mecanismos de producción diferentes.

Todo eso exige instituciones políticas sólidas que permitan que se generen inversiones con base en la confianza y la seguridad jurídica.

Se requiere también inversión social e inversión tecnológica, que produzca talento y trabajo.

La inversión se incrementa y alienta con seguridad jurídica y una realidad económica que otorgue reglas claras en materia impositiva y cambiaria, en un marco de desarrollo adecuado.

Deben reorientarse las inconsistencias macroeconómicas, en procura de una distribución más justa y equilibrada.

En definitiva, concluimos que es el cambio y desarrollo con equidad lo que debe orientar nuestras acciones.

Son muchas las cosas que debemos procurar. Éste es nuestro desafío.

“LA E-INCLUSIÓN”

por JIMENA RODRÍGUEZ URIZAR

En América Latina es “sensiblemente” menor la cantidad de mujeres que acceden a las TIC (tecnologías de la información y la comunicación). A través de análisis estadísticos, surge que las mujeres han desarrollado a lo largo de su vida y en su desarrollo profesional de manera específica un nivel de habilidades digitales inferiores a las de los hombres, lo cual implica enormes desventajas en términos de participación social, política, económica y cultural en todas sus expresiones posibles; es decir que la “no accesibilidad” se extiende no sólo a lo estrictamente laboral, sino que es holístico, por lo tanto impone un análisis a realizar de este fenómeno con un enfoque de tipo dinámico, en todos los niveles de acceso y distintos horizontes de los usos personales de las TIC.

Pero esta brecha que estaba planteada a “nivel cualitativo” se sobredimensionó con la irrupción repentina que tuvo la “digitalización” en todos los aspectos de la *sociedad* por un lado, y lo hizo “transformando ámbitos que ya estaban instalados en la sociedad”, en donde se perpetuaron roles y estereotipos de género, manteniendo brechas entre colectivos sociales que ya venían articuladas de modo desequilibrado y con la balanza en desventaja con relación a las mujeres; por otro lado, “generaron nuevos ámbitos de trabajo dentro de los ya existentes y un acceso a nuevas profesiones, especializaciones y nuevos trabajos”; en cada uno de estos dos grandes ámbitos se generó más discriminación, en donde no se ha provisto de la capacitación necesaria, ni concientización de que las capacidades de las mujeres “no son inferiores a las de los hombres de manera congénita”, y toda esta ausencia

de abordar el problema con perspectiva de género impide el acceso, y se torna casi nula la posibilidad de que las mujeres aprovechen las nuevas oportunidades planeadas en todo el mercado laboral y profesional, lo cual conlleva a un dato objetivo y es el menor y/o nulo acceso a las mismas.

Si bien mucho hay por ver e investigar, podemos apreciar que esta asimetría en el uso de las TIC se incrementa y deja más mujeres aún (el porcentaje de participación disminuye a un nivel de cuasi nulidad), a medida de que aumenta la complejidad de las habilidades necesarias o requeridas para el uso de las TIC, y pese a que el número de actividades que requieren o imponen el uso de la digitalización no ha modificado la participación de mujeres en las mismas, se advierte que éstas infravaloran su nivel de conocimiento al respecto, y en cuanto a las destrezas en el manejo de las mismas, y esto afecta negativamente, ya que merman la intervención en colaborar, o compartir plataformas, plasmando “una disparidad en disfavor de las mujeres en las oportunidades profesionales”.

Pero para estar en condiciones de realizar acciones, y que éstas sean efectivas, en cuanto a que se pueda lograr una verdadera “e-inclusión”, adecuando el capital humano a los requerimientos técnicos y laborales de una sociedad de conocimiento actual, es necesario identificar las distintas dimensiones de este tipo de “falta de acceso a oportunidades de trabajo”, y así encontramos la primera *brecha digital en cuanto al acceso*, el cual es cuantitativo (63% de las mujeres latinas no acceden al uso de las TIC) y las causas son que sólo el 25% cuenta con conocimiento y medios (tecnología), la mayoría por no tener medios económicos, y muchas por la falta de *autoconfianza* en las capacidades de las mujeres, sumado a los famosos “estereotipos”.

Pero aun cuando se entra al análisis en un grupo integrado por todas aquellas que sí acceden a Internet, la diferencia se da en cuanto al uso que dan a las mismas, y ahí comienza a diferenciarse en las distintas franjas etarias; por lo tanto, seguir analizando adentrándose en este grupo que accede sigue siendo interesante, pues muchas usan Internet desde los dispositivos móviles, y el uso es mejor y más masivo en las generaciones más jóvenes, en las que de algunos estudios (*en términos estáticos*) surge un ligero predominio de las mujeres en al-

gunos casos, no obstante lo cual, en cada tipo de conexión, los hombres evidencian una “mayor destreza” en ciertos aspectos, con lo cual (*en términos dinámicos*) supone una persistencia en la e-brecha digital.

En cambio, otros estudios señalan que para ilustrarse mejor en este fenómeno hay que trascender y no sólo ver quiénes pueden tener a su alcance las TIC; hay que fijarse en cómo las usan y con qué fines, por lo tanto amerita prestar atención a las “destrezas digitales”, y los “patrones de uso”, es decir, ver la frecuencia y cuál es la franja de actividades que se realiza, en cuanto a la variedad y a su complejidad, lo cual guarda una relación directa con la edad y con el patrimonio socioacadémico. Y es cuando nos adentramos en la brecha cualitativa, en cuanto a la complejidad de las habilidades necesarias para el dominio de lo digital; entonces, la brecha e-digital aumenta.

Las insuficiencias que puedan sufrir algunos colectivos en estos aspectos, aun cuando se disponga de acceso material a la digitalidad, pueden provocar asimetrías transcendentales, en cuanto a las experiencias y resultados derivados del uso de las TIC. Este fenómeno es conocido habitualmente como “segunda brecha digital”.

Los estudios que se hacen de manera tal que arroje un resultado de cierto rigor científico ponen en evaluación “determinadas habilidades digitales”, conforme a una “serie de actividades”, y tanto hombres como mujeres denotan haberlas hecho en algún sentido, pero la brecha comienza a evidenciarse cuando se trata de destrezas menos generales, y comienza a subir su especificidad; entonces, ante un patrón similar de complicación la brecha tiende a ensancharse, pues a mayor cuantía de habilidades, mayor dificultad en las mismas; la desigualdad asciende entre los colectivos, pese a que a veces convergen en los menos puntos de estudio, en los macrogrupos de análisis en los que acceden a las TIC, es decir que se mantienen en su mayor cantidad de puntos de estudio las diferencias reveladoras entre hombres y mujeres.

Pero dentro de estos estudios emerge que, de manera radical, se debe echar por tierra toda afirmación que esté cerca siquiera de atribuir a razones congénitas de diferencias en las habilidades entre hombres y mujeres para el uso de las TIC; podría sostenerse que en vista de que la base de las habilidades en cuanto al uso de lo digital se relaciona directamente con las habilidades con la matemática, estadísticamente,

las mujeres en los primeros años de estudio son mejores que los hombres, y eso encuentra una vinculación directa a la tendencia al estudio sistemático y reglado, al que son más proclives las mujeres que los hombres.

Todo esto se modifica a medida que van creciendo cronológicamente, y las comienzan a influenciar cada vez más los estereotipos (ideas, cualidades y expectativas que la sociedad atribuye a mujeres y hombres; representaciones simbólicas de lo que mujeres y hombres deberían ser y sentir; son ideas excluyentes entre sí que al asignarnos una u otra reafirman un modelo de feminidad y otro de masculinidad), y es así que las mujeres terminan infravalorando su nivel de conocimiento y destreza en el manejo de las TIC; se subestiman en este aspecto sus capacidades, con lo cual se trata de un condicionamiento sociocultural en cuanto a lo que su ambiente familiar/social espera de ellas, en el capital humano femenino.

En cambio, los hombres habitualmente en los primeros años de educación no tienen habilidad para seguir lineamientos ordenados de educación, no están condicionados, dejan todas sus habilidades, y los estereotipos; en este caso, los favorece, lo cual se evidencia en una tendencia de autoconfianza de realizar tareas de descarga de software, actividades un tanto más sofisticadas, como las de compras vía web de todo tipo y gestiones bancarias y lecturas de noticias, todo en línea.

Las mujeres tienen en cambio una incursión más fuerte en las redes sociales y búsquedas de asuntos psicoeducativos, así como también cuestiones relacionados a la salud, todo lo cual también está matizado conforme al nivel sociocultural, la cuestión cronológica y con vinculación a lo geográfico (hay diferencias tangenciales entre país y país).

Aunque situándonos al costado de todos estos factores que tienen injerencias en cuando a la representación de las mujeres en el aspecto digital, la misma tiende a ser “ínfima” cuando se trata de su presencia en las carreras dedicadas a las profesiones especializadas en esas tecnologías que existen y persiste una generalizada infrarrepresentación de las mujeres en el sector de las TIC, y también entre las profesiones que tienen una especialización en dichas tecnologías con datos; como

ejemplo paradigmático, si en el sector empresarial hay una representación del 31% de mujeres, el 21% de ellas tiene conocimiento en lo digital.

En las propias carreras de lo *digital*, en los subgrupos, diferenciados en cuanto a los niveles de dificultad, la participación de las mujeres va desde el 15% en cuanto a la edición de programas informáticos y menos del 20% en la industria de creación de las TIC, y desaparece en actividades de reparación en ordenadores o equipos de comunicación.

Sube su presencia cuando se dedican al diseño de páginas web, procesamiento de datos, hosting, y procesos vinculados a estos aspectos, habiendo un 30% de representación femenina, casi lo mismo que en telecomunicaciones.

Pero hay una tendencia a un ascenso en el crecimiento de la brecha de género en el sector de las TIC y en las ocupaciones especializadas en estas tecnologías. De las *mujeres* sólo egresan el 6% en estas carreras, y realizan las actividades especializadas en lo que hace a la clasificación de datos y organización de los mismos.

Cuando se habla que uno de los factores de influencia es el “cronológico” vale la pena reparar en las nuevas generaciones, en donde advertimos que hay un cambio sociocultural, en el que se han modificado los estereotipos; en una visión dinámica, hay una tendencia (aunque sea ostensiblemente menos la representación) a involucrarse más en estos menesteres.

En estudios realizados en la franja etaria de los más jóvenes se ha concluido que las mujeres durante el secundario tienen mejores niveles de lectura, así como también mejor dominio de las matemáticas; en cambio, los varones adquieren mayores destrezas en las cuestiones lúdicas, y menos afección a lo que es el estudio reglado.

Durante la evolución cronológica, los hombres tienden a mejorar su agilidad en la lectura, matemáticas y ciencias en la informática, y esto se debe a la familiaridad y afinidad que han desarrollado en la digito-habilidad en los videojuegos, en la que se denominan *gamers*, y esa informal vía (no reglada) de desplegar destrezas para el trabajo a través de este ejercicio que se dio “jugando”.

Cae entonces la pregunta obligada de por qué las mujeres carecen

de esta habilidad, y acá volvemos a lo que afirmábamos arriba y es que en las generaciones nuevas hay una tendencia fuerte de los hombres de jugar a videojuegos, todo lo cual implica adquirir un conocimiento subliminal de las matemáticas, que son la base de las TIC. Esta cuestión lúdica no es tan preeminente en las mujeres, y esto conlleva al mayor desarrollo de una habilidad que es índice del desarrollo de lo que es la inteligencia intuitiva, en la que se basan las TIC, todo lo cual sobrelleva a una consolidación de una *“especie de elite TIC: masculinizada”*, y *no se debe a causas innatas, sino a cuestiones socioculturales, un autoconcepto pesimista de las mujeres, lo cual condiciona su futuro académico y profesional.*

Entonces, hay que trabajar en que las mujeres logren una autopercepción positiva sobre sus propias habilidades informáticas, lo que la induce a realizar estudios en tecnología con una visión más optimista de encarar estos estudios con una buena expectativa de éxito en las mismas, todo lo cual es más frecuente en los hombres.

En un trabajo de campo, realizado a distintas generaciones, de mujeres y hombres, se llega a la conclusión de que los “estereotipos de género”, que derivan de sus respuestas, en tanto en cuanto entienden y establecen qué es lo más normal que un hombre y una mujer estudie, y la expectativa es en matemáticas, el 70% de los hombres y el 30% de las mujeres, y como consecuencia necesaria es que sean más hombres los que acuden a estudiar de manera profesional lo digital, pues no hay quien decida estudiar algo de lo que no se cree capaz de llevar a cabo cuando se reciba, o de tener “éxito”, entendiendo como tal “un buen fin”.

Pero si queremos entender *en dónde es que hay que trabajar para modificar estas visiones* que inducen a que se agrande y afiance la brecha generacional, debemos entender de dónde derivan o devienen los distintos estereotipos, y es que éstos se transmiten mediante los distintos mecanismos de socialización, que generan un “marco socio-cultural”, conformado por el leguaje actitudinal, más que verbal, de padres, madres, maestros y profesores, que reproducen estipulaciones, delimitando sobre lo que se entiende como “admisible” y “no admisible”, y esto condiciona indefectiblemente a los jóvenes, según cuál sea su identidad de género.

Durante la secundaria, en las encuestas de los primeros años, hay una tendencia que se profundiza y agudiza en los últimos años, en donde se piensa de manera más seria sobre qué se va a estudiar; dentro de las mujeres, sólo el 5% elige ingeniería o computación. De ese porcentaje, constituyendo el 5% el 100%, sólo el 22% se recibe de alguna profesión relacionada a las TIC, y los hombres son los que de manera exclusiva realizan la acción de programación informática, diseñadores de software y asistentes informáticos.

Asimismo, en profesiones como ciencias sociales, ciencias jurídicas y ciencias de la salud, en las que se abren especialidades dirigidas a la tecnología digital, sólo las sigue el 37% de las mujeres.

Es por ello que si el condicionamiento mayor está dado por los estereotipos de género del entorno, *se debe trabajar desde la familia, y en todos los niveles de educación formal e informal, lo cual culturalmente se vaya modificando y tenga como resultado revertir la infrarrepresentación de las mujeres, promoviendo una mayor participación de la fuerza laboral de las TIC en mujeres jóvenes*, y de las que se reincorporan al trabajo con respaldo a recursos de formación basados en las TIC.

Es mucho de lo que se habla sobre esta modificación que se debe lograr, pero no se hace nada de manera efectiva para la incorporación de las mujeres en los ámbitos de la tecnología digital; es por eso que hay que trabajar en concientizar a los padres y madres sobre la utilidad de esas herramientas y la importancia que tiene para el futuro de sus hijos adquirir la necesaria idoneidad en este tipo de habilidades.

Pero esta concientización también debe hacerse extensiva en todas las instituciones educativas en todos sus niveles, generando dinámicas más incluyentes, mejorando las condiciones de contratación, evidenciando las ventajas de tener conocimientos en las TIC, así como también en los medios de comunicación, para que todos ellos transmitan modelos de género más equilibrados, hablando sobre tecnología y narrativas, ejemplificando con personajes que contrarresten los estereotipos dominantes y que resulten verosímiles y realizables.

Es por ello que es necesario implementar estrategias conjuntas y coordinadas, en donde participen todos los agentes de formación, apuntando a soluciones ingeniosas, audaces, que logren autonomía en toda

la diversidad, e igualdades sustantivas hacia un empoderamiento de las mujeres y niñas, fortaleciendo la institucionalidad, promoviendo políticas de igualdad de género, fomentando de manera proactiva la e-inclusión en igualdad.

Apuntando a integrar a las mujeres al mundo digital, mediante un proceso de adecuación a las demandas de la “sociedad de conocimiento”, evitando que las niñas y mujeres queden fuera de muchas oportunidades y partes de mercado laboral bien remunerado dado por el mundo digital.

Fortalecer el empoderamiento político y socioeconómico de las mujeres, achicando la brecha digital –e-inclusión–, trae como consecuencia *lograr la igualdad de oportunidades y accesibilidad a nuevos trabajos, reinscripción al trabajo*, progreso mediante nuevos conocimientos educativos, progreso mediante conocimientos especiales.

En la Agenda 2030 en la 64ª Conferencia Regional sobre las Mujeres se insta a cerrar la brecha y eliminarla, lo cual priva de acceso a mujeres y niñas a las TIC; a eliminar las formas de violencia: contra las mujeres y niñas, modificando las normas sociales que perpetúan roles y estereotipos de género; a *ampliar las voces de las mujeres y niñas, para fortalecer el empoderamiento* político, socioeconómico (contra *la infrarrepresentación* de mujeres en estos ámbitos), y propendiendo a una distribución equitativa de beneficios digitales; la brecha digital es una nueva forma de exclusión, con consecuencias más fuertes, conforme a la dimensión que implica la irrupción e injerencia de las TIC en la sociedad.

Poder lograrlo implica poder distribuir de manera equitativa los beneficios de esta transformación digital con inclusión, desde todos los entornos de aprendizaje, con apoyo de estrategias, como lo es la alfabetización mediática e informacional.

Por ello estamos en condiciones de afirmar que no basta con la sola accesibilidad a las TIC, sino que para que las mujeres puedan acceder a los beneficios de las mismas hay que implementar programas, tendientes a desarrollar aprendizajes y habilidades, para que estén en condiciones de aprovechar este acceso en cuanto a poder consultar, producir y analizar datos, información y contenido.

No acceder al buen uso de las TIC es una nueva forma de exclusión social, y para poder *dimensionar* la implicancia que tiene el hecho de que las mujeres no puedan *usar* la digitalización se establece el parangón a lo que sucedía antes, cuando las mujeres no sabían leer ni escribir, con lo cual quedaban fuera de muchos ámbitos y profesiones, pues *la digitalización potencializa y beneficia la vida: en aspectos de salud y otorga trabajo decente*, además de colaborar a contrarrestar los efectos negativos del cambio climático; otorga mayor seguridad alimentaria y nutricional; previene los delitos; promueve la participación en la vida pública; facilita el fortalecimiento de la democracia; por lo tanto, debemos proyectar formas creativas e innovadoras que posibiliten el acceso a estos beneficios a las mujeres y niñas, con perspectiva de género.

Esta “exclusión” es una forma de violencia, una más de las que se ejercen en contra de las mujeres, como lo que pasa con la distribución desproporcionada de las labores de cuidado, máxime en los casos de los trabajos remotos, que es en la misma casa de quien tiene el 90% las tareas de cuidado de sus hijos, de manera concomitante, con lo cual se constituye en otra cosa que obstaculiza las posibilidades de participar activamente en el “mercado laboral del día de mañana”, toda vez que hay una gran oferta laboral cada vez más vinculada a la tecnología y la digitalización.

Tal cual como deviene el desarrollo de este artículo es que es necesario tratar la violencia de género digital, en la cual encontramos un abanico de variedades, con distintas consecuencias, entre las cuales pueden conducir algunas de ellas a otras formas de violencia que trascienden al mundo real en contra de las mujeres y niñas, entre las que podemos citar a la violencia física, sexual, psicológica, acoso en la calle y escuela, aislamiento, femicidios y suicidios, precipitados por la violencia digital.

En el testeo a nivel mundial, el 40% de las mujeres sufren lo que se denomina “violencia digital”, la cual se intensifica cuando se trata de mujeres que están expuestas ya sea por estar en el mundo del espectáculo o por ocupar cargos públicos, o son periodistas, es decir, toda mujer que se encuentre expuesta en línea (Internet), con voz en público; esta vulnerabilidad impide su participación pública en todo

su esplendor; se encuentra condicionada y lejos de estar en pie de igualdad con los hombres, contra los que no se ejerce ni violencia de género, ni son objeto de bullying, ni acoso digital.

Por lo tanto, es de advertir que estamos frente a lo que se denomina en Derecho (y este aspecto no se escapa) una crisis horizontal, ya que los programas y diagramaciones de dinámicas digitales no contemplan el colectivo femenino al momento de planear currículas pedagógicas formales e informales, sin hacerlo con la debida y necesaria perspectiva de género; y así también ante una crisis vertical, atento a que de manera alguna garantiza la efectiva igualdad de oportunidades de las mujeres y niñas al acceso, uso y provecho de las TIC.

Naciones Unidas insta a que se prioricen la inclusión y la educación necesarias y efectivas en todos los niveles de formación digital de las mujeres y niñas de todo el mundo, en una mirada inclusiva de todo tipo de proyectos y programas políticos, y estrategias comprensivas de digitalización, que impulsen la producción, análisis y uso de datos estadísticos para la igualdad de género, para lo cual es necesaria la decisión política en todos los niveles, públicos y privados, de financiamiento para estas presentaciones educativas inclusivas.

Es necesario que estas disposiciones que deben darse en todos los ámbitos para que sean efectivas determinen marcos regulatorios con perspectiva de género que asegure la transparencia y rendiciones de cuenta que acrediten que se están destinando a estos fines, evitando posibles malversaciones.

Estas diagramaciones conllevan la *estimulación de autoconfianza*, generando cambios que reviertan el autoconcepto pesimista de la mujeres, mejorando la percepción positiva sobre sus habilidades informáticas, que las estimule a realizar estudios en TIC; y la otra punta es *modificar los estereotipos*, los que establecen la expectativa que tienen padres, madres y la sociedad sobre lo que puede estudiar un hombre o una mujer, dentro de lo cual encontramos la distribución inequitativa de las tareas de cuidado que se gesta desde la familia, pasando por establecimientos educativos, y se consolida en las fuentes de trabajo.

Por ello *es necesario, para que las mujeres se puedan incorporar a las TIC*, sensibilizar sobre la utilidad y la idoneidad en su profesión

de las mismas, pero esta concientización también debe estar dirigida a todas las instituciones educativas de todos los niveles, en donde se apunte a *lograr una mayor autonomía de las mujeres con igualdades sustantivas*, en un escenario de *crisis*, que exige soluciones audaces y transformadoras que *fortalezcan la arquitectura de género*, incluyendo a mujeres y niñas en áreas estratégicas de la educación y trabajo con innovación tecnológica e inserción efectiva laboral.

DERECHO COLECTIVO

PINCELADAS DE LA OPINIÓN CONSULTIVA CIDH 27/2021 SOBRE EL ESTADO DE LA DISCUSIÓN DEL DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO EN LA ARGENTINA

por GUSTAVO A. CIAMPA

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El alcance de las opiniones de la CIDH. 3. El sentido de la libertad sindical. 4. Autonomía sindical y la democracia interna. 5. La negociación colectiva y las convenciones colectivas de trabajo. a) Titularidad del derecho a negociar colectivamente. b) Sentido unidireccional de la negociación colectiva. c) Disponibilidad colectiva y principio de progresividad y no regresión. 6. El derecho de huelga. a) Titularidad del derecho de huelga. b) Amplitud de contenido y finalidades del derecho de huelga. c) No punibilidad del ejercicio del derecho de huelga. d) Supresión de normas penales de persecución. 7. Deberes de respeto, garantía y protección por parte del Estado.

1. Introducción

El 5 de mayo de 2021 la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) emitió la Opinión Consultiva 27/2021 (OC 27/2021) sobre “Derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, y su relación con otros derechos, con perspectiva de género”, con motivo de la solicitud que le fue formulada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, requiriendo interpretación de algunos artículos de la Carta de la OEA, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), del Protocolo de San Salvador, de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y de la Convención de Belém do Pará.

El cuerpo interpretativo resultante es vasto y amplísimo en contenidos, y podría afirmarse que es un compendio de Derecho Co-

lectivo del Trabajo, derivado de la normativa llamada a ser interpretada por parte de la CIDH.

No es objetivo de este trabajo analizar la OC 27/2021 en todos sus aspectos y aristas, no sólo por las limitaciones predispuestas para su extensión sino principalmente por las que afectan al autor, no obstante lo cual es la intención y la demarcación temática del presente señalar algunos pocos aspectos que han sido de tratamiento por parte de la CIDH que proyectan efectos y consecuencias sobre el actual debate existente en nuestro país en materia de Derecho del Trabajo (principalmente en sus aspectos colectivos) y su posible futuro a la luz del resultado que arroje el próximo acto comicial tendiente a la elección de las próximas autoridades nacionales¹.

A tal fin, a fin de preservar la claridad de las expresiones de la CIDH serán transcriptas las que son consideradas relevantes en torno a lo que es de interés del autor resaltar –señalando en cada caso a qué párrafo de la OC corresponde la transcripción–, para luego –en algunos pocos casos, antes– insertar algún comentario del escriba referido a lo que ha sido materia de interpretación en su vinculación con las razones que llevaron a su inclusión en estas páginas.

2. El alcance de las opiniones de la CIDH

Dos de los instrumentos sometidos a la OC de la CIDH –la Convención Americana y la Declaración Americana– poseen en nuestro país rango constitucional a la luz de su incorporación con tal jerarquía en el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, en tanto que la Convención de Belém do Pará posee rango supralegal.

De allí la relevancia de atender al carácter y fuerza que posee la Opinión de la CIDH en cuanto a la interpretación que efectúa de las disposiciones que le fueron sometidas a tal fin:

En lo que se refiere a la Convención Americana, la Corte ya ha establecido que la función consultiva le permite interpretar cualquier norma de dicho tratado, sin que ninguna parte o aspecto de dicho

¹ Las líneas que siguen han sido terminadas de escribir en los primeros días del mes de octubre de 2023, días antes de la primera vuelta electoral.

instrumento esté excluido del ámbito de interpretación. En este sentido, es evidente que la Corte tiene, en virtud de ser “intérprete última de la Convención Americana”, competencia para emitir, con plena autoridad, interpretaciones sobre todas las disposiciones de la Convención, incluso aquellas de carácter procesal (párrafo 23).

En suma, al dar respuesta a la presente consulta, la Corte actúa en su condición de tribunal de derechos humanos... (párr. 53).

Al emitir la OC 27/2021 e interpretar la CADH, la CIDH se ha definido como la intérprete “última” de las normas de dicho tratado y con “plena autoridad” a tal fin. Y agregó a ello que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 64.1 de la misma CADH posee facultades para emitir opinión sobre “...otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos”, lo que le confiere además competencia para emitir interpretaciones sobre el Protocolo de San Salvador y la Convención de Belém do Pará.

De tal forma, las dos características de su rol interpretativo –ser intérprete última y con plena autoridad– posibilitan afirmar que la CADH dice y establece lo que la propia CIDH, en ejercicio de tales funciones, sostiene que dice y establece.

Por ende, en virtud de su calidad de intérprete auténtico y último de la CADH, a la luz de la previsión constitucional del artículo 75, inciso 22, de la Constitución, que establece que ésta posee jerarquía constitucional –al igual que los otros tratados allí incluidos– en las condiciones de su vigencia y habiéndose interpretado tal expresión en el sentido en que son interpretadas esas normas por los órganos internacionales competentes para hacerlo, el alcance que la CIDH otorga a las disposiciones de la CADH resultaría de seguimiento obligatorio para los órganos nacionales. Y aun para quienes formulan otra interpretación de la expresión constitucional –en las condiciones en que han sido aquéllos ratificados por nuestro país– las interpretaciones formuladas por la CIDH en el marco de la OC deberán ser consideradas con la seriedad que amerita su órgano emisor.

3. El sentido de la libertad sindical

En materia de libertad sindical, los Estados deben adoptar todas

aquellas medidas de carácter político, administrativo y cultural, con perspectiva de género, que promuevan la salvaguarda de la libertad sindical, fomenten el fortalecimiento de las organizaciones sindicales y la eficacia del accionar colectivo (párr. 112).

La CIDH ha especificado el sentido unidireccional del principio de libertad sindical; otorgó un claro rol a los Estados y fijó la orientación de las políticas públicas no como medio sino como garantía de resultados.

Es en criterio de quien escribe un giro copernicano en el abordaje de la libertad sindical, en tanto retomando la esencia unidireccional de la libertad sindical que llevó a su consagración en los Convenios OIT N° 87 y N° 98 –solamente en su faz positiva, desechando la consagración de los posteriormente llamados aspectos “negativos”– la reconoce como de “una sola mano” y de sentido instrumental a tal fin, y no como un fin en sí mismo que pueda ser desvinculado del resultado que provoque.

Por otra parte, es el mismo sentido que, en criterio de quien esto escribe y conforme surge de su debate parlamentario, ha tenido el legislador de 1988 al sancionar la ley 23.551.

Y ello impone una revisión de los criterios que surgen de los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre el denominado “modelo sindical” a partir del caso “Asociación de Trabajadores del Estado c/Estado nacional” del 11 de noviembre de 2008².

Tal como posteriormente sostuvo la CSJN, en las sentencias dictadas por el tribunal en los autos “Asociación Trabajadores del Estado c/Ministerio de Trabajo” (*Fallos*: 331:2499), “Rossi, Adriana María c/Estado nacional. Armada Argentina” (*Fallos*: 332:2715), “Asociación de Trabajadores del Estado” (*Fallos*: 336:672) y “Nueva Organización de Trabajadores Estatales c/Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/Amparo” (sentencia del 24-11-2015),

² Dentro de los fallos que aquí se consideran como referidos al “modelo sindical” no se comprende a “Álvarez, Maximiliano y otros c/Cencosud SA”, del 7-12-2010, por cuanto aun cuando indudablemente trata de un tema de Derecho Sindical, es claramente referido a la acción sindical externa y su protección frente a los empleadores, y no de aspectos internos del sistema de organización sindical.

“...la descalificación constitucional de las normas que consagran las potestades exclusivas enunciadas hizo pie fundamentalmente en las observaciones que tanto la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT como el Comité de Libertad Sindical formularon sobre la materia”³.

Es de señalar que, conforme la propia Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones afirmó, los órganos de control de la OIT no están autorizados a realizar una interpretación definitiva de los convenios y que sus opiniones al respecto no tienen carácter vinculante –más allá de la fuerza convictiva que las mismas pueden poseer a la luz del carácter de “órgano imparcial, objetivo e independiente”, la calidad de “expertos” de sus integrantes, y el efecto no deseado que de aquello podría derivar en torno al control ordenado y la aplicación predecible de las normas⁴– la CIDH es intérprete “autorizado” y “último” de la CADH, lo cual dota de singular fortaleza a los contenidos de la OC 27/2021.

En tal marco, pronunciándose con sustento en las observaciones de los órganos de control de la OIT, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado en el considerando 7º de la sentencia dictada en “ATE I”, el que a criterio del suscripto constituye el paradigma que entiende el alto tribunal sobre el rol que debe adoptar el Estado y su normativa heterónoma en torno al sistema de organización de las entidades sindicales y la reglamentación del principio de libertad sindical, al afirmar que “7º) [...] la reglamentación, antes que impedir o entorpecer, debe dejar en libertad a las mentadas actividades y fuerzas asociativas, en aras de que puedan desarrollarse en plenitud, vale decir,

³ CSJN, *in re* “Ademus y otros c/Municipalidad de la ciudad de Salta y otros/Amparo sindical”, considerando 9º; en el considerando 10, además, agrega que la que denomina su “doctrina constitucional” –expresión que cabe poner en duda a la luz de la organización constitucional del Poder Judicial de la Nación y la inexistencia de facultades casatorias de la CSJN– se ha asentado en las observaciones y recomendaciones formuladas por los organismos de consulta de la OIT.

⁴ Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, *Aplicación de las normas internacionales del trabajo 2013 (I)*, 102ª Conferencia Internacional del Trabajo, 2013 (disponible en chrome-extension://efaidnbnmnibpcajpegclefindmkaj/https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_205508.pdf).

sin mengua de la participación, y del eventual pluralismo de sindicatos, que el propio universo laboral quiera darse...”

Como se advierte, pareciera que para el alto tribunal existieran dos alternativas respecto de la política legislativa estatal: que ésta deje en libertad a las fuerzas asociativas (presumiendo que de ello se derivaría un desarrollo “en plenitud”), o que ésta impida o entorpezca tal accionar; y en tal alternativa sostiene –equivocadamente entiende este escriba– que la segunda vulnera la libertad sindical y sólo la primera la respeta.

El paradigma así expuesto, sobre el cual pivotea su criterio en torno al “modelo sindical” y en el que se basan sus considerandos tanto en el caso “ATE I” como en los demás que lo continúan sobre la materia, es la exigencia de un Estado ausente, que se corra y aparte de cualquier regulación que pudiera incidir en la que imagina una transparente “libertad de las actividades y fuerzas asociativas” (ello sin perjuicio de que pudieran existir normas de protección de la actividad sindical externa); un sistema “abstencionista” que podrá establecer regulaciones sólo limitadas a actuar como protección externa, pero no como modelación interna del sistema que entiende que impiden o entorpecen.

Lo novedoso de la OC 27/2021 a este respecto es que fija con claridad un paradigma completamente diferente, que modifica fuertemente el sustento sobre el cual interpretar la normativa existente (función de interpretación), crear nueva normativa (función inspiradora) y resolver las situaciones que carezcan de clara respuesta en la normativa vigente (función de integración).

La CIDH no sólo se aparta de la idea del Estado ausente cuyo “no rol” –que también es un rol– sea “dejar en libertad de acción a las actividades y fuerzas asociativas”, sino que le impone un rol claramente opuesto, el de un Estado activo, presente, y con injerencia tanto en el sistema de organización como en las actividades sindicales, pero con una orientación y direccionamiento específicos y concretos.

De tal forma, en primer término, la CIDH exige –porque así lee, como intérprete autorizado y último, que lo hace la CADH, que los Estados “...deben adoptar todas aquellas medidas...” Nótese que no se limita a

facultar o permitir a los Estados que adopten medidas; les impone un deber de adopción de medidas direccionadas a la finalidad que impone.

De la misma manera, no les ordena que adopten “algunas” medidas o las medidas que “pudieran estimar suficientes”; la manda es que “deben adoptar todas aquellas medidas...”; y “todas” significa la totalidad de las medidas dirigidas a ese fin.

En torno a las medidas a adoptar incluye a todas las medidas “de carácter político, administrativo y cultural”, lo cual incluye, reiterando que la obligación de los Estados recae sobre todos los poderes a través de los cuales se manifiesta la actuación del Estado, tanto el dictado de normas reglamentarias –normas de fomento y promoción de la actividad sindical, normas de protección de la actividad sindical y normas de modelación del sistema sindical– como la práctica administrativa fundada en aquéllas y los criterios de interpretación de normas sobre la materia. La manda alcanza tanto, dentro de las esferas de sus respectivas competencias, a los poderes estatales con facultades legisferantes, a los poderes con facultades de administración y a los poderes con facultades de interpretación y aplicación de normas; tanto a los que crean el Derecho, a los que lo administran y a los que lo dicen y aplican.

A su vez, tamiza toda esta actividad estatal con la manda de que todas las medidas deben encontrarse insufladas por la perspectiva de género.

E impone claros direccionamientos a toda la acción del Estado: que promueva la salvaguarda de la libertad sindical y fomente el fortalecimiento de las organizaciones sindicales y la eficacia del accionar colectivo.

Es aquí donde radica el segundo giro que provoca la CIDH: no es admisible el Estado ausente, el Estado meramente espectador de la forma en que se desarrollan las actividades y fuerzas asociativas; sólo cumple con la CADH un Estado activo, y que adopte “todas las medidas” pero direccionadas, no en cualquier sentido, sino orientadas unívocamente al fomento del fortalecimiento de las asociaciones sindicales y a la eficacia del accionar colectivo.

La CIDH ha dotado de contenido y sentido al principio de libertad sindical.

La libertad sindical tributa unívocamente al fortalecimiento del accionar sindical y a la eficacia del accionar colectivo, no siendo admisible ni hallando protección el contrabando de debilitamiento del accionar colectivo bajo la invocación de supuestas libertades que utilicen el valor de la libertad sindical como caballo de Troya⁵.

La invocación de la libertad –incluso como integrativa de la libertad sindical– con potencialidad de debilitar el accionar colectivo –sea como finalidad deliberada, tenida en mira, o como efecto desprovisto de previa intencionalidad– fue incluso percibida en oportunidad de ser discutidos los Convenios de la OIT que, precisamente, buscaban garantizar la libertad sindical⁶.

Así, al discutirse en el seno de la OIT el texto del que posteriormente fue el Convenio N° 87 sobre “la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación”, la propuesta de convenio elaborada por la Oficina incluía solamente el derecho de sindicación, sin ninguna referencia al de disociación. No obstante, en el informe que suele acompañar a las propuestas y bajo el título *El derecho a asociarse y el derecho a no asociarse*, se efectuaba el siguiente comentario: “...unos pocos gobiernos han también expresado el deseo de que la garantía internacional debería no sólo referirse al derecho positivo a asociarse sino también al estricto derecho negativo a no asociarse. Debería ser observado en este punto que el verdadero objeto de la relación internacional es garantizar la libertad de asociación como una medida de protección social de excepcional importancia. Pero la protección del

⁵ Figura expuesta por CARAWAY, Terry, *Freedom of Association: Battering Ram or Trojan Horse?*, en *Review of International Political Economy*, vol. 13, 2006.

⁶ Afirmación que se formula sin soslayar las vacilaciones que posteriormente han tenido los órganos de control de la OIT en torno a las cláusulas de seguridad sindical y los denominados “aspectos negativos” de la libertad sindical, lo que la CSJN ha entendido en nuestro país a este respecto en momentos de ruptura del orden institucional (CSJN, 29-3-67, *in re* “Outon, Carlos José y otros s/Recurso de amparo”, *Fallos*: 267:215) y la lamentable remisión que a aquél se ha efectuado por parte de la CSJN en fallos dictados durante la vigencia del Estado de Derecho.

estricto derecho negativo a no asociarse podría naturalmente no ser visto como una medida apropiada a este fin”⁷.

En 1949, en oportunidad de discutirse el contenido final del Convenio de la OIT que lleva el N° 98, los sectores empleadores propusieron con mayor énfasis incorporar tres enmiendas al proyecto de su texto, tendientes a neutralizar la eficacia de las cláusulas de seguridad sindical y que se garantizaran derechos derivados de los llamados aspectos “negativos” de la libertad sindical (“no afiliarse” y a “desafilarse”) en el plano individual.

Las enmiendas propuestas fueron: en reemplazo del artículo 1° que establece: “Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo”, propusieron: “Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección, en relación con su empleo, contra todo acto de discriminación que menoscabe el libre ejercicio de su derecho a sindicarse o a no sindicarse”; en reemplazo del artículo 1.2.a, que establece: “Dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto: a) sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de ser miembro de un sindicato”, propusieron: “subordinar el empleo de un trabajador a la condición de que se afilie o de que no se afilie a un sindicato, o a la de que continúe siendo o deje de ser miembro de un sindicato”; y en reemplazo del párrafo 2.b, que establece: “despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo”, propusieron: “despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier forma, con respecto a su empleo, a causa de su afiliación o no afiliación sindical o de su participación

⁷ ILO, *Freedom of association and protection of the right to organise*, Report VII, International Labour Conferencia, 31st Session, San Francisco, 1948, párr. 88, cit. por VON POTOBSKY, Geraldo, *The Freedom of the Worker to Organise According to the Principles and Standards of the International Labour Organisation*, en AA. VV., *The Freedom of the Worker to Organize*, t. II; DE SOTO RIOJA, Sebastián, *La sindicación forzada. Las presiones a la afiliación y la objeción sindical en el Derecho Comparado*, Megablu, Sevilla, 1999, p. 148.

o no participación en actividades sindicales legítimas fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo”. Sometidas las propuestas a votación en el seno de la OIT, fueron rechazadas por amplia mayoría conformada por las representaciones sindicales y la mayor parte de las gubernamentales: la primera de ellas fue rechazada por 128 votos contra 69; la segunda por 113 votos contra 73, y la tercera por 109 votos contra 71⁸.

La “libertad”, en el caso individual y negativa, podía ser utilizada para –finalidad tenida en mira– o resultar funcional al –por efecto no buscado– debilitar el poder de los trabajadores socavando a sus organizaciones, atentando así contra la “libertad sindical” que se buscaba garantizar. Comentando ello se ha dicho: “es obvio que lo que los empresarios defendían no era tanto la libertad de elección de los trabajadores cuanto el debilitamiento de las organizaciones sindicales de trabajadores por la vía de posibilitar a aquéllos su permanencia fuera de estas últimas. Los trabajadores, por el contrario, defendieron la validez de dichas cláusulas considerando que el reconocimiento internacional de la libertad sindical negativa que resultaría de la prohibición de tales cláusulas serviría de pretexto para atentar contra la libertad sindical”⁹.

Resulta también ilustrativo de lo que se viene exponiendo el artículo que Arturo Bronstein, con motivo de la sentencia dictada por la CSJN en el caso “ATE I”¹⁰, en el cual el prestigioso autor y exfuncionario de la OIT se preguntó acerca de *quién gana y quién pierde*, con el criterio con el que la CSJN había resuelto el caso, respondiéndose que “...con el fallo de la Corte han ganado la democracia y la libertad sindical”, para seguidamente repreguntarse: “Nos preguntamos si también han ganado los trabajadores”, y responder a este nuevo interrogante: “Paradójicamente la respuesta es mucho menos segura, porque la puerta –o la ventana– que la Corte ha abierto a la libertad sindical también ha quedado abierta para que por ella pasen algunos otros

⁸ DE SOTO RIOJA, ob. cit., p. 150.

⁹ SALAS FRANCO, Tomás y ALBIOL MONTESINOS, Ignacio, *Derecho Sindical*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, p. 66.

¹⁰ BRONSTEIN, Arturo, *La libertad sindical y el fallo de la Corte. ¿Qué puede pasar ahora?*, en D. T. 2008-B-1071.

visitantes indeseables”, entre los que menciona “el riesgo de la atomización sindical”, afirmación que permite vislumbrar claramente dos formulaciones en torno a la libertad sindical: aquella que la considera un fin en sí mismo con independencia de que de su ejercicio resulta beneficio o perjuicio para los trabajadores, y aquella que considera que tiene carácter instrumental y que sólo es tal la direccionada a la mejora de la situación de los trabajadores a través del fortalecimiento de las organizaciones sindicales y la eficacia del accionar sindical.

De resultas del sentido que la CADH dispone deben adoptar los Estados en todas sus medidas –conforme lectura de su intérprete autorizado y último– toda la normativa que sea dictada tiene que tener como lógico corolario y estar direccionada a fortalecer a las organizaciones sindicales y propender a la eficacia del accionar colectivo, no pudiendo ser dictadas normas de sentido contrario, que debiliten a las organizaciones sindicales o que conspiren contra la eficacia del accionar colectivo, sea ésa su finalidad o meramente su efecto, por cuanto una normativa de tal regresión contradiría el mandato proveniente de la CADH.

De la misma manera, todas las normas vigentes deben ser interpretadas y aplicadas en el sentido más favorable al fortalecimiento de las organizaciones sindicales y la eficacia del accionar colectivo, resultando incompatibles con la manda de la CADH toda interpretación o aplicación en sentido contrario.

Lo expuesto no es otra cosa que la que ya dispuso el legislador ordinario argentino en 1988 cuando consagró en el Título Preliminar de la ley 23.551 –de forma tal que no cupieran dudas de que su alcance no quedaba limitado a un título sino que inspiraba todo el cuerpo normativo– el artículo 1º, ordenando que “La libertad sindical será garantizada por todas las normas que se refieren a la organización y acción de las asociaciones sindicales”, otorgando así sentido a toda la normativa que se refiriera o rozara la libertad sindical, no sólo de la ley 23.551 sino de cualquier cuerpo normativo (“todas las normas” reza el enunciado), y comprensiva tanto de la vida interna sindical como de la actividad externa, con un claro mandato que se refleja por la forma verbal imperativa (“será garantizada”), mandato éste dirigido tanto a quienes crean normas (sean tanto de carácter heterónomo estatal

como provenientes de la autonomía colectiva o dentro de los márgenes de la autonomía individual), señalando el sentido que debe tener la normativa a crear, como a quienes aplican e interpretan normas (sea desde los poderes judiciales, poderes administradores o bien desde operadores del Derecho en el marco de las relaciones laborales) para indicarles ordenatoriamente el alcance o el sentido de la interpretación que corresponde otorgar a las normas (el sentido de protección de la libertad sindical, por lo cual deberá estarse a su alcance o interpretación más amplio de aquellas de sentido favorable a la libertad sindical y en su interpretación o alcance más restrictivo a las de sentido contrario¹¹), o bien el sentido que debe tener la norma a “crear” para el caso concreto en caso de falta de previsión expresa en la normativa vigente (función integradora)¹².

Pero ahora este mandato legal está claramente teñido del sentido y contenido que la CADH le confiere: para fortalecer a las asociaciones sindicales y garantizar la eficacia del accionar sindical.

Y ello, además, da nuevos bríos protectorios al otro pilar que sustenta la trascendencia que el legislador de 1988 le dio al principio de libertad sindical; su artículo 47 estableció un mecanismo de protección amplia de los derechos derivados de la libertad sindical: “Todo traba-

¹¹ El intérprete deberá considerar como criterio de interpretación o de evaluación sobre el alcance de la norma cuál es la que resulta más favorable al fortalecimiento de las organizaciones sindicales y la eficacia del accionar sindical, y resolver en el sentido más favorable a ellas. Ello, por otra parte, creemos que impone un nuevo análisis acerca de la normativa legal en cuanto a las disposiciones de la ley 23.551, que constituyen una herramienta tendiente a disuadir de la atomización o fragmentación sindical, que deberán ser apreciadas a la luz de la manda de fomentar el fortalecimiento de las asociaciones sindicales y la eficacia del accionar sindical.

¹² Por ejemplo, a fin de resolver sobre el ámbito de cotejo de la cantidad de afiliados cotizantes en disputas de personería gremial cuando los ámbitos de los sindicatos en conflicto son parcialmente superpuestos, el sentido direccionado al fortalecimiento de las organizaciones sindicales y de la eficacia del accionar sindical debería llevar a revisar el criterio generalmente adoptado por la administración de efectuar el cotejo sólo sobre el ámbito de superposición en tanto posee efectos contrarios a aquellas finalidades (conf. voto del Dr. Rodolfo Capón Filas en la sentencia 27.936 del 26-4-2005, en los autos “Asociación del Personal Superior del Congreso de la Nación c/Ministerio de Trabajo s/Ley de Asociaciones Sindicales”, expte. 13.930/2004, del registro de la sala VI).

jador o asociación sindical que fuere impedido u obstaculizado en el ejercicio regular de los derechos de la libertad sindical garantizados por la presente ley, podrá recabar el amparo de estos derechos ante el tribunal judicial competente, conforme al procedimiento [...] a fin de que éste disponga, si correspondiere, el cese inmediato del comportamiento antisindical”, y que ya a la luz de la OC 27/2021 no deja otra interpretación posible que la de ser aplicada de forma tal que sea una protección efectiva y adecuada con el alcance que surge de la manda de los párrafos 108, 110 y 112 de la misma¹³, quedando desactivadas las interpretaciones que limitan su alcance a la luz de las restrictivas interpretaciones que se han formulado a partir de la utilización del verbo “cesar” en su redacción.

Por último dos menciones en torno a las metas a las que deben direccionarse todas las medidas adoptadas por los Estados.

El “fortalecimiento de las asociaciones sindicales” implica aquello que lleve a dotar de mayor poder de negociación y conflicto (que de ello se trata el “fortalecimiento”) al conjunto de las organizaciones sindicales, al sistema sindical de representación de los intereses de los trabajadores y trabajadoras. De ahí el uso del plural “de las organizaciones sindicales” en el enunciado, que muy posiblemente coincida con la situación individual de una asociación sindical, pero puede que no, de la misma manera que puede a veces no existir correspondencia entre el interés individual y el interés colectivo. En el caso, no podría privilegiarse un interés individual –de un sindicato– que debilitara el estado de fuerza de las asociaciones sindicales o la eficacia del accionar colectivo, en tanto, por ejemplo, pudiera llevar a una atomización del poder sindical.

Y, en cuanto al fomento de “la eficacia del accionar sindical”, es de notar que la manda se refiere a fomentar la capacidad de las or-

¹³ Afirmación que en esta oportunidad se formula sin perjuicio de lo ya sostenido por el autor en reiteradas oportunidades acerca de que era la interpretación que correspondía dar al art. 47 tanto a la luz del mandato del art. 1° de la ley 23.551, del contenido amplio de la condena a obligación de hacer como realización de actos idóneos –actos positivos y no una mera abstención– para que quede privado de efectos del acto antisindical en el esquema de las prácticas desleales (conf. art. 55, ley 23.551), y el sentido de “adecuada protección” que exige la normativa suprallegal en que dicha protección se enmarca (Convenio de la OIT N° 98, art. 1°).

ganizaciones de lograr el objetivo o finalidad de su accionar tenido en miras por ésta. “Eficacia” es, según el *Diccionario* de la Real Academia Española, la “capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera”, y se refiere al resultado buscado por la propia entidad sindical hacia el que se encuentra direccionado su accionar. La manda no se limita a fomentar la eficiencia en el accionar colectivo, concepto que se refiere al mejor uso de los medios –es más, no atiende a los medios– sino que se encuentra claramente dirigida a fomentar que el accionar sindical logre la finalidad buscada.

Como se advierte, el “fortalecimiento de las asociaciones sindicales” y la “eficacia del accionar colectivo” son conceptos íntimamente relacionados, atendiendo aquél al medio –fortalecimiento de los sindicatos– a través del cual se pueden lograr los resultados buscados –eficacia– de su accionar, que en nuestro sistema legal está impregnado de la amplitud que le reconoce el artículo 3° de la ley 23.551 (“...remover los obstáculos que dificultan la realización plena del trabajador”).

En definitiva, los Estados tienen la obligación de adoptar todas las medidas necesarias, en el marco de las respectivas competencias atribuidas a sus diversos órganos, dirigidas a fomentar el fortalecimiento de los sindicatos –lo cual implica, por lo demás, adoptar todas las medidas tendientes a evitar su debilitamiento– como medio necesario de posibilitar el logro de los objetivos del accionar colectivo.

4. Autonomía sindical y la democracia interna

En la dimensión individual, los trabajadores y trabajadoras, y empleadores y empleadoras, sin ninguna distinción y sin autorización previa, deben gozar del derecho a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección para realizar cualquier actividad lícita de índole sindical en la defensa y promoción de sus intereses, y a poner en marcha su estructura interna, actividades y programas de acción, sin intervención de las autoridades públicas que limite el ejercicio del derecho (párr. 110).

...las disposiciones que reglamenten el funcionamiento sindical deben privilegiar la autonomía sindical, y a tal fin deben ser las mínimas necesarias para garantizar el funcionamiento democrático del sindicato, y a salvaguardar los intereses de sus afiliados (párr. 110).

La CIDH hace hincapié en la autonomía sindical, tanto en el plano de los derechos individuales –de titularidad individual– como colectivos –de titularidad colectiva– de la libertad sindical.

En el primero de ellos, señalando que las autoridades públicas deben abstenerse de intervenir de manera limitante en el ejercicio de los derechos que asisten a cada trabajador y trabajadora a organizar sindicatos, a afiliarse al de su elección para realizar actividades lícitas de índole sindical, así como a poner en marcha su estructura interna, actividades y programas de acción (derechos éstos que parecieran más de índole colectiva –o de titularidad de la propia asociación sindical– que individuales, toda vez que la vía de puesta en marcha de la estructura interna, actividades y programas de acción son ajenas a las de cada afiliado o afiliada individualmente considerado y dependen principalmente de disposiciones estatutarias y del modo en que se conforma la voluntad del ente colectivo).

Y en el plano colectivo, el párrafo 110 de la OC aborda una temática de sumo interés, cual es el análisis, a la luz de la regla de autonomía sindical, de la permisión de regulación heterónoma de aspectos vinculados a la vida interna de las asociaciones sindicales, los límites a dicha injerencia, la vinculación y relación funcional con el principio de democracia sindical, y el sentido con el cual, derivado de ello, deben ser interpretadas y aplicadas las normas heterónomas que se inmiscuyen en aspectos internos de la vida de los sindicatos.

Sabido es que nuestro régimen jurídico garantiza la autonomía sindical (arts. 6º, 57 y concs., ley 23.551), lo cual se enmarca dentro del plexo constitucional y suprallegal.

Y también es sabido que nuestro sistema normativo sindical ha sido correctamente calificado como de “reglamentarismo legal”, que “...se caracteriza por una regulación explícita y detallada de aspectos relativos a la estructura interna de las organizaciones sindicales...”¹⁴

A la luz de esta aparente colisión –sistema que garantiza la autonomía sindical pero que simultáneamente efectúa una regulación “explícita y detallada” de aspectos que hacen a la vida interna del sindi-

¹⁴ CORTE, Néstor, *El modelo sindical argentino*, 2ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 14/15.

cato—, lo expresado por la CIDH marca el camino de la correcta resolución de la concurrencia normativa.

El principio de autonomía no conlleva necesariamente a la inexistencia de actividad normativa estatal referida a la vida de las asociaciones sindicales, ya que de ser ello así considerado podría resultar que el respeto de la así entendida autonomía resultara ser un bill de indemnidad que habilitara a atropellar el ejercicio de los derechos individuales derivados del principio de libertad sindical o la frustración de las reglas de funcionamiento democrático de las mismas entidades.

La CIDH admite expresamente la intromisión estatal a través de disposiciones que reglamenten el funcionamiento sindical —que en el caso de nuestro país sólo puede ser mediante normas legales, conforme artículo 28, Constitución Nacional— en tanto estén dirigidas a “garantizar el funcionamiento democrático del sindicato y a salvaguardar los intereses de sus afiliados”, es decir, direccionadas a garantizar la democracia interna en la vida de la entidad y asegurar el ejercicio de los derechos individuales derivados del principio de libertad sindical (derecho a participar en la vida de la asociación, derecho a postularse a ocupar cargos, derecho a elegir a sus representantes —quizás más precisamente derecho a contribuir con su voto individual al proceso de designación colectiva de sus representantes—, derecho a participar —si correspondiere en función de la estructura del órgano— en las deliberaciones y decisiones de los cuerpos deliberativos; derechos todos éstos que podrían verse frustrados en una equivocada comprensión de la autonomía sindical desvinculada de su inherente relación triangular con los de democracia y libertad sindical.

Desde esta perspectiva, cuando la reglamentación legal se inmiscuye en aspectos que hacen a la vida interna de una asociación sindical lo hace —despejadas las cuestiones de orden público— para garantizar el ejercicio de los derechos individuales derivados de la libertad sindical frente al propio sindicato o bien, que es en muchos casos lo mismo, para garantizar la democracia interna.

La norma legal que se inmiscuye en la vida interna de las organizaciones sindicales es razonable y no viola la autonomía de la entidad cuando su finalidad es garantizar los derechos de los afiliados en la

vida interna de la organización (o de los trabajadores/as para ingresar a ésta) y/o garantizar la democracia interna.

Y es desde tal perspectiva que deben ser interpretadas y aplicadas todas las normas que se refieren a la organización y/o vida interna de los sindicatos, en el sentido de que han sido dictadas para garantizar el ejercicio de los derechos individuales y la democracia interna.

Su interpretación nunca puede ser efectuada en sentido contrario: como normas que habiliten a la organización sindical a frustrar derechos individuales derivados de la libertad sindical, a impedir u obstaculizar la participación, o a convalidar comportamientos o acciones reñidas con la democracia sindical.

Con expresa referencia a esta relación triangular decía Néstor Corte: “El principio de democraticidad sindical es una consecuencia del principio de libertad sindical en el plano individual y a la vez una limitación a la autonomía sindical en el aspecto colectivo. Sería incoherente garantizar a los trabajadores el derecho de realizar actividades sindicales, afiliarse, desafiliarse o no afiliarse si al mismo tiempo no se consagran garantías que aseguren al sindicato la participación efectiva en las actividades de la organización y la protección jurídica contra prácticas autoritarias de la gestión sindical que lo marginen de las decisiones primordiales y del contralor del desempeño de quienes ejercen los cargos directivos. De ser así, la disciplina sindical se convertiría –paradojalmente– en uno de los ‘obstáculos que dificultan la realización plena del trabajador’ cuya remoción precisamente constituye el objeto de las asociaciones sindicales (art. 3º). Igualmente incoherente resultaría reconocer a las entidades sindicales su autonomía ‘constituyente’ –es decir, la potestad de autoorganizarse y decidir su propia estructura interna sin injerencias ajenas– si a través del ejercicio de esos poderes se instrumentara un régimen estatutario que desconociera o cercenara los derechos individuales de los trabajadores adheridos a la organización, o el gobierno de la misma por minorías designadas arbitrariamente y que actuasen al margen de las necesidades y del contralor de los afiliados de base”¹⁵.

¹⁵ Íd., ps. 166/167.

5. La negociación colectiva y las convenciones colectivas de trabajo

La CIDH ha abordado diferentes aspectos referidos a la negociación colectiva y a las convenciones colectivas de trabajo, algunos de los cuales serán referidos a continuación.

a) Titularidad del derecho a negociar colectivamente

...esta Corte recuerda, en torno a la negociación colectiva, que es compatible con los principios de la libertad sindical que la legislación nacional otorgue derecho exclusivo para celebrar convenciones colectivas de trabajo al sindicato más representativo en su ámbito, en tanto ello no impida el funcionamiento de los sindicatos minoritarios ni privar a éstos del derecho de presentar demandas en nombre de sus miembros y de representarlos en caso de conflictos individuales (párr. 118).

La CIDH ratifica la adecuación al plexo convencional de derechos humanos del sistema legal de negociación colectiva en la Argentina en tanto confiere exclusividad en el ejercicio del derecho a celebrar convenciones colectivas de trabajo a los sindicatos con personería gremial (conf. art. 31, inc. c, ley 23.551 y art. 1º, ley 14.250).

En el mismo sentido se habían pronunciado los órganos de control de la OIT –aun cuando sin la fuerza vinculante que se deriva del carácter de intérprete autorizado y último de la CIDH respecto de la CADH– y, con sustento en las observaciones y opiniones de éstos, había convalidado también la CSJN al dictar su sentencia de fecha 3 de septiembre de 2020, *in re* “Ademus y otros c/Municipalidad de la Ciudad de Salta y otros s/Amparo sindical”.

La singularidad de la OC 27/2021 a este respecto, en opinión de quien estas líneas bosqueja, y que amerita su inclusión en esta breve e incompleta reseña, es el uso del adjetivo “exclusivo” para calificar a la titularidad admisible en tal derecho; y no porque sea la primera vez que se use –como veremos no lo es– sino porque en reiteradas ocasiones se ha pretendido limitar el alcance de la prerrogativa a una “prioridad” o “preferencia” con alcance diferente al adjetivo ahora en consideración.

Mas tal pretensión soslaya que aun los órganos de control de la OIT, de por sí críticos de otros derechos otorgados desde la ley con exclusividad a los sindicatos con personería gremial y de herramientas utilizadas por la norma legal para fomentar el fortalecimiento de las asociaciones sindicales y la eficacia del accionar sindical y disuadir de su fragmentación –que a la luz de la novedad que al respecto trae la OC 27/2021 en su párrafo 112 ameritan su revisión–; reitero, aun aquellos órganos se han referido a la “exclusividad” en el otorgamiento del derecho a negociar colectivamente al sindicato más representativo como compatible con el Convenio N° 87.

En tal sentido, el análisis de la *Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*¹⁶ permite advertir un uso indistinto de los términos “prioridad” (“prioridad en materia de representación en las negociaciones colectivas”, párr. 525)¹⁷, “derechos preferenciales” (“derechos preferenciales en lo que se refiere a cuestiones tales como la negociación colectiva”, párr. 540)¹⁸, y el adjetivo “exclusivo” (“el derecho exclusivo de negociación”, párr. 544)¹⁹, y “agente negociador exclusivo”,

¹⁶ En las menciones y remisiones que seguidamente se efectuarán seguimos a la 6ª ed. (rev.) del año 2018; ver en chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_635185.pdf.

¹⁷ “...el Comité estimó que el simple hecho de que la legislación de un país establezca una distinción entre las organizaciones sindicales más representativas y las demás organizaciones sindicales no debería ser en sí criticable. Sin embargo, es necesario que una distinción de este género no tenga como consecuencia conceder a las organizaciones más representativas –carácter que se deriva de un número más elevado de afiliados– privilegios que excedan de una prioridad en materia de representación en las negociaciones colectivas...”

¹⁸ “El hecho de reconocer la posibilidad de un pluralismo sindical no impediría que se concedieran ciertos derechos y ventajas a las organizaciones más representativas. Siempre y cuando la determinación de la organización más representativa se base en criterios objetivos, establecidos de antemano y precisos, con el fin de evitar toda decisión parcial o abusiva, y las ventajas se limiten de manera general al reconocimiento de ciertos derechos preferenciales en lo que se refiere a cuestiones tales como la negociación colectiva, la consulta por las autoridades o la designación de delegados ante organismos internacionales”.

¹⁹ “El Comité consideró que un sistema de registro introducido por una ley, que otorga el derecho exclusivo de negociación a los sindicatos registrados no sería in-

párr. 1379²⁰). Inclusive ha utilizado dos de esos términos en el mismo párrafo para referirse a la misma situación (“derechos preferenciales o exclusivos de negociación”, párr. 1369²¹, y “un derecho preferente o la facultad de representar de manera exclusiva a los trabajadores en las negociaciones colectivas”, párr. 1380²²), y hasta se ha referido a la misma situación describiéndola por la inversa de admitir la negación de la posibilidad de negociar colectivamente al sindicato minoritario (“a las cuales se niegan los derechos de negociación colectiva”, párr. 545)²³.

Ello permite afirmar que el Comité de Libertad Sindical ha utilizado dichos términos bien como sinónimos o bien como alternativas pero sin distinción de efectos jurídicos.

Lo hasta aquí expuesto no significa que el sistema de atribución exclusiva del derecho a negociar colectivamente al sindicato mayoritario –con personería gremial, en nuestro sistema– sea el único admisible desde su cotejo con la normativa convencional de derechos humanos o bien con los Convenios de la OIT N° 87 o N° 98; distintos sistemas también lo son o podrían serlo en tanto prevean mecanismos de integración de la voluntad del sector sindical y confluyan en la

compatible con los principios de la libertad sindical siempre que el registro se base en criterios objetivos y preestablecidos. Sin embargo, acordar derechos exclusivos a la organización más representativa no debería significar la prohibición de la existencia de otros sindicatos a los que ciertos trabajadores interesados desearían afiliarse”.

²⁰ “Aun cuando no sea necesariamente incompatible con el Convenio N° 87 disponer la certificación del sindicato más representativo en una unidad determinada, reconociéndolo como el agente negociador exclusivo de dicha unidad, tal sería el caso solamente si se prevén al mismo tiempo una serie de garantías...”

²¹ “Cuando, según el sistema en vigor, el sindicato más representativo goce de derechos preferenciales o exclusivos de negociación, dicho sindicato debe determinarse con arreglo a criterios objetivos y previamente determinados a fin de evitar toda posibilidad de parcialidad o de abuso”.

²² “Si se modifica la relación de fuerzas entre sindicatos que pugnan por un derecho preferente o la facultad de representar de manera exclusiva a los trabajadores en las negociaciones colectivas, es conveniente que exista la posibilidad de reconsiderar los elementos de hecho en que se había basado la atribución de tal derecho o facultad...”

²³ “Las organizaciones sindicales minoritarias, a las cuales se niegan los derechos de negociación colectiva, deben poder desempeñarse y tener por lo menos el derecho de hacerse portavoces de sus miembros y de representarlos en caso de reclamación individual”.

unidad de representación del interés colectivo del sector –que en tanto tratarse de un interés no admite representaciones múltiples contrapuestas–, pero sí implica que el sistema legal argentino es plenamente compatible con la normativa convencional.

b) *Sentido unidireccional de la negociación colectiva*

...el Tribunal considera relevante recordar que el derecho a la negociación colectiva se dirige a proteger a las organizaciones de trabajadores y trabajadoras para que se encuentren en condiciones de negociar con sus empleadores, con el objetivo principal de mejorar sus condiciones de vida y de trabajo (párr. 145).

...Uno de los objetivos fundamentales perseguido por el derecho a la negociación colectiva es la promoción de términos y condiciones laborales que permitan mejorar las condiciones de vida de los trabajadores y las trabajadoras (párr. 149).

Los párrafos 145 y 149 de la OC 27/2021 marcan dos notas de suma relevancia que hacen a la esencia del derecho a la negociación colectiva y a la de su resultado, los convenios colectivos de trabajo o acuerdos con fuerza de tales.

En cuanto a la primera –la esencia del derecho a negociar colectivamente– es que constituye un derecho reconocido por el plexo convencional de titularidad unilateral en favor de la representación de los trabajadores y trabajadoras. Es un derecho dirigido a proteger a las asociaciones sindicales –organizaciones de trabajadores y trabajadoras– y no un derecho de titularidad bilateral de ambas representaciones, sindical y patronal.

Tal como se aprecia, el mismo sentido de titularidad unilateral del derecho a negociar colectivamente en las organizaciones de trabajadores y trabajadoras se encuentra plasmado en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, en tanto garantiza el derecho a celebrar convenciones colectivas de trabajo a los gremios –que la normativa legal reglamentaria atribuye al sindicato con personería gremial–, no existiendo norma alguna de igual jerarquía que reconozca a la representación empresaria un derecho equivalente.

Y siendo el derecho a negociar colectivamente una medida de protección a las organizaciones de trabajadores y trabajadoras para que se encuentren en condiciones de negociar con el objetivo de mejorar las condiciones de vida y de trabajo de aquéllas y aquéllos, el sujeto titular del derecho posee acción para compeler a la contraparte al respeto de su derecho (a negociar colectivamente), y el no ejercicio de aquél por parte de su titular no puede redundar en sanción alguna en su perjuicio (tal como inconstitucionalmente lo hace el inc. e, del art. 4º de la ley 23.546) al sancionar con multa la negativa sindical a negociar colectivamente a instancia del sector empleador, ni conllevar a la caducidad de la norma convencional en la cual fueron plasmadas las condiciones de labor y salariales que implicaron el último –desde su temporalidad– peldaño alcanzado relativo a sus condiciones de trabajo y salariales (siendo éste uno de los fundamentos que llevarían a la tacha de inconstitucionalidad e inconventionalidad de las pretensiones de derogar el efecto de ultraactividad de las convenciones colectivas de trabajo).

Por otro lado, la CIDH marca también el sentido unidireccional y protectorio de los convenios colectivos de trabajo: las convenciones colectivas de trabajo fueron una conquista de los trabajadores y trabajadoras y sus organizaciones dirigidas al logro de mejoras en sus condiciones de trabajo (y consecuentemente de vida). Desde tal perspectiva, el convenio colectivo es un instrumento regulador de condiciones de trabajo y salariales, pero de sentido unidireccional. No constituye un regulador neutro de condiciones de trabajo, sino un instrumento superador de las condiciones vigentes y adquiridas.

Esto que ha sido expresado con meridiana claridad por la CIDH (“el objeto principal de mejorar sus condiciones de vida y de trabajo”, que atribuye a la negociación colectiva) constituye además una de las bases en las que se asientan otras dos consecuencias: la inviabilidad convencional de la disponibilidad colectiva y la vigencia del principio de progresividad y no regresión en materia de prelación de normas –además de en materia de sucesión normativa–, y ambas fueron también abordadas en la OC 27/2021.

c) *Disponibilidad colectiva y principio de progresividad y no regresión*

La CIDH descalifica tanto la posibilidad de que los convenios colectivos de trabajo puedan ser negociados por debajo de los límites mínimos de derechos consagrados en la legislación o reduciendo tales niveles mínimos de protección (disponibilidad colectiva) como la regresión normativa.

Así, teniendo en cuenta “...la naturaleza de las normas jurídicas internas como fuentes de derecho laboral...”, recordando que “...la legislación laboral tiene como fuente de producción principalmente el congreso...”, que la negociación colectiva “...es fuente de un acuerdo celebrado entre los trabajadores y las trabajadoras y el empleador o la empleadora, y que es establecido en un convenio colectivo de trabajo...”, que “...mientras la legislación es resultado de un acto del Estado a través de sus instituciones democráticas, el convenio colectivo es un acto de autonomía privada que surge del ejercicio de su libertad sindical” (párr. 143), y que “...corresponde a la autoridad legislativa determinar los mínimos legales en materia de condiciones de trabajo y de empleo...”²⁴ (párr. 144), que “...los derechos de los trabajadores no son renunciables y las leyes que los reconocen obligan y benefician a todos los habitantes del territorio...”²⁵ (párr. 144), y considerando que “El derecho laboral tiene un carácter protector...” (párr. 145), que “...tiene como punto de partida el desbalance de poder entre los trabajadores y las trabajadoras, y los empleadores y empleadoras, al momento de negociar sus condiciones laborales...”, concluye afirmando que

...permitir que la ley laboral pueda ser derogada de manera general, *in peius*, en virtud de un contrato colectivo, colocaría a los trabajadores y las trabajadoras en una situación mayor de desventaja frente al empleador, potencialmente provocando el desmejoramiento de sus condiciones de trabajo y de vida, y vulnerando así el mínimo de protección establecido por el derecho nacional e internacional. Los contratos colectivos, sin embargo, pueden mejorar la legislación

²⁴ Señalamiento del Comité de Libertad Sindical de la OIT.

²⁵ Cita de los principios de la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales.

laboral cuando se amplíe el ámbito de protección de los derechos laborales, salvo que la ley interna contenga disposiciones que limitan esa posibilidad de manera justificada (párr. 147).

...no sería jurídicamente válido que la legislación nacional autorice a las partes negociantes de un convenio colectivo de trabajo [que] puedan renunciar a la protección de los derechos reconocida en el ámbito interno. Esto constituiría incumplimiento de las obligaciones de desarrollo progresivo, en tanto permitiría que los trabajadores y las trabajadoras, y los empleadores y empleadoras, a través de la negociación colectiva, es decir a partir de un acto de autonomía privada, deroguen derechos reconocidos en la legislación nacional, sin que existan garantías adecuadas que permitan al Estado justificar plenamente la regresión en la protección al derecho involucrado, con referencia a la totalidad del resto de los DESCAs²⁶.

Y por otra parte puntualiza que el derecho a la negociación colectiva no orbita en el vacío ni descontextualizado del marco de los instrumentos de derechos humanos que poseen como propósito la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, entre los que considera incluidos a “sus derechos laborales”, resaltando nuevamente que uno de los objetivos fundamentales del derecho a la negociación colectiva es “...la promoción de términos y condiciones laborales que permitan mejorar las condiciones de vida de los trabajadores y las trabajadoras”, por lo cual:

...permitir en general que los derechos reconocidos por la legislación laboral puedan ser derogados *in peius* por medio de la negociación colectiva, cuando esto implica una regresión en la protección del reconocimiento de los derechos de los trabajadores y las trabajadoras, debe ser considerado contrario al principio de la negociación libre y voluntaria protegida por los derechos a la libertad sindical y a la negociación colectiva, en la medida en que podría poner en riesgo otros derechos laborales, como por ejemplo el derecho al trabajo y a las condiciones justas, equitativas y satisfactorias (párr. 149).

Como queda expuesto, a la luz de la normativa convencional de derechos humanos sobre la que ha recaído la interpretación auténtica

²⁶ Derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.

y última de la CIDH, no resultan admisibles ni superarían un control de convencionalidad las normas de Derecho interno que pretendieran habilitar la disponibilidad colectiva o bien habilitar la posibilidad de regresión sea en materia de sucesión normativa como de prevalencia de norma menos favorable (aunque no fuera éste el criterio expresado pero sí el resultado del que pudiera ser expresado)²⁷.

6. El derecho de huelga

También respecto del derecho de huelga la CIDH da tratamiento a varias de sus aristas, y la actualidad del debate a su respecto en nuestro país torna relevante el tratamiento de algunas de ellas.

a) *Titularidad del derecho de huelga*

El derecho de huelga es uno de los derechos humanos fundamentales de los trabajadores y las trabajadoras, que pueden ejercer con independencia de sus organizaciones [...] También resulta un derecho en cabeza de las asociaciones gremiales en general (párr. 95).

En relación con el derecho de huelga, el Tribunal advierte que los Estados deben respetar y garantizar que éste pueda ser ejercido de manera efectiva por todos los trabajadores y las trabajadoras, sin discriminación (párr. 111).

La CIDH se pronuncia claramente respecto de la titularidad del derecho de huelga en el sentido de que sus titulares son tanto los trabajadores y trabajadoras –aun con independencia de sus organizaciones sindicales– como las propias organizaciones sindicales.

Al así expresarlo, de manera terminante, la CIDH descalificó implícitamente el criterio que fuera sostenido al respecto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al dictar sentencia del 7 de junio de 2016 en los autos “Orellano, Francisco Daniel c/Correo Oficial de la República Argentina SA s/Juicio sumarísimo”, en la cual había interpretado el texto constitucional en el sentido de que la titularidad

²⁷ Por ejemplo, la ley 25.250 no establecía expresamente que en caso de concurrencia de convenios colectivos de diferente ámbito prevalecía el menos favorable, pero éste era un efecto posible al disponer la norma legal la prevalencia del convenio de ámbito menor sin importar que fuera menos favorable que el de ámbito mayor.

del derecho de huelga corresponde a los sindicatos (tengan personería gremial o simple inscripción); y no son titulares de dicho derecho los “grupos informales de trabajadores”.

La singularidad de la implícita descalificación hacia el restrictivo criterio con el que la Corte se había referido a la titularidad del derecho de huelga radica en que la CIDH ha referenciado para sustentar la amplitud de titularidad en la que concluyen algunos de los convenios que habían sido invocados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación como fundamento de la restrictividad de su criterio.

Así, por ejemplo, no obstante que el artículo 8° del Pidesc al disponer que “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar...” menciona expresamente a los titulares a quienes es reconocida la titularidad de los derechos mencionados en cada uno de los tres primeros incisos (a, b, y c) en el inicio de cada uno de éstos²⁸ y que en el inciso d, referido al derecho de huelga, no efectúa referencia concreta alguna a su/s titular/es²⁹; a la par que el artículo 8° del Protocolo de San Salvador menciona en el inciso 1° a los sujetos titulares (trabajadores y sindicatos discriminando los derechos cuya titularidad reconoce a cada uno de ellos)³⁰ y que en inciso siguiente, referido al derecho de huelga, tampoco hace mención alguna limitativa respecto del sujeto titular de tal derecho³¹, todo lo cual debería haber llevado a la Corte Suprema de Justicia de la Nación a concluir que el derecho

²⁸ “a) El derecho *de toda persona* a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección...

”b) El derecho *de los sindicatos* a formar federaciones o confederaciones nacionales y el de éstas a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas;

”c) El derecho *de los sindicatos* a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos”.

²⁹ “d) El derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país”.

³⁰ “a. el derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección, para la protección y promoción de sus intereses. Como proyección de este derecho, los Estados Partes permitirán a los sindicatos formar federaciones y confederaciones nacionales y asociarse a las ya existentes, así como formar organizaciones sindicales internacionales y asociarse a la de su elección. Los Estados partes también permitirán que los sindicatos, federaciones y confederaciones funcionen libremente”.

³¹ “b. el derecho a la huelga”.

de huelga es de titularidad de todos los sujetos mencionados en los incisos precedentes –máxime a la luz del principio *pro homine*–, y que la ley vigente en nuestro país (el inciso del artículo citado del Pidesc refiere a la ley de cada país) no contiene disposición alguna que limite la titularidad del derecho de huelga a las asociaciones sindicales, la Corte en el considerando 11 de la sentencia dictada en “Orellano” asoció la titularidad de tal derecho de manera limitativa para las asociaciones sindicales, negando que los/as trabajadores/as puedan ser considerados titulares de tal derecho, y sugestivamente omitió la transcripción de las normas internacionales que claramente revelarían que no ha sido voluntad del Pacto ni del Protocolo establecer esa limitación.

Y ello es puesto de resalto por la CIDH cuando afirma que “...la deliberada ubicación de su enunciado de manera aislada de los derechos de las asociaciones sindicales...” en los artículos 8.2, del Protocolo de San Salvador y 8.1.d, del Pidesc indican que éstos lo han reconocido a los trabajadores y trabajadoras, que pueden ejercerlo con independencia de sus organizaciones, no obstante que luego aclara que también resulta un derecho en cabeza de las asociaciones gremiales en general.

De la misma manera la CIDH descalifica fuertemente la afirmación que la Corte Suprema efectuó en el considerando 13 de la sentencia dictada en el caso “Orellano”, en torno a que la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales sólo permite concluir que el derecho de huelga es de titularidad sindical y el de los trabajadores se limita al de adherir a una huelga declarada, frente a lo cual la CIDH funda la conclusión de que el derecho de huelga es de titularidad de los trabajadores y trabajadoras –y ser un derecho “fundamental”, tal como lo adjetiva– de éstos y éstas (además de serlo también de las asociaciones gremiales en general), fundando tal conclusión en torno a la amplitud de la titularidad del derecho de huelga en el artículo 27 del mismo instrumento, al cual la Corte local había atribuido sentido limitativo.

Y similar descalificación realiza en cuanto sustenta también la doctrina de la titularidad amplia en el artículo 45.c, de la Carta de la OEA, cuyo claro texto (“...el de huelga por parte de los trabajadores...”)

había sido forzado por la Corte argentina pretendiendo hacerle decir algo diferente a lo que claramente expresa.

A la luz de la vehemencia con la cual la CIDH interpretó la amplia titularidad del derecho de huelga que se deriva de la apuntada normativa supralegal y constitucional, el criterio limitativo sostenido por la Corte en el precedente “Orellano” ha pasado a ser tan sólo el recuerdo de un fallo triste y artificiosamente construido, cuyo destino es quedar en la página de los anales de la jurisprudencia que no debiera repetirse³².

b) *Amplitud de contenido y finalidades del derecho de huelga*

Para el Comité de Libertad Sindical se entiende por huelga, por lo general, “la interrupción temporal del trabajo (o disminución) voluntaria efectuada por uno o más grupos de trabajadores con el fin de obtener reivindicaciones o rechazar exigencias o expresar quejas o de apoyar las reivindicaciones o las quejas de otros trabajadores”. El Tribunal coincide con esta definición, y considera que el derecho de huelga es uno de los derechos fundamentales de los trabajadores y las trabajadoras, y de sus organizaciones, pues constituye un medio legítimo de defensa de sus intereses económicos, sociales y profesionales. Se trata de un recurso que ejercen los trabajadores y las trabajadoras como medio de presión sobre el empleador, a fin de corregir una injusticia, o bien para la búsqueda de soluciones a las cuestiones de política económica y social, y a los problemas que se plantean en las empresas y que interesan directamente a los trabajadores y las trabajadoras. En ese sentido, el Tribunal Europeo ha calificado a la huelga como el instrumento “más poderoso” de protección de los derechos laborales (párr. 98).

Respecto a la finalidad o reivindicaciones perseguidas por la huelga y que son objeto de protección, este Tribunal considera que pueden sintetizarse en tres categorías: las de naturaleza laboral, que buscan mejorar las condiciones de trabajo o de vida de los trabajadores y

³² Tal como el autor expresó deseosamente en el Congreso de Derecho Laboral, Tucumán, 2016, “El Derecho del Trabajo a 200 años de la Declaración de la Independencia”, celebrado en septiembre de 2016 en la ciudad de San Miguel de Tucumán, al referirse a la sentencia de la CSJN, *in re* “Orellano”, en su intervención: *Derecho Colectivo del Trabajo: derecho de huelga*.

las trabajadoras; las de naturaleza sindical, que persiguen las reivindicaciones colectivas de las organizaciones sindicales; y las que impugnan políticas públicas (párr. 99).

La CIDH refuerza en el párrafo 98 de la OC el carácter de “derecho fundamental” de los trabajadores y trabajadoras y de sus organizaciones sindicales que atribuye al derecho de huelga, trayendo a colación la calificación que del mismo ha efectuado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como el instrumento “más poderoso” de los derechos laborales.

Al referirse a que el ejercicio del derecho de huelga es un medio legítimo con que cuentan sus titulares para la defensa “...de sus intereses económicos, sociales y profesionales...” queda fijada la amplitud de fines a cuya satisfacción puede encontrarse dirigido su ejercicio, que va más allá (pero que obviamente también incluye) de las cuestiones derivadas de sus respectivas relaciones laborales con el sector patronal, y comprende a las medidas gremiales motivadas por cuestiones de política económico-social que hagan a sus intereses de clase y tengan por destinatario de la medida a los poderes públicos, extremo éste que resulta corroborado en el párrafo siguiente, al sintetizar la CIDH las tres categorías de reivindicaciones a ser perseguidas por la huelga y que son objeto de protección: las de naturaleza laboral, las de naturaleza sindical y las que impugnan políticas públicas.

Por otra parte, incluye también dentro del marco del derecho de huelga a aquellas medidas llevadas a cabo en solidaridad con otros trabajadores en conflicto, comprendiendo así dentro de su legítimo ejercicio, en tanto ninguna referencia hace la CIDH a que deba existir identidad en la persona del empleador, tanto a las denominadas huelgas de solidaridad como a las de simpatía.

Todo lo hasta aquí señalado respecto de la amplitud de fines del derecho de huelga a la luz va en consonancia, en nuestro Derecho interno, con la amplitud que el artículo 3º de la ley 23.551 otorga a la acción sindical en orden a remover los obstáculos que dificultan la realización plena del trabajador, cuya textura pareciera no admitir concepciones restrictivas en torno al derecho de huelga y los fines de ésta y los sujetos a los que ésta se dirige, pero que no obstante, al existir

posiciones doctrinales restrictivas, encuentra la norma legal citada un fuerte respaldo en la doctrina fijada por la CIDH.

En cuanto a la materialidad del ejercicio del derecho de huelga descarta la CIDH la concepción restrictiva que pretende exigir para su configuración extremos tales como la abstención de prestar tareas, su duración durante toda la jornada, y el abandono o no concurrencia a los lugares de trabajo, inclinándose hacia una posición más abarcativa de las medidas de acción directa a las que pueden ocurrir los trabajadores y trabajadoras y/o sus organizaciones sindicales en ejercicio del derecho de huelga, y si bien no establece un límite de materialidad que habilite a excluir de su alcance a cualquier medida que implique ruptura de la cotidianidad en la forma de trabajar que es debida en momento de inexistencia de conflicto, su expresa mención a la “disminución” temporal del trabajo permite sostener que las llamadas formas atípicas de la huelga a las que sus titulares suelen recurrir, sea por su mayor efectividad o potencialidad lesiva o por el ahorro de sacrificio que les implica, han sido comprendidas por la CIDH dentro de la protección que conlleva ser consideradas formas de ejercicio del derecho de huelga.

c) No punibilidad del ejercicio del derecho de huelga

...el Estado debe abstenerse de aplicar sanciones a los trabajadores y a las trabajadoras, cuando participen en una huelga legal, en tanto se trata de una actividad sindical lícita que constituye además el ejercicio de un derecho humano, y garantizar que estas sanciones tampoco sean aplicadas por las empresas privadas (párr. 101).

...el Estado debe garantizar que los trabajadores y las trabajadoras puedan ejercer su derecho a huelga sin ser objeto de penalización por parte del empleador particular, o del propio Estado (párr. 111).

Del imperativo de que “...la ley debe proteger el ejercicio del derecho de huelga de todos los trabajadores y trabajadoras...” (párr. 100) y de la obligación de los Estados de “...respetar y garantizar que éste pueda ser ejercido de manera efectiva por todos los trabajadores y las trabajadoras, sin discriminación...” (párr. 111), que conlleva a que la normativa estatal debe estar dirigida a posibilitar y a proteger el ejer-

cicio del derecho de huelga y no a restringir, obstaculizar o a impedir su ejercicio, se deriva la prohibición de penalización por el ejercicio de dicho derecho.

Por supuesto que la veda de penalización alcanza tanto al Estado –actuando tanto en su rol de poder público como en su rol de empleador– como a los empleadores privados, y comprende a aquellas sanciones que se encuentran expresadas como tales como consecuencia al ejercicio del derecho de huelga, pero no se limitan a éstas sino que comprenden también a las sanciones indirectas tales como la implementación de cualquier consecuencia negativa que pudiera derivarse para quienes ejercieron tal derecho humano –tales como relegamiento o exclusión en promociones o en el ejercicio de opciones abiertas al personal, o valoraciones negativas para el goce de beneficios–, o solapadas, tales como la implementación de “premios” para trabajadores no huelguistas³³.

De tal forma, las medidas de penalización como consecuencia del ejercicio del derecho de huelga se encuentran fulminadas de nulidad por antisindicalidad por prohibición de objeto, que ameritan el despliegue del deber de garantía del Estado en orden a prevenir, investigar y sancionar, así como de restablecimiento en especie del derecho conculcado y la reparación de los daños producidos, en los términos que surgen del párrafo 112 de la OC 27/2021.

d) *Supresión de normas penales de persecución*

...los Estados deben suprimir aquellas normas penales que puedan ser utilizadas para perseguir el ejercicio del derecho de huelga (párr. 111).

Esta manda conlleva al deber de los Estados de suprimir no sólo aquellas normas que son utilizadas para perseguir el ejercicio del derecho de huelga, sino todas aquellas que tienen la potencialidad de ser utilizadas al mismo fin.

³³ Valga como ejemplo de ello la pretensión del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires durante el mes de julio de 2023 de abonar a los docentes no huelguistas un premio con el dinero que descontaron a los huelguistas. Ver en <https://www.lanacion.com.ar/sociedad/ciudad-recompensaran-a-los-docentes-con-asistencia-perfecta-con-el-dinero-que-descontaron-a-los-nid04072023/>.

El deber de “suprimir” implica la acción del Estado de eliminar del orden jurídico –derogar– ese tipo de normas a través del mecanismo constitucional de sanción del tipo de norma que se trate (si fuera una ley, a través del procedimiento previsto en la Constitución Nacional para la sanción de las leyes).

Pero no se agota en ello.

Los deberes que se ponen a cargo del Estado comprenden a todos los poderes de éste en el marco de sus respectivas competencias (“...todas las autoridades de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un control de convencionalidad, de forma tal que la interpretación y aplicación del derecho nacional sea consistente con las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos”, dice el párr. 109 de la OC 27/2021).

De tal forma, si existiera una norma penal directamente dirigida a penalizar el ejercicio del derecho de huelga en alguna de sus manifestaciones, el Estado tiene el deber de suprimirla del ordenamiento jurídico, llevando a cabo el mecanismo constitucionalmente previsto para la sanción de las leyes (en el caso, una ley derogatoria).

Pero muy posiblemente la norma penal contiene un tipo amplio, no limitada su aplicación al ámbito del ejercicio del derecho de huelga y que no justificaría su derogación en aras de proteger –a través del mecanismo sancionatorio– los mismos bienes jurídicos de las personas o de la población en situaciones ajenas al –y sin vinculación con– ejercicio del derecho de huelga. Valga al respecto ejemplificar con los delitos de “coacción”³⁴ o el delito de “violación de domicilio”³⁵ que no se encuentran direccionados a penalizar el ejercicio del derecho de huelga pero que pueden ser utilizados –y lo son– para perseguir su ejercicio. En estos casos, si bien la manda de supresión no comprende a tipos penales no dirigidos a penalizar el ejercicio del derecho de huelga, sí comprende la obligación estatal de no ser éstos utilizados

³⁴ “Artículo 149 bis – Será reprimido con prisión de seis meses a dos años el que hiciere uso de amenazas para alarmar o amedrentar a una o más personas” (CP).

³⁵ “Artículo 150 – Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, si no resultare otro delito más severamente penado, el que entrare en morada o casa de negocio ajena, en sus dependencias o en el recinto habitado por otro, contra la voluntad expresa o presunta de quien tenga derecho de excluirlo” (CP).

para perseguir el ejercicio del derecho de huelga. De esta manera, a la luz de la OC 27/2021 estos tipos penales no pueden ser utilizados para perseguir –en la amplia concepción del término– el ejercicio del derecho de huelga, lo que deberá ser así interpretado y aplicado por los jueces/zas con competencia para aplicar la norma penal.

Por último, la utilización del verbo “suprimir” en la obligación impuesta a los Estados que implica que debe cesar o eliminarse algo existente, va de suyo que comprende también la de no hacer surgir o aparecer algo que no existe. Por ende, implica también que los poderes constituidos del Estado no pueden tampoco crear nuevas figuras penales que puedan ser utilizadas –tengan o no esa finalidad– para perseguir el ejercicio del derecho de huelga.

Consideramos que lo afirmado por la CIDH en los sentidos que venimos apuntando tiene una importante trascendencia actual en nuestro país, en momentos en que asistimos asombrados a apreciar que se está recurriendo a figuras penales y a las instancias estatales de represión penal para perseguir el ejercicio del derecho de huelga –sea directamente a trabajadores/as partícipes del ejercicio de tal derecho humano como indirectamente a través del efecto disciplinador y atemorizante hacia aquellos que no son parte en la medida cuya persecución penal se lleva concretamente a cabo pero podrían serlo en otras en el futuro– en lugar de recurrir a los mecanismos institucionales normativamente previstos para el encauzamiento de los conflictos colectivos de trabajo (v. gr., las instancias obligatorias de conciliación ante las autoridades administrativas laborales, sea de jurisdicción nacional o locales), y en la existencia de proyectos de ley con estado parlamentario en el Congreso de la Nación claramente dirigidos a perseguir penalmente el ejercicio de derecho de huelga, viciados ya embrionariamente de inconstitucionalidad e inconvencionalidad y violatorios de los derechos humanos en la clara concepción que surge de la OC 27/2021.

7. Deberes de respeto, garantía y protección por parte del Estado

Para finalizar efectuaremos mención a las obligaciones que se derivan a cargo del Estado en relación con sus deberes en torno a los

derechos derivados de la libertad sindical, al derecho de huelga y a la negociación colectiva reconocidos por la CADH:

Este Tribunal ha señalado, desde sus primeras sentencias, en relación con el artículo 1.1 de la Convención, que la primera obligación asumida por los Estados Partes, en los términos del citado artículo, es la de “respetar los derechos y libertades” reconocidos en la Convención... (párr. 107).

La segunda obligación de los Estados es la de “garantizar” el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos. La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comparte la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos (párr. 108).

En relación con los derechos y libertades reconocidos en la CADH, y en particular en los referentes a la libertad sindical, derecho de huelga y derecho a la negociación colectiva a que se refiere la OC 27/2021, la CIDH pone a cargo de los Estados concretos deberes; a saber:

- 1) Deber de respetar los derechos y libertades allí reconocidos, en tanto estos derechos constituyen atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser menoscabados por el ejercicio del poder estatal.
- 2) Deber de garantizar el libre y pleno ejercicio de aquellos derechos, debiendo organizar “todo el aparato estatal” y sus estruc-

turas –lo que comprende a todos los poderes del Estado, tanto nacional como de cada jurisdicción local– de forma que puedan cumplir con tal deber de asegurar el libre y pleno ejercicio de los derechos a cuya garantía se encuentran comprometidos, comprendiendo tal deber estatal las siguientes facetas:

- a) Prevenir la violación a los derechos derivados de la libertad sindical, el derecho de huelga y el derecho a la negociación colectiva, lo que conlleva a la necesidad de adopción de medidas preventivas (de operatividad *ex ante* a la causación del daño, direccionadas a evitar su causación, tal como se encuentra previsto el diseño de la garantía de estabilidad de los representantes gremiales en los arts. 48 a 52 de la ley 23.551).
- b) Investigar y sancionar toda violación a tales derechos; mecanismos de funcionamiento *ex post*, dirigidos a penalizar al agente que incurra en violación de los derechos en cuestión o de los mecanismos de prevención dirigidos a evitar la causación de daño y aun cuando la conducta violatoria no haya resultado idónea o eficaz para causar el daño al derecho tutelado.
- c) Procurar el restablecimiento del derecho conculcado, que se refiere a la *restitutio in integrum* o reparación en especie del derecho conculcado de forma que éste pueda ser ejercido en plenitud por su titular, pareciendo obvio que la condición “si es posible” se encuentra referida a de ser ello materialmente o fácticamente posible, y no a la voluntad permisiva del agente causante del daño.
- d) En su caso, la reparación de los daños producidos por la violación al derecho, previsión que refiere al caso de haberse producido daños resarcibles en dinero (sea con carácter sustitutivo del bien afectado en caso de no resultar posible la reparación en especie, o con carácter complementario a la reparación en especie en caso de ser ésta posible) y comprende tanto a los daños materiales como a los morales producto de la violación a los derechos garantizados.

Por otra parte, se impone también a los Estados el deber de “...hacer cumplir las leyes que tengan por objeto o por efecto hacer respetar los derechos humanos a las empresas, evaluar periódicamente si tales leyes resultan adecuadas y remediar las eventuales carencias” (párr. 112).

Surge de la OC una marcada preocupación por señalar la necesaria idoneidad de los mecanismos y vías de protección, los que no se agotan “...con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación...” (párr. 108), así como tampoco con “la existencia formal de recursos judiciales” que no pueden “reducirse a una mera formalidad” (párr. 115) sino que requieren de una conducta gubernamental que asegure –obligación de resultado– la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía (párr. 108), así como que los recursos y procedimientos judiciales “den resultados o respuestas a las violaciones de derechos”, sean “idóneos para combatir la violación y que sea efectiva su aplicación por la autoridad competente”, y deban “examinar las razones invocadas por el demandante y manifestarse expresamente sobre ellas” (párr. 115).

Por lo demás, señala la CIDH que recae sobre los Estados el deber de adoptar las disposiciones de su Derecho interno para garantizar los derechos consagrados en la Convención –y que en el marco de la OC 27/2021 se refieren a los ya mencionados, con perspectiva de género– suprimiendo normas y prácticas que entrañen violación a los derechos que debe garantizar y el dictado de normas y desarrollo de prácticas favorables a la efectiva observancia de dichas garantías.

Por último, es de destacar que al referirse al acceso a la justicia en materia laboral (párr. 116), sin perjuicio de diversas garantías hacia los trabajadores y trabajadoras desde el plano de sus derechos individuales y las garantías necesarias para su necesario resguardo, se destaca la existencia de “una jurisdicción especializada y con competencia exclusiva en materia laboral...”, “...encargada de resolver los conflictos relacionados con los derechos laborales de las trabajadoras y los trabajadores, de naturaleza individual y colectiva”, que podría llevar a concluir que todos los conflictos de Derecho en los que existiera algún punto de contacto de naturaleza laboral tanto individual como colectivo –por ejemplo, en el marco de un conflicto colectivo– el juzgamiento

de todas sus posibles consecuencias debe ser llevado a cabo por dicha jurisdicción especializada laboral, con desplazamiento de la especializada en materia penal que carece de la capacitación necesaria para el abordaje de tales conflictos en el marco y con el sentido del respeto, consideración y protección especial que la libertad sindical, el derecho a la negociación colectiva y el derecho de huelga, con la enorme dimensión que les ha reconocido la CIDH, ameritan.

ENCUADRAMIENTOS IMPROPIOS

por HEBE GARCÍA BORRÁS

SUMARIO: 1. Nociones preliminares. 2. La doctrina. Evolución jurisprudencial. 3. Encuadres impropios. Distintos supuestos. a) Constitución del sujeto en la negociación colectiva. b) La actuación del Ministerio de Trabajo. c) Cobros de aportes y contribuciones. 4. La CSJN y “Federación Única de Viajantes de la República Argentina y otro c/Yell Argentina SA s/Cobro de salarios”. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

1. Nociones preliminares

En primer término, en cuanto al tema que nos convoca, debo destacar la presencia de una concepción elaborada por parte de la doctrina y la jurisprudencia nacional, que consideran que los márgenes de los encuadres –sindical y convencional–, con el devenir de los años y por las circunstancias que describiré en este trabajo, se han tornado difusos, dando lugar a un tratamiento conjunto del instituto.

Amén de lo expuesto, antes de ingresar al tratamiento del tema y a fin de recordar las tradicionales definiciones de los encuadramientos, siguiendo a Guillermo López¹ enuncio que el encuadre sindical es un diferendo intersindical de derecho que se resuelve en la vía asociacional o administrativa, por la interpretación jurídica del alcance legal de las respectivas personerías gremiales. Por el contrario, el convencional es siempre un problema individual o pluriindividual de derecho de competencia exclusiva del Poder Judicial.

Así, el encuadramiento sindical no resuelve sobre el convenio aplicable, aunque sí con respecto a la actividad empresarial cuyos trabajadores hubieren estado en conflicto.

¹ LÓPEZ, Guillermo, *Derecho de las asociaciones sindicales. Ley 23.551 y su reglamentación*, 2ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2000, ps. 104-105.

Dicho encuadramiento será un elemento a tener en cuenta para aplicar el convenio colectivo a ese sector de trabajadores. Muy por el contrario, a través del encuadramiento convencional se trata de establecer qué convenio colectivo es aplicable a un determinado sector o grupo de trabajadores o, dicho de otro modo, determinar si una empresa o grupo de empresas son signatarios del convenio en cuestión².

En rigor, el encuadramiento sindical se trata de una disputa de representatividad, consistente en dilucidar cuál es la asociación apta para representar a un cierto grupo, categoría o sector de trabajadores, de acuerdo con el alcance de la personería gremial solicitada a la autoridad de aplicación y que le ha sido otorgada a aquélla atendiendo a la acreditación de la referida representación. En el encuadramiento convencional, en cambio, la cuestión reside en establecer si un determinado sector o grupo de trabajadores está comprendido en el ámbito personal o profesional de aplicación de un convenio colectivo de trabajo, de acuerdo con la representatividad de las partes signatarias del mismo³.

Asimismo, debo advertir que no me referiré a las controversias o conflictos intersindicales de representación y sus consecuencias, extremo que algunos autores denominan igualmente “encuadres oblicuos o indirectos”.

2. La doctrina. Evolución jurisprudencial

Aclarado lo anterior e ingresando en el estudio del tema propuesto, cabe mencionar que en relación con la jurisprudencia nacional Ambesi⁴ sostuvo que la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en “UOMRA c/Estado nacional. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social”⁵ preanunció la evaluación en conjunto que en lo sucesivo se les brindaría a ambos encuadres: sindical y convencional.

² BOF, Jorge, *Acciones tutelares de la libertad sindical*, La Rocca, Buenos Aires, 1991, p. 251.

³ LÓPEZ, Guillermo, *Derecho de las asociaciones profesionales. Ley 20.615 y su reglamentación*, La Ley, Buenos Aires, 1974, p. 152.

⁴ AMBESI, Leonardo J., *El caso “Atento” y los conflictos de encuadramiento*, en D. T. 2007 (febrero), p. 150; L. L. Online, AR/DOC/4261/2006.

⁵ CSJN, 3-4-96, “UOMRA c/Estado nacional. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social”, *Fallos*: 319:371; D. T. 1996-A-1211; L. L. Online, AR/JUD/2165/1996.

Sumario: “Si bien la cuestión que encierra un virtual conflicto fundado en el

Dicha sentencia se trató de un caso de especiales características, debido a que el presentante del recurso extraordinario –por salto de instancia– fue el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación (MTEySS) y que invocó gravedad institucional. En cuanto a los presupuestos fácticos del caso, debo recordar que se recurrió la resolución de un Juzgado Nacional del Trabajo que había dispuesto retrotraer la relación fáctico-jurídica entre “Fiat Auto Argentino SA” y su personal regulado por el Convenio Colectivo de Trabajo (CCT) 260/75, y asimismo ordenó abstenerse al MTEySS de aplicar el CCT 185/96 E celebrado con Smata hasta tanto se resolviera la cuestión de fondo. La medida fue dictada en una acción sumarísima de amparo iniciada por la UOM en virtud del artículo 47 de la ley 23.551 y contra la resolución homologatoria del CCT 185/96 E.

El máximo tribunal de la Nación dejó sin efecto lo resuelto en primera instancia y dijo: “la impugnación de un Convenio Colectivo de Trabajo debidamente formalizado, ratificado y homologado ante el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social debía realizarse en el ámbito administrativo, mediante la interposición de los recursos pertinentes y luego de agotada dicha instancia ser objeto de revisión judicial a cargo de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (CNAT), recurso que no podía ser soslayado mediante la interposición del amparo sindical previsto en el artículo 47 de la LAS”.

Posteriormente la CSJN se pronunció en “Cafés La Virginia SA”⁶,

exceso de la competencia de un magistrado no aparece configurada como una contienda de las que, en condiciones normales, incumben a la Corte decidir, corresponde que el tribunal se pronuncie acerca de la impugnación contra la resolución de primera instancia que dispuso retrotraer la relación fáctico-jurídica entre una empresa y su personal a la regida por una anterior convención colectiva y ordenó al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social abstenerse de aplicar una convención posterior. Fuente del sumario: oficial, Corte Suprema de Justicia”.

⁶ CSJN, 13-8-96, “Sindicato de Trabajadores de la Alimentación c/Ministerio de Trabajo”, D. T. 1996-B-1985; L. L. 1996-D-435.

“Buenos Aires, 13 de agosto de 1996.

”Vistos los autos: ‘Recurso de hecho deducido por Cafés La Virginia SA en la causa «Sindicato de Trabajadores de la Industria de la Alimentación c/Ministerio de Trabajo»’, para decidir sobre su procedencia.

”Considerando:

”1º) Que contra la sentencia de la sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones

fallo en el cual dijo: “por el cambio de encuadramiento del personal de la empresa se indujo a ésta al acatamiento de una convención co-

del Trabajo (confirmatoria de la resolución 859/93 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación), por la que se estableció que el ámbito y el encuadramiento sindicales de los trabajadores corredores de Cafés La Virginia SA correspondían a la Asociación de Viajantes de Industria y Comercio, la empresa nombrada interpuso el recurso extraordinario basado en la doctrina de la arbitrariedad y en el artículo 14, incisos 1º y 2º, de la ley 48, cuya denegación motivó esta queja.

”2º) Que sobre el particular el a quo sostuvo (en síntesis y en lo que interesa) que si bien en sede administrativa no se había determinado en forma expresa si la recurrente tenía, o no, legitimación activa para intervenir en esta causa, esto resultaba irrelevante porque los argumentos de la interesada no eran conducentes para modificar los fundamentos centrales del pronunciamiento apelado –por los que se había resuelto el pleito–. Por estos fundamentos, que el tribunal de grado anterior calificó de decisivos, se estableció que ‘...el establecimiento inspeccionado tiene como actividad la venta de cafés, tés y especias, actividad que cumple en tres secciones: administrativa, depósito y ventas. Se realizan en ellos tareas de carga, de ventas y administrativas, pero no se elaboran productos...’ Se resolvió, también, que para solucionar la cuestión debatida debía tenerse en cuenta la ley 14.546 ‘...en función de las disposiciones de la ley 23.551...’ Por lo tanto, se consideró que para el caso específico de los viajantes se imponía, por el artículo 3º de la ley 14.546, un criterio legal de preferencia de la representación horizontal sobre la vertical, por lo que el sindicato que tenía legitimación excluyente para representar a todos los trabajadores del sector era la Asociación de Viajantes de Industria y Comercio, cualquiera que fuese el lugar en el que aquéllos se desempeñaran –y éste era el sentido que debía darse al encuadramiento sindical–. De lo contrario (continuó expresando el a quo), por vía de la determinación del encuadramiento sindical se afectaría el ejercicio de la personería gremial de una asociación horizontal preexistente, en beneficio de un sindicato de actividad. Por último, la Cámara entendió que el planteo de inconstitucionalidad del artículo 3º de la ley 14.546, formulado por la apelante, no había sido materia de examen ‘en la cuestión principal’, por lo que era extemporáneo.

”3º) Que existe cuestión federal suficiente para su examen por la vía elegida, pues si bien los temas debatidos son de hecho, prueba y Derecho común y, como regla general, ajenos a la vía del artículo 14 de la ley 48, cabe haber excepción a este principio si (como sucede en el caso) el pronunciamiento apelado (equiparable a una sentencia definitiva, pues con lo resuelto se genera un perjuicio de tardía y muy dificultosa reparación ulterior) se sustenta en fundamentación sólo aparente, y al decidir se omitió la consideración de argumentos oportunamente propuestos y conducentes para la correcta dilucidación del caso, con notable cercenamiento de las garantías constitucionales de la propiedad y de la defensa en juicio (arts. 14, 17 y 18 de la Constitución Nacional).

”4º) Que, en efecto, sobre la sola base de una desestimación genérica y dogmática de los argumentos de la interesada, el tribunal a quo omitió pronunciarse previamente

lectiva en cuya negociación y suscripción no había participado (ni siquiera en forma ficta), desplazándose a la entidad productiva del

con respecto a una cuestión sustancial (planteada en tiempo y forma), cual es la existencia de legitimación activa de la apelante para formular peticiones en la causa (tanto en sede administrativa como judicial). En consecuencia, al resolver de tal modo se prescindió de valorar que, con el cambio de encuadramiento del personal de la empresa, se induce a ésta al acatamiento de una convención colectiva en cuya negociación y suscripción no había participado (ni siquiera en forma ficta), desplazándose a la interesada del ámbito específico de otro convenio en cuya contratación sí estuvo representada. De la misma manera, tampoco se tuvo en cuenta que del solo encuadramiento sindical fijado administrativamente surge, por imperio de la ley 23.551, la obligación de la empleadora de recibir uno o más delegados en representación de la asociación sindical beneficiaria, así como la de negociar colectivamente con ella, que puede tener un compromiso de muy distinta entidad con la actividad que desarrolla la empresa. En ambos casos, la obligación no le viene impuesta a la empresa como consecuencia de la libre decisión de los trabajadores de organizarse de uno u otro modo sino por mandato de la decisión administrativa que interpreta la ley.

”5º) Que, asimismo, también se omitió considerar que, por la decisión administrativa confirmada en la instancia anterior, se induce también a un abrupto y sorpresivo viraje referente a la alteración de los regímenes salariales y de retenciones y aportes con finalidad sindical y asistencial; y, específicamente, por la imposición de un fondo de contribución directa a cargo del empleador (para investigación y perfeccionamiento sindicales), establecido por el convenio de los viajantes e inexistente en el gremio del personal de la alimentación.

”6º) Que, por lo tanto, en el *sub examine* se advierte sin hesitación el interés claro, concreto y, en consecuencia, legítimo de la apelante. Y es por este interés legítimo que se justifica el derecho de aquélla a ser oída, a argumentar y a formular peticiones en la forma y por las vías utilizadas. En efecto, dadas las particularidades de la causa –máxime si se tiene en cuenta la inusitada extensión de la etapa administrativa del proceso, iniciada el 18 de julio de 1983 (cfr. fs. 2 del expediente principal) y concluida el 25 de abril de 1994 (cfr. fs. 299, también de la causa principal), o sea, de once años de duración– si se apartara a la apelante de esta litis (como se hizo por la resolución recurrida) y se exigiera a aquélla la promoción de una acción ordinaria posterior, se frustraría el derecho de la interesada (como también el de las demás partes intervinientes) a obtener una rápida y eficaz decisión judicial apta para poner fin a este conflicto y a esta situación de incertidumbre, dilatándose sin término la resolución del tema sometido a juzgamiento (doctrina de *Fallos*: 269:131). De este modo, el pronunciamiento judicial a obtenerse no sería una solución oportuna, beneficiosa y proporcionada al conflicto, ni un medio efectivo y real de aplicación del orden jurídico que, en este caso, quedaría reducido a expresiones meramente formales y abstractas (cfr. doctrina de *Fallos*: 311:1644, considerando 6º).

”7º) Que, en consecuencia, para resolver adecuadamente el punto de la legitimación activa de la recurrente, se deberían haber considerado la totalidad de los argumentos

ámbito específico de otro convenio en cuya contratación sí estuvo representada, lo que tornó arbitraria la decisión judicial que, en forma genérica y dogmática, desconoció su legitimación para formular peticiones en la causa, tanto en sede judicial como administrativa”.

Ambesi, refiriéndose a este precedente, advirtió que, a partir de este último, el fuero laboral comenzó a expedirse en sentido similar y detalló que en este fallo la distinción entre encuadre sindical y convencional se tornaba borrosa.

Muy por el contrario, Simón⁷ criticó duramente la referida sentencia de la Corte. Así, indicó que, en definitiva, la sentencia mezcló indis-

conducentes planteados por ésta. Entre otros, el relativo a tener en cuenta la actividad principal de toda la empresa apelante (no sólo la del establecimiento que fue inspeccionado), y el atinente a valorar la existencia (y aplicación concreta al personal de la interesada) de convenios colectivos específicos para los corredores del gremio de la industria de la Alimentación, en cuya suscripción (se reitera) participó la apelante (por contraposición a las convenciones genéricas para viajantes, en cuya creación aquélla no intervino).

”8º) Que resulta especialmente censurable lo establecido por la decisión impugnada con respecto a que el planteo de inconstitucionalidad del artículo 3º de la ley 14.546 habría sido extemporáneo (expresión, ésta, que no constituye una tácita desestimación de aquel agravio, sino una omisión de pronunciamiento). En efecto, al resolverse así se desconoció el principio de que una declaración de esta naturaleza no puede llevarse a cabo –con *imperium*– por la autoridad administrativa, sino sólo por el Poder Judicial. Por lo tanto, no cabía exigir –como lo hizo la sala de la Cámara a quo– el examen de este punto ‘en la cuestión principal’, ya que la primera oportunidad en la que el tema podía y debería haber sido resuelto era, precisamente, por la resolución recurrida.

”9º) Que, por todas las razones establecidas, corresponde la descalificación íntegra de la sentencia cuestionada (pues guarda nexo directo e inmediato con las garantías constitucionales que se consideran vulneradas, en los términos del art. 15 de la ley 48) y la oportuna consideración de la totalidad de los agravios conducentes expresados por la apelante. Por ello, se declaran procedentes la queja y el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia recurrida, con los alcances del presente pronunciamiento. Costas en el orden causado, en atención a que las partes vencidas pudieron creerse con derecho a litigar (art. 68, segunda parte, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por medio de quien corresponda, se dicte una nueva decisión con arreglo a lo expresado en ésta. Agréguese la queja al expediente principal, notifíquese y remítase. Julio S. Nazareno. Eduardo Moliné O’Connor. Carlos S. Fayt (por su voto). Enrique Santiago Petracchi. Antonio Boggiano. Guillermo A. F. López. Adolfo Roberto Vázquez. Es copia”.

⁷ SIMÓN, Julio César, *Apuntes sobre el encuadramiento sindical en la Argentina*, en L. L. Online, AR/DOC/2702/2008.

crimínadamente los mencionados conceptos de encuadre sindical y convencional y también los intereses en juego.

Cabe resaltar además que el mencionado fallo “Cafés La Virginia SA” fue trabajado fundamentalmente por la doctrina en su carácter de precedente que habilitó el dictado del decreto 1040/2001⁸, que estableció que los empleadores podían promover el procedimiento de encuadramiento sindical ante la autoridad de aplicación en determinados supuestos.

Luego de varios años, la sala III de la CNAT en “Atento Argentina SA c/Federación de Obreros y Empleados Telefónicos de la República Argentina (Foetra) y otro s/Ley de Asociaciones Sindicales”⁹ sostuvo

⁸ “Artículo 1º – Facúltase al Ministerio de Trabajo, Empleo y Formación de Recursos Humanos para entender en conflictos intersindicales de representación de una categoría, sector o empresa, mediando instancia de parte, en los siguientes casos: a) Cuando se produjera la situación prevista en el artículo 59, párrafo segundo, de la Ley Nº 23.551. b) Cuando las entidades sindicales en conflicto no se encuentren afiliadas a otra entidad de grado superior o que, encontrándose, no convergieran en una única entidad de grado superior. Art. 2º – Cuando la Autoridad de Aplicación de la Ley Nº 23.551 tome intervención en un conflicto intersindical de representación, en cualquiera de los supuestos contemplados en el artículo 1º del presente Decreto, deberá correr traslado, por diez (10) días hábiles, a la contraparte sindical denunciada y a la parte empleadora, a fin de que esta última manifieste cuando estime corresponder en su descargo. Art. 3º – Los empleadores podrán promover el procedimiento de encuadramiento sindical, ante la Autoridad de Aplicación de la Ley Nº 23.551, para que determine la asociación con aptitud representativa, en los siguientes supuestos: a) Cuando se produzcan en la empresa conflictos de representación sindical múltiple. b) Cuando los conflictos de representación sindical pudieran causar en la empresa una alteración de los regímenes salariales o de retenciones de aportes. c) Cuando acrediten que, a través del procedimiento de encuadramiento sindical, pueden corregirse eventuales asimetrías laborales de orden convencional. Art. 4º – Presentada la petición del empleador, se dará traslado, por diez (10) días hábiles, a las entidades en conflicto. Vencido dicho plazo, si la Autoridad de Aplicación estimare admisible la solicitud, conocerá en la contienda de representatividad. Art. 5º – Las entidades sindicales que, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 59 de la Ley Nº 23.551, inicien la tramitación del encuadramiento sindical en la vía asociacional, deberán ponerlo en conocimiento de la Autoridad de Aplicación en un plazo de diez (10) días hábiles. La entidad de grado superior ante la que se efectúe la solicitud de encuadramiento, deberá cumplir, en igual plazo, idéntica comunicación. Art. 6º – Comuníquese, publíquese, dése a la Dirección Nacional del Registro Oficial y archívese. De la Rúa. Chrystian G. Colombo. Patricia Bullrich”.

⁹ CNAT, sala III, 14-11-2006, “Atento Argentina SA c/Federación de Obreros y Empleados Telefónicos de la República Argentina (Foetra) y otro s/Ley de Asociaciones Sindicales”, D. T. 2007 (febrero), p. 185; L. L. Online, AR/JUD/7203/2009.

que la resolución 766/2005 del MTEySS puso de relieve que en una mera incidencia referida a la constitución de la comisión negociadora de un convenio colectivo de trabajo la autoridad administrativa resolvió un conflicto de encuadramiento prescindiendo del procedimiento legal preestablecido, lo cual constituyó un vicio trascendente.

La cuestión se originó a raíz de la pretensión de la Federación de Obreros y Empleados Telefónicos de la República Argentina (Foetra) de negociar con la empresa “Atento SA” (cuya actividad es la de *call center*) un convenio colectivo para su personal.

Así, la empresa se opuso exigiendo la citación de la Federación Argentina de Empleados de Comercio y Servicios (Faecys), alegando que su personal estaba encuadrado en el ámbito de esta última. Faecys, por su parte, planteó la falta de legitimación, invocando que Atento SA constituía una empresa de actividad típicamente comercial y por lo tanto Foetra carecía de personería gremial para representar a los trabajadores de la misma. El MTEySS no hizo lugar a la defensa de la empresa y ordenó continuar con el trámite de la negociación colectiva mediante la resolución 766/2005. La sala III revocó dicha resolución.

Ambesi¹⁰, en relación con el caso, consideró que dicho precedente continúa con la línea argumentativa de la CSJN en “UOMRA” y “Cafés La Virginia”. Entiende que la sala III (Dres. Elsa Porta y Roberto Eiras), si bien se inclinó por el encuadre sindical como instancia previa, brindó una solución que se dirigía hacia la configuración de una categoría de encuadre “impropio”, “indirecto” o “imperfecto”, en el cual se entrecruzaban cuestiones de representatividad, aplicación o no de convenios vigentes y facultades de la administración en el procedimiento de la negociación colectiva. Opina que se estaría admitiendo un “híbrido técnico” que obligaría a revisar las concepciones tradicionales de encuadramiento convencional y sindical.

En el año 2014 la sala VIII de la CNAT en “Sindicato de Trabajadores de la Industria de la Alimentación c/Gate Gourmet Argentina SA”¹¹ se pronunció nuevamente en relación con el tema. En orden a

¹⁰ AMBESI, *El caso “Atento” y los conflictos de encuadramiento* cit., p. 150.

¹¹ CNAT, sala VIII, 12-3-2014, “Sindicato de Trabajadores de la Industria de la Alimentación y otro c/Gate Gourmet Argentina SA”, L. L. Online, AR/JUR/8365/2014.

los hechos, primitivamente la sala III de la CNAT¹², al revocar la sentencia de primera instancia (que había hecho lugar a la pretensión), rechazó el amparo promovido por el Sindicato de Trabajadores de la Alimentación y sostuvo que los trabajadores pasaban a pertenecer al ámbito de aplicación del CCT 40/89 de camioneros y afines, con motivo del acuerdo suscripto entre la empresa “Gate Gourmet SA” y el Sindicato de Choferes de Camiones.

Posteriormente la CSJN¹³ anuló el decisorio. En consecuencia, la sala VIII dictó un nuevo pronunciamiento confirmando la sentencia de grado. Sostuvo que la elíptica representación sindical intentada por el Sindicato de Choferes de Camiones (que invocó la representación de los trabajadores de una empresa alimenticia) con la pretensión de que se aplicara el CCT 40/89 en desmedro del CCT 244/94 debió transitar el trámite diseñado por la ley para solucionar las controversias, mediante la intervención administrativa y eventualmente judicial. Agregó que los ámbitos de representación que surgen de los estatutos o cartas orgánicas de los sindicatos son absolutamente irrelevantes si no se ven reflejados de manera expresa en la resolución que confiere la personería gremial.

3. Encuadres impropios. Distintos supuestos

a) *Constitución del sujeto en la negociación colectiva*

Otro caso paradigmático en cuanto a los encuadramientos impropios lo encontramos en la constitución del sujeto en la negociación colectiva.

Es importante destacar que el encuadre convencional que efectúa el MTEySS, al constituir dicho sujeto, debería ser revisable en la instancia jurisdiccional mediante un recurso activo y diligente, más allá de lo dispuesto por la Ley de Procedimiento Administrativo 19.549.

¹² CNAT, sala III, 15-7-2011, “STIA. Sindicato de Trabajadores de Industrias de la Alimentación y otro c/Gate Gourmet Argentina SA”, votos de los Dres. Cañal y Brunengo, L. L. Online, AR/JUR/260/2011.

¹³ CSJN, 5-11-2013, “Sindicato de Trabajadores de la Industria de la Alimentación y otro c/Gate Gourmet Argentina SA s/Acción de amparo”, L. L. Online, AR/JUR/71562/2013.

Sumario: “1. Nulidad. Corte Suprema. Excusación. Sentencia arbitraria. El recurso

En este orden de ideas, en autos “Federación Marítima Portuaria y de la Industria Naval c/Ministerio de Trabajo”¹⁴ se discutió el rechazo del recurso jerárquico interpuesto contra la decisión que declaraba constituida una comisión negociadora para celebrar un convenio colectivo con la Federación Sindical de referencia. Se dijo que en el pronunciamiento de la Dirección Nacional de Relaciones del Trabajo y en los dictámenes precedentes se partía de la premisa del encuadre de los trabajadores en el genérico marco de la Federación Marítima Portuaria y de la Industria Naval de la República Argentina, y ello hacía que la convocatoria para la constitución de la comisión negociadora no apareciera como un mero acto preparatorio, sino como una elíptica decisión de encuadramiento sindical, soslayando el procedimiento establecido en el ordenamiento legal.

En definitiva y como dijeron en su momento Noemí Rial y Julio César Simón (opinión que comparto) el acto administrativo que tenga por conformada la unidad o comisión negociadora respectiva debería ser objeto de revisión judicial mediante un recurso inmediato¹⁵.

Vázquez Vialard¹⁶ entendía que, aunque la norma no lo establece, de acuerdo con un principio general de nuestro Derecho, la decisión administrativa que reconoce el derecho de un grupo a concertar un convenio está sujeta a un recurso de revisión judicial. En tanto no se determine un procedimiento especial, el mismo deberá tramitar a través del común, es decir, la Ley de Procedimiento Administrativo nacional 19.549.

extraordinario contra la sentencia que expresamente rechazó el planteo de nulidad mediante profusas consideraciones acerca de las irregularidades procesales que se le imputaban y desestimó la excusación solicitada resulta procedente con arreglo a la doctrina en materia de arbitrariedad, ya que resulta claro que abordó el tratamiento de una cuestión –la nulidad– que no había sido sometida a conocimiento de la Cámara sino planteada en el anterior recurso extraordinario para que, en su caso, fuera tratada por la Corte”.

¹⁴ CNAT, sala IX, 28-4-2005, “Federación Marítima Portuaria y de la Industria Naval c/Ministerio de Trabajo”, D. T. 2005-B-2004; L. L. Online, AR/JUR/1760/2005.

¹⁵ RIAL, Noemí y SIMÓN, Julio César, *Problemas actuales en la negociación colectiva*, en D. T. 2006-A-804.

¹⁶ VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, *El régimen legal de la negociación colectiva, reformada por la ley de ordenamiento laboral (25.877)*, en L. L. 2004-D-1449; cita online: AR/DOC/1637/2004.

Finalmente, no podemos dejar de mencionar que la negociación colectiva es un derecho fundamental de ejercicio colectivo, ya que pertenece a las asociaciones gremiales conforme el artículo 14 bis de la Constitución Nacional y además resaltar que las mayores violaciones a este derecho fundamental se encuentran *en este estadio de la negociación colectiva*, es decir, la constitución del sujeto negociador. Por ende, es aquí donde deberían tomarse las mayores garantías a fin de evitar transgresiones a dichos derechos.

b) *La actuación del Ministerio de Trabajo*

En otro orden, este tipo de encuadre suele ponerse de manifiesto mediante la inspección laboral cuando se verifica el incumplimiento de la aplicación de la normativa de trabajo.

Esto se consolida tanto por parte de las autoridades nacionales como provinciales y en base al poder de policía laboral¹⁷.

Reiteradamente, la toma de decisiones administrativas, tales como la aplicación de sanciones de policía del trabajo por la acusada falta de cumplimiento de un convenio o la convocatoria a componer negociaciones colectivas de una actividad a la cual se discute pertenecer, son calificados como “encuadramientos elípticos”¹⁸.

Destaco que el poder de policía a nivel nacional habilita y obliga a la intervención en la vigilancia y conciliación en los conflictos normativos. En caso de verificarse una contienda intersindical o interempresaria ligada a la negociación del convenio colectivo y sus efectos jurídicos, el órgano administrativo laboral provincial queda excluido.

Muy por el contrario, Arese¹⁹ opina que a pedido de parte o de oficio las provincias pueden resolver mediante la emisión de dictámenes y resoluciones en relación con ciertos conflictos para los casos y ám-

¹⁷ ARESE, César, *Derecho de la negociación colectiva*, 1ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, p. 427.

¹⁸ CNAT, sala IX, 28-4-2005, “Federación Marítima Portuaria y de la Industria Naval c/Ministerio del Trabajo”, sobre una convocatoria a componer una paritaria. En similar sentido, sala X, 16-4-2004, “Faecys c/Ministerio de Trabajo de la Nación s/Nulidad”, T. y S. S. 2004-705, sobre la eventual aplicación de una sanción de policía del trabajo por inaplicación de un CCT.

¹⁹ ARESE, *Derecho de la negociación colectiva* cit., p. 431.

bitos concretos (trabajadores individuales, secciones, establecimientos, empresa, actividades). Es decir, sin alcances generales que afecten la vigencia del convenio colectivo nacional.

En el ámbito de la Provincia de Santa Fe, el MTEySS –ante la falta de aplicación del convenio colectivo pertinente y con motivo de la ley 10.468– labra un acta e impone una sanción, la cual será apelable ante la Cámara de Apelaciones del Trabajo de la Circunscripción correspondiente (art. 3º, inc. b, ley 7945 y modificatorias). En definitiva, el tribunal deberá resolver con respecto a la infracción legal e indirectamente en relación con el encuadre convencional, en un estrecho margen prácticamente sin lugar a debate.

Ricardo Cornaglia²⁰ opina que no existe norma alguna que faculte al MTEySS a resolver los encuadramientos convencionales de tipo general y en caso de hacerlo la resolución dictada por la autoridad administrativa no tendría el carácter de constitutiva de derechos ya que sólo sería meramente declarativa.

Asimismo, sostiene que la decisión de la referida autoridad respecto de la aplicabilidad de un convenio colectivo a los trabajadores de una empresa determinada puede ser revisada judicialmente por la vía a la que aluden los artículos 23 y concordantes de la ley 19.549 por un proceso ordinario en el que se discuta la nulidad del acto administrativo en la primera instancia del fuero correspondiente. Compartiendo el mismo criterio se expidió Fernández Madrid²¹.

c) Cobros de aportes y contribuciones

Desde otra perspectiva, cabe mencionar los frecuentes modos “oblicuos” –como los llama Arese²²– de llegar a encuadramientos convencionales, entre los cuales figuran las acciones de cobro de aportes y contribuciones.

²⁰ CORNAGLIA, Ricardo, *Derecho Colectivo del Trabajo. Derecho de la negociación colectiva*, 1ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2007, ps. 226 y ss.

²¹ FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos, *Tratado práctico del Derecho del Trabajo*, 3ª ed. act. y ampl., La Ley, Buenos Aires, 2007, t. III, p. 242.

²² ARESE, César, *Principios y reglas en conflictos de encuadramiento*, en *Anuario de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Año IX, Nº 9, *Conflictos colectivos de trabajo*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2018, p. 51.

A fin de ejemplificar estas situaciones, podemos mencionar el fallo “Federación Argentina de Empleados de Comercio c/Google Argentina SRL s/Cobro de aportes o contribuciones”²³, en el cual el gremio de comercio obtuvo una sentencia favorable.

²³ CNAT, sala I, 9-8-2013, “Federación Argentina de Empleados de Comercio c/Google Argentina SRL s/Cobro de aportes o contribuciones”, Rubinzal Online, RC J 17475/13.

“En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los 9 días del mes de agosto de 2013, reunida la sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, para dictar sentencia en la causa del epígrafe, y de acuerdo al correspondiente sorteo, se procede a votar en el siguiente orden:

”*La doctora Gabriela Alejandra Vázquez dijo:*

”I. El señor juez de primera instancia rechazó la demanda promovida por la Federación Argentina de Empleados de Comercio (en adelante: la Federación) contra Google Argentina SRL, orientada al cobro de la contribución solidaria prevista por el artículo 100, inciso b, del CCT 130/75 de empleados de comercio, de la que los empleadores son agentes de retención. Para así decidir dijo, en resumen, que Google Argentina SRL no fue signataria ni estuvo representada en la convención colectiva de referencia; que la demandada es socia activa de la Cámara de Empresas de Software y Servicios Informáticos, quien no suscribió el CCT 130/75; que tampoco lo hicieron la Cámara Argentina de Internet y la Cámara Argentina de Comercio Electrónico y que la Obra Social de Empleados de Comercio (Osecac) no registra a la demandada como empleadora (fojas 214/215).

”II. Tal decisión es apelada por la Federación, a tenor de los agravios vertidos a fojas 216/218, contestados por la demandada a fojas 226/228. A fojas 233 emite dictamen el señor fiscal general ante esta Cámara, quien propone el rechazo de la queja.

”III. En lo sustancial, la Federación se agravia argumentando que lo que importa para decidir la controversia es la actividad de la empresa demandada y no la suscripción del Convenio; que no existe ninguna convención colectiva específica que alcance a los trabajadores cuya actividad principal es la venta y comercialización de servicios de informática, la que sí está prevista en el artículo 1º, inciso 7º, de su Estatuto; que de acuerdo a la pericia contable, el objeto social de Google Argentina SRL es la ‘venta y comercialización de productos y servicios en materia de búsquedas de Internet’ y que dicha actividad está encuadrada en las previsiones del CCT 130/75. Enfatiza que se trata de negocios relativos al comercio, los que se gestionan mediante una retribución monetaria, es decir, servicios que conllevan una contraprestación pecuniaria y que entran dentro de la órbita del gremio mercantil (el servicio y la comercialización). Por otro lado, la apelante señala que no es trascendente que la demandada no fuera signataria del CCT 130/75, ya que las Cámaras no existían en 1975 y que lo determinante, según su tesis, es que la actividad de la demandada versa sobre la venta y comercialización de un servicio, ambas comprendidas en el ámbito de represen-

Se sostuvo que la actividad principal de Google Argentina SRL se vincula con la comercialización de la plataforma Adwords, es decir,

tatividad de comercio. En otro orden de ideas, la parte actora expresa que no es relevante que la demandada no esté registrada como empleadora que aporte a Osecac, ya que los/as trabajadores/as tienen la libertad de elegir la obra social prestadora de salud. Finalmente, manifiesta que Google Argentina SRL no efectúa aportes a ninguna asociación sindical, eludiendo sus obligaciones y dejando a sus dependientes fuera de todo amparo gremial.

”IV. Google Argentina SRL contesta los agravios a fojas 226/228. Afirma que su actividad es nucleada por la Cámara Argentina de Bases de Datos y Servicios en Línea, la Cámara Argentina de Comercio Electrónico y la Cámara de Empresas de Software y Servicios Informáticos y que todas ellas informaron en la causa no haber suscripto el CCT 130/75. Insiste que tanto su actividad como las tareas de sus empleados no están comprendidas en el citado instrumento convencional, el que no debe ser aplicado por analogía. Por último y subsidiariamente, para el supuesto que se considerase aplicable el CCT 130/75, la demandada solicita la confirmación de lo decidido porque su personal está fuera de su ámbito de aplicación.

”V. La queja de la Federación debe ser admitida. Como es de público y notorio [conocimiento], en Internet existen infinidad de sitios y también existen empresas que se dedican a explotar motores de búsqueda a través de los cuales los usuarios de Internet, luego de insertar una o más palabras clave, conocemos en algunos segundos, a través de un listado de resultados –más o menos extenso–, los links de las páginas en las que se supone que están los contenidos que tratamos de encontrar. Es decir, los motores de búsqueda facilitan a los usuarios de Internet el acceso rápido a las páginas de terceros que en principio cuentan con los contenidos buscados. También es sabido que algunos de los sitios web linkeados en esas listas de resultados son promocionados por el buscador que se empleó. Google.com.ar es uno de esos motores de búsqueda, el que, según se infiere de la prueba producida y no está controvertido, sería propiedad de la sociedad Google Inc. (ver fs. 159, testimonio de Fernando Gimena). Este buscador tiene una plataforma llamada Adwords, también propiedad de la citada sociedad extranjera (fs. 159). La aplicación Adwords es de utilización onerosa y puede servir a quien está interesado en que determinado sitio web o anuncio sea visible a los usuarios de Internet que están buscando algo que ese sitio contiene u ofrece. Por ejemplo, si alguien fabrica canastas de mimbre y quiere promocionarlas para su venta a través de Adwords, se supone que logrará que cuando un usuario de Internet busque canastas de mimbre, en la lista de resultados correspondiente aparezca linkeado el sitio o anuncio, en la medida que, por cierto, se inserten en la búsqueda las palabras clave que se hayan escogido. Hice esta descripción fáctica para facilitar el entendimiento de la solución jurídica que estimo debería seguirse en la causa.

”VI. La actora sostiene que Google Argentina SRL debió retener a los/as trabajadores/as que emplea el 0,5% de sus remuneraciones con destino a la Federación y como lo establece el artículo 100 del CCT 130/75. Se trata de una contribución solidaria a cargo de la totalidad de los/as trabajadores/as comprendidos en el CCT 130/75,

vende un servicio que brinda a cambio de un precio. Por tal motivo, la sala I de la CNAT sostuvo que el hecho de que la actividad de la

pactada en el acuerdo colectivo del 21 de junio de 1991 (ver fs. 111/113), con amparo en el artículo 9º de la Ley 14.250 de Convenios Colectivos de Trabajo, el que fue homologado por la cartera laboral a través de la Disposición 5883/91 (ver fs. 108/109). El tema que se debate en este expediente atañe a si el Convenio Colectivo de Trabajo 130/75, que es un convenio de actividad (comercial) que rige en todo el país, se aplica o no a los vínculos de trabajo dependiente de la demandada. La Federación actora critica la sentencia de origen e insiste ante esta Alzada que la actividad de la demandada es comercial y que por esa razón está alcanzada por la citada norma convencional. La demandada, en su discurrir argumental, parte de la idea de que los vínculos que la unen con su personal no están alcanzados ni por el CCT 130/75 ni por ningún otro. Aduce que las asociaciones patronales que la nuclean no suscribieron ni el CCT 130/75 ni ningún otro, que no tuvo representación en aquél, y por otro lado que todos/as los/as trabajadores/as de su plantel, en número de 151, a mayo de 2012 (dictamen pericial contable, fs. 193), están fuera de toda categoría convencional. Antes que nada quiero aclarar que si se parte del diseño del modelo sindical argentino y de la dinámica y los diferentes niveles de la negociación colectiva, y se computan tales aspectos desde una perspectiva estrictamente teórica, no sería imposible que un determinado colectivo de trabajadores/as careciese de todo tipo de representación gremial o bien que no existiese ninguna norma convencional aplicable a sus contratos de trabajo. En el llamado ‘mapa de personerías’ podría ocurrir que determinada actividad no tuviese actores que ostenten la representación colectiva. Digo esto para descartar el reproche que efectúa la Federación, en el sentido de que Google Argentina SRL, por no estar efectuando aportes a ninguna otra organización sindical, se encontraría eludiendo ‘sus obligaciones convencionales y dejando a sus dependientes fuera de todo amparo gremial’. Dicho esto, y para responder el interrogante referido a si el CCT 130/75 alcanza a los vínculos laborales que ligan a la demandada con sus dependientes, resulta necesario determinar, en primer término, si su actividad principal se corresponde con la que regula el CCT 130/75 (conf. doctrina del plenario de esta Cámara Nº 36: ‘Risso c/Química Estrella SA’). Luego hay que analizar si la actividad de la demandada estuvo representada, por el sector patronal, en la negociación que dio nacimiento al Convenio Colectivo 130/75. Finalmente, si la respuesta fuese afirmativa y a efectos de cuantificar la deuda debe determinarse si la retención en concepto de contribución de solidaridad (art. 100, CCT 130/75) debió realizarse sobre la totalidad de la masa salarial o sólo sobre una parte.

”VII. En lo que hace a la actividad de la demandada, el testigo Gimena (fs. 159) dice que Google Argentina SRL se dedica a brindar asesoramiento para el mejor aprovechamiento de Internet, para campañas publicitarias en Internet y su comercialización en el buscador Google. La demandada factura las campañas que los propios anunciantes crean en Internet a través de la plataforma de publicidad Adwords. En el mismo sentido, el testigo Valverde (fs. 139) manifiesta que la actividad de la demandada consiste en asesorar a las empresas interesadas en aparecer en el buscador

demandada se trate de un servicio referido a búsquedas por Internet no cambia la esencia comercial de la actividad. Si bien la actividad

de Google para que utilicen de manera correcta la plataforma de publicidad Adwords. Este testigo dice que los empleados de Google Argentina SRL no firman contratos, no negocian espacios, no negocian precios ni plazos. Google Argentina factura publicidad en el buscador Google y la facturación es local para simplificar 'el pago de la publicidad en moneda local'. La perito contadora informa que en el artículo 3° del Estatuto Social de Google Argentina SRL se lee que la sociedad tiene por objeto dedicarse por cuenta propia, de terceros o asociada a terceros en cualquier parte de la República Argentina o del extranjero 'a la venta y comercialización de productos y servicios en materia de búsquedas por Internet, publicidad por internet y materias relacionadas' (fs. 193, respuesta 2, del cuestionario de la parte demandada). También expresa la experta que la demandada informa ante AFIP que su actividad principal es: 'Servicios de consultores en informática y suministro de programas de informática' y, como actividades secundarias: 'Servicios de Publicidad' y 'Servicios relacionados con la electrónica y las Comunicaciones'. El artículo 2° del CCT 130/75 [...] dispone que '...será de aplicación a todos los trabajadores que se desempeñen como empleados u obreros en cualquiera de las ramas del comercio o en actividades civiles con fines de lucro [...] A sus efectos y a título ilustrativo, se enuncia a qué actividades, en especial, será de aplicación, indicándose que esta enumeración no importa excluir a los no individualizados que estén comprendidos en la formulación inicial [...] c) Actividades afectadas a: Fraccionamiento de Productos Químicos; Ventas de Terrenos; Financieras y de Crédito; Consignatarios de Hacienda; Cereales y/o Frutos del País; Empaques de Frutas; Remates-Feria; Asesoramiento técnico de Seguros; Comisionistas de Bolsa; Mercado de Valores; Transporte (personal administrativo); Extracción de Arena; Transporte de Cemento Portland; Institutos o Casas de Información de Créditos; Agencias de Negocios; Mercados de Concentración de Frutas y Verduras; Agencias de Lotería; de Quiniela y/o de Prode; Agencias de Viaje y Turismo; Casas Fotocopistas y/o que ejecutan copias a máquina; Editoriales; Exportación de Cereales; Empresas Fotográficas y Casas de Fotografías. Todo el personal que realiza tareas de reparación, armado o mantenimiento, dentro de su especialidad en establecimientos comerciales. Envasamiento; fraccionamiento; distribución y carga y descarga de gas y otros combustibles o lubricantes; Caja de Subsidios Familiares para Empleados de Comercio; Obra Social para Empleados de Comercio y Actividades Civiles; Servicios Fúnebres; Seguros de Sepelios; Estudios Jurídicos y/o Contables; Escribanías; Lavaderos de Automóviles; Acopiadores de Cereales y Frutos de País; Estudios de Asesoramientos Impositivos y/o Laboral y/o Previsional; Organizaciones de Venta y Rifas; Compra Venta de Cereales, Hacienda y/o Mercaderías en general; Depósitos de almacenamiento; Procesamiento electrónico de Datos; Centro de Computación; Empresas de limpieza y desinfección; Cooperativas de Crédito y/o Consumo; Venta de Alfajores; Promoción y/o Degustación; Lavaderos de Ropa; Venta ambulante y/o playa. Todo ello sin perjuicio del tipo de sociedad que asuma el carácter de la empleadora inclusive las cooperativas'.

"A los efectos de lo establecido en el artículo 2° del CCT 130/75 quedan com-

comercial desarrollada a través de la red de Internet pone al descubierto modalidades nuevas de interacción entre empresas y sus clientes o

prendidos en este convenio los empleados que, en el ámbito de la empresa dedicada a la actividad de comercio, efectúan de manera normal y habitual tareas principales o complementarias tales que permitan, con cierto y determinado grado de especialización, la concreción del proceso elaborativo del producto para su inmediata comercialización. Si bien, en lo que hace a la enunciación que realiza del artículo 2° del CCT 130/75, la actividad de Google Argentina SRL no se refiere al procesamiento electrónico de datos y ésta tampoco explota un centro de computación, no es menos cierto que brinda asesoramiento acerca de cómo utilizar la plataforma de publicidad Adwords y factura su empleo a nivel local. Estimo, a partir de la contestación de la demanda y de los testimonios aportados por la demandada, que su actividad principal se vincula con la comercialización de la plataforma Adwords, es decir, que aquélla consiste en la comercialización de un servicio, porque lo brinda a cambio de un precio. Esto persuade que se está ante una típica actividad comercial que corresponde encuadrar en la descripción del CCT 130/75. El hecho de que se trate de un servicio referido a búsquedas por Internet –en coherencia con el objeto social descripto en la pericial contable (fs. 193)– no cambia la esencia comercial de la actividad. La convicción acerca de que se está ante una típica actividad comercial se refuerza cuando se hace mérito de los nombres con que la demandada designa a las funciones que cumplen las personas que trabajan en su plantel, tales como: gerentes, ejecutivos, representantes o consultores de venta, entre otros (ver dictamen pericial, fs. 184). Por otro lado, la demandada está asociada a la Cámara Argentina de Comercio Electrónico –CACE– (fs. 134), un indicativo más acerca de que la actividad que realiza es comercial en esencia. Esta conclusión desarticula la defensa de la demandada, en el sentido que su actividad no es la correspondiente al Convenio Colectivo en examen.

”VIII. Respecto de la representación de Google Argentina SRL en la celebración del CCT 130/75, ésta afirma que su actividad no lo estuvo en la discusión, al menos a través de cámaras, centros o entidades representativas de sus intereses. Recuerdo que en el año 1975, en que se celebró el Convenio Colectivo, el comercio por la red global no existía y tampoco habían sido creadas las cámaras a las que está asociada la demandada. Desde antiguo esta Cámara ha venido diciendo que ningún empleador queda obligado a la normativa de un convenio si no intervino en su celebración por el sector patronal o bien si no lo hizo una asociación que lo representa o un grupo representativo de empleadores de la actividad (cfr. CNAT, sala I, *in re* ‘Romero García, Silvia E. c/Sindicato Unión Cortadores de la Indumentaria s/Despido’, SD 63.134 del 31-5-93; sala V, ‘Bustos, Carlos c/Surrey SA’, sentencia del 30-3-90, T. y S. S. 191-144). Una primera lectura de la situación podría llevar a concluir que en la celebración del CCT 130/75 no hubo representación patronal inclusiva de los intereses de la demandada. Sin embargo, estimo que no puede considerarse que la actividad de Google Argentina SRL no haya estado representada por quienes participaron por el sector patronal en la Comisión Negociadora del citado Convenio. En 1975

potenciales clientes, que eran inexistentes en el año de redacción del CCT 130/75, la especie no excluye al género, por lo que el comercio

negociaron por el sector empleador, entre muchas otras, la Cámara Argentina de Comercio, la Comisión Coordinadora Patronal de Actividades Mercantiles, la Confederación del Comercio de la Empresa Argentina, etcétera. En el caso del acuerdo de 1991, en el que se instituyó la cláusula de solidaridad que motiva esta causa (fs. 111), lo estuvieron la Cámara Argentina de Comercio, la Coordinadora de Actividades Mercantiles Empresarias y la Unión de Entidades Comerciales Argentinas. Es que la idea de la representación sobre la que se construye el universo de la negociación colectiva y su obligatoriedad *erga omnes* no puede en modo alguno ser objeto de una lectura estática y prescindente de la natural vocación de permanencia que tienen los convenios colectivos de trabajo, en función de la virtual fuerza de ley que le confiere el ordenamiento jurídico (artículos 8° y 9° de la ley 14.250). En contraposición, esta idea de representación, que es básica como sostén de la fuerza normativa de los convenios colectivos, debe ser escrutada desde una perspectiva evolutiva y dinámica, como dinámicas son las sociedades a las que van dirigidos esos instrumentos, sociedades que obviamente no se petrifican ni enclavan en un determinado contexto histórico sino que, por el contrario, van mutando por el efecto de una infinidad de circunstancias que inciden en el devenir. Así, si bien es cierto que las transformaciones tecnológicas han tenido reflejo en las estructuras tradicionales de los negocios, de ello no se deriva que la aplicación de las nuevas tecnologías permita sostener que en el caso la actividad de la empresa demandada no sea típicamente comercial, por la sola circunstancia de que se valga de las herramientas modernas que provee la sociedad de la información. Google Argentina SRL provee un servicio y percibe un precio como contraprestación. Esto se traduce en una actividad comercial neta y a la negociación concurren por el sector patronal, con el aval de la cartera de trabajo llamada a regular su conformación, asociaciones de empresas de esa actividad.

”Debo añadir que la ley 25.877 de ordenamiento laboral (2004), al reformular el artículo 2° de la ley 14.250, ha ratificado la trascendencia de que la asociación de empleadores tenga ‘suficiente representatividad’ (véase su art. 9°); ello a fin de que la convención colectiva alcance a todos los empleadores comprendidos en sus particulares ámbitos, ‘invistan o no el carácter de afiliados a las respectivas asociaciones signatarias’ (art. 2°, ley 14.250, texto según la ley 25.877). En ese marco, no puede pasarse por alto que desde el año 2004 hasta la fecha el Ministerio de Trabajo ha confirmado la legitimación para negociar, por el sector patronal correspondiente a la actividad mercantil, tanto a la Cámara Argentina de Comercio (CAC), como a la Unión de Entidades Comerciales Argentinas (Udeca) y a la Confederación Argentina de la Mediana Empresa (CAME). Digo esto porque desde 2004 hasta hoy esa cartera ha homologado numerosos acuerdos salariales celebrados en el marco del CCT 130/75, entre ellos el más reciente del 31 de mayo de 2013 (resolución de la Secretaría de Trabajo 645/2013). Por cierto, no se pasa por alto que 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

a través de la red global de Internet es, antes que nada, una actividad comercial. De esta forma, se hizo lugar a la demanda promovida para

en 1975. En la misma idea, no se soslaya que tal especificidad está impulsando el nacimiento de nuevos actores colectivos y renovados marcos de negociación, pero no deja ser verdad que la especie no excluye al género y el comercio a través de la red global de Internet –especie– es, antes que nada, una actividad comercial –género–. Tampoco se me oculta que la especificidad de las operaciones lucrativas que realiza la demandada podría generar alguna duda interpretativa acerca de si estas nuevas modalidades de negociación que emplea desbordan o no a la actividad comercial tradicional que contextualizó la celebración del Convenio Colectivo 130/75. Sin embargo, en estos casos de duda debe priorizarse la interpretación que conlleve a que el colectivo de trabajadores/as tiene amparo en el universo de las asociaciones sindicales, así como en el de los instrumentos que son fruto de la autonomía de la voluntad colectiva. Digo esto porque, en el plano social, no es posible una democracia plena sin sindicatos y, en cuanto a los intereses individuales de los/as trabajadores, porque la hiposuficiencia siempre está presente en las relaciones de dependencia laboral, con prescindencia de que se trate de empleados/as muy calificados en lo técnico o con educación universitaria o posuniversitaria, argumento este último que insinúa la demandada para avalar que todo su *staff* se encuentre fuera de todo convenio colectivo.

”IX. En síntesis, considero que el CCT 130/75, que es de actividad, de alcance nacional y se aplica a todos/as los/as trabajadores/as que se desempeñan como empleados u obreros en cualquiera de las ramas del comercio o en actividades civiles con fines de lucro (arts. 2º y 3º, CCT 130/75), alcanza a la actividad de la demandada, quien estuvo representada en la negociación por el sector empleador.

”X. No comparto el temperamento que se propone en el dictamen fiscal de fs. 233. Allí expresa el señor fiscal general, en sustancia, que la controversia de encuadre convencional no puede ser resuelta en esta litis pues no han sido oídos los trabajadores de Google Argentina SRL, quienes, en definitiva, serían los deudores del crédito reclamado, ya que la empleadora sólo resulta agente de retención. El señor magistrado del MPF finaliza diciendo que su iniciativa no implica sentar posición acerca de la controversia que subyace y que tampoco su dictamen debe interpretarse como el desconocimiento del eventual derecho de la Federación; solamente postula que el conflicto no puede ser definido en estas actuaciones. Estimo que determinar si una empresa determinada –y ergo sus vínculos dependientes– está o no sujeta a las cláusulas de una convención colectiva por ejecutar alguna de las actividades que la convención contempla no requiere de la presencia en el proceso de todos y cada uno de los/as trabajadores/as involucrados/as, cuando el reclamo atañe exclusivamente al cumplimiento por parte del empleador de sus obligaciones como ‘agente de retención’ según el artículo 38 de la ley 23.551. Por cierto, no está de más decirlo, la sentencia dictada en esta causa no podrá tener efecto de cosa juzgada respecto de quienes no han intervenido en el proceso, ya sea como partes o en calidad de terceros, pues ello implicaría una transgresión a garantías constitucionales (arts. 17 y 18, CN). Así también lo han entendido los sujetos de este proceso, quienes no han requerido la citación a

el cobro de la contribución solidaria prevista por el inciso b, artículo 100, CCT 130/75, e indirectamente quedó definido el encuadre convencional.

juicio de los/as trabajadores/as dependientes en ninguna de las oportunidades procesales pertinentes. En síntesis, considero que no existe ningún obstáculo adjetivo para dictar un pronunciamiento sobre el tema que se debate, más allá del derecho que conserva quien no ha participado en este expediente de discutir lo decidido, en una eventual y futura causa concreta en la que se edite una controversia de derecho individual o pluriindividual relativa a la misma materia.

”XI. El capital que se diferirá a condena será fijado en la etapa prevista por el artículo 132 de la ley 18.345. Como implícitamente lo acepta la Federación demandante, la cláusula de solidaridad no debió retenerse a trabajadores jerárquicos (ver el alegato de la parte actora, fojas 210, vta., anteúltimo párrafo), lo que se ve refrendado por el diseño de las categorías convencionales (arts. 4º a 18, CCT 130/75). En este sentido, resulta de utilidad para delimitar el *quantum* que corresponde diferir a condena, lo que manifestó el testigo Gimena (fs. 158), quien haciendo una simple aproximación dijo que de los 150 empleados de Google Argentina SRL, a junio de 2012: ‘más o menos 15 son gerentes y el resto son profesionales egresados de las principales universidades del país con un muy buen promedio académico, excepto por dos personas que no son profesionales, de las cuales una es la secretaria de la presidenta regional y otra persona trabaja en la parte de sistemas’. De todos modos, me atenderé al dictamen de la perito contadora porque allí se describen con mayor exactitud las denominaciones de las funciones de los/as trabajadores que prestan servicios para la demandada (fs. 184). Así, a fin de cuantificar el capital de condena, el que reflejará el 0,5% de las remuneraciones liquidadas por la demandada a su personal que no revista como jerárquico, la señora perito contadora deberá compulsar los libros laborales de la demandada y detraer, de los importes que liquidó a fs. 191/192 –respuesta letra c, del cuestionario de la parte actora–, las remuneraciones del personal cuya función lleva la denominación de director/a o gerente. A título de ejemplo, del informe de funciones suministrado a modo ilustrativo en las fojas 181/183 detraer las remuneraciones de quienes revistan como: gerente financiero, gerente de Comunicaciones y Asuntos Públicos, director de país, director legal, gerente de Recursos Humanos, gerente de Instalaciones y Maestranza, gerentes de Marketing y Producto, gerente de Ventas, gerente de Soluciones de Ventas, gerente de Industria, gerente de Cuentas Sr. Enterprise, gerente de Desarrollo y Estrategia y gerente de Vertical. Una vez restadas las sumas correspondientes a remuneraciones de dicho personal, fijará el capital aplicando el 0,5% sobre la masa salarial restante, liquidándola mes a mes. El capital de condena llevará intereses a la tasa activa desde que cada suma fue debida (Acta de esta CNAT N° 2357/2002 y resolución N° 8/2002) y hasta el efectivo pago. El período a liquidar será: octubre de 2006 hasta agosto de 2012 inclusive (mes anterior a la fecha de realización de la pericia contable), tal como fue reclamado al inicio (fs. 20, anteúltimo párrafo). Recuerdo que el señor juez a quo rechazó la excepción de prescripción liberatoria que articulara la demandada y que tal decisión llega firme a esta Alzada.

En el mismo lineamiento y en un caso de similares características, en el año 2016, la sala VI de la CNAT se expidió en “Federación Argentina de Empleados de Comercio y Servicios c/Compañía de Medios Digitales SA s/Cobro de aportes y contribuciones”²⁴ haciendo lugar a la queja de

”XII. A influjo de lo normado por el artículo 279 del CPCCN, corresponde una nueva decisión sobre costas y honorarios. Propongo que se impongan las costas a la demandada vencida en ambas instancias (artículo 68 del CPCCN) y que se regulen los honorarios de la representación letrada de la actora, demandada –por los trabajos de primera instancia– y los de la perito contadora en el 15%, 13% y 6% respectivamente del monto de condena –capital e intereses– (artículos 6º, 7º, 9º y concordantes de la ley 21.839 y 3º del decreto-ley 16.638/57) y que se regulen los de Alzada en el 25% y 25% respectivamente (artículo 14 de la ley 21.839).

”XIII. Por lo expuesto, propongo en este voto: 1) Revocar la sentencia apelada; 2) condenar a Google Argentina SRL a pagar a la Federación Argentina de Empleados de Comercio y Servicios la suma de dinero que se determinará en la etapa de ejecución de sentencia, con ajuste a lo establecido en el considerando XI de este voto; 3) imponer las costas de ambas instancias a la demandada, y 4) regular los honorarios conforme lo establecido en el considerando XII.

”El doctor Julio Vilela dijo:

”Que adhiere al voto que antecede, por compartir los fundamentos. A mérito de lo que resulta del precedente acuerdo, *se resuelve*: 1) Revocar la sentencia apelada; 2) condenar a Google Argentina SRL a pagar a la Federación Argentina de Empleados de Comercio y Servicios la suma de dinero que se determinará en la etapa de ejecución de sentencia, con ajuste a lo establecido en el considerando XI de este pronunciamiento; 3) imponer las costas de ambas instancias a la demandada, y 4) regular los honorarios conforme lo establecido en el considerando XII. Regístrese, notifíquese, comuníquese (art. 4º, Acordada CSJN N° 15/2013) y devuélvase. Gabriela A. Vázquez. Julio Vilela. Powered by TCPDF (www.tcpdf.org)”.

²⁴ CNAT, sala VI, 7-4-2016, “Federación Argentina de Empleados de Comercio y Servicios c/Compañía de Medios Digitales SA s/Cobro de aportes y contribuciones”.

Sumario: “*Asociaciones sindicales. Cláusulas de solidaridad. Pago de la contribución solidaria prevista por el artículo 100, inciso b, del CCT 130/75. Procedencia aun cuando la empleadora no fue parte en la negociación colectiva.* Si bien la empresa demandada está especializada en el desarrollo, diseño y diagramación de sitios web, soporte de sistemas, administración de bases de datos y servicios relacionados, en la actualidad desarrolla actividad comercial a través de la red de Internet mediante nuevas modalidades de interacción entre las empresas y sus clientes que eran inexistentes en 1975 cuando se firma el CCT 130/75. Cabe concluir que el Convenio mencionado, que es de actividad, de alcance nacional y se aplica a todos/as los/as trabajadores/as que se desempeñan como empleados u obreros en cualquiera de las ramas del comercio o en actividades civiles con fines de lucro, alcanza a la actividad de la demandada, quien estuvo representada abstractamente en la negociación por el sector empleador, conforme el alcance que permite la ley 14.250 (en el caso, el juez de grado entendió

Faecys, a pesar de que en el propio fallo la sala enunció que a fs. 275 el señor fiscal general propuso el rechazo de la queja entendiendo que las acciones de cobro, como la presente, no podían ser utilizadas para la dilucidación de conflictos de encuadramiento.

Asimismo, menciono el fallo “Federación Argentina de Empleados de Comercio y Servicios c/AXOFT Argentina SA s/Cobro de aportes y contribuciones”²⁵, en el cual la sala II de la CNAT confirmó la sentencia de primera instancia, que había rechazado la pretensión de la entidad actora en cuanto al cobro de aportes del CCT 130/75, a cargo de la accionada.

La demandada sostuvo ser una empresa informática cuya actividad principal consistía en la creación y desarrollo de programas de computación y sistemas de gestión informáticos para empresas de todos los ramos y que se encontraba afiliada a la Cámara de Empresas de Software y Servicios Informáticos que nuclea a las grandes, medianas y pequeñas empresas del sector. Asimismo, no formaba parte de la Cámara Argentina de Comercio ni de la Unión de Entidades Comerciales Argentinas. Destacó además que la actividad informática no estuvo representada en el CCT 130/75.

Ahora bien y analizando las sentencias enunciadas previamente, advierto que la sala I en “Federación de Empleados de Comercio c/Google Argentina SRL”, para decidir del modo en que lo hizo, efectuó un somero análisis de la actividad de la empresa enunciando que era comercial. Al mismo tiempo, afirmó que se trataba de modalidades nuevas de interacción entre empresas y sus clientes y que, si bien las mismas eran inexistentes en el año de redacción del Convenio 130/75, la especie no podía excluir al género.

En relación con esta decisión, en primer término, entiendo que el análisis que efectúa la sala con respecto a la actividad de la empresa es –en rigor– fragmentado y genérico.

Si bien realiza una descripción fáctica del caso para llegar a la

que la empresa empleadora no fue signataria ni estuvo representada en la convención colectiva de referencia”.

²⁵ CNAT, sala II, 12-10-2017, “Federación Argentina de Empleados de Comercio y Servicios c/AXOFT Argentina SA s/Cobro de aportes y contribuciones”, expte. 50.772/2012, sent. 111.338.

solución jurídica, la misma luce dogmática. En igual sentido, no pone de manifiesto la existencia de una actividad preponderante, ni refiere en qué medida las complementarias podrían quedar subsumidas en la primera.

Considero que afirmar que “la especie no excluye al género” transgrede una regla fundamental en la resolución de los conflictos de encuadre convencional, es decir, el principio de especialidad derogatoria, según el cual los convenios que refieran con mayor especificidad a una rama descartan la aplicación de los convenios de actividad más genéricos²⁶.

Puntualmente, tanto si se trata de una actividad nueva como de una que se desgrana de su anterior continente, el convenio de ámbito profesional más adecuado a la realidad concreta de la producción de un establecimiento es el llamado a prevalecer.

Sigue diciendo la sala que la especificidad de las operaciones lucrativas que realiza la demandada podría generar alguna duda interpretativa acerca de si estas nuevas modalidades de negociación que emplea desbordan o no a la actividad comercial tradicional que contextualizó la celebración del Convenio 130/75 y agrega que en caso de duda debe priorizarse la interpretación que conlleva a que el colectivo de trabajadores esté amparado en el universo de las asociaciones sindicales, así como en el de los instrumentos que son fruto de la autonomía de la voluntad colectiva.

En este sentido, debo poner de resalto que la duda que se invoca por parte del tribunal resulta infundada e irrazonable, no surgiendo de ningún modo de la conceptualización efectuada en el artículo 9° de la Ley de Contrato de Trabajo, que se refiere a supuestos absolutamente dispares.

Finalmente, acompañó al fiscal general en su dictamen, en cuanto afirmó que la controversia de encuadre convencional no podía ser resuelta en esta litis sin escuchar a los trabajadores de Google Argentina

²⁶ MACHADO, José Daniel; COPPOLETTA, Sebastián; CONDAL, Lucila y CANTARD, Albor, *Criterios relevantes e irrelevantes al momento de articular el negocio jurídico individual con un convenio colectivo de trabajo*, en *Revista de Derecho Laboral Actualidad*, N° 2010-2, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe; Rubinzal Online, RC D 3928/2012.

SRL, quienes en definitiva serían los deudores del crédito reclamado, ya que la empleadora sólo resultaba agente de retención.

En lo personal, coincido con lo expuesto por el señor fiscal general, atento a que el reclamo versa sobre el cobro de la contribución solidaria prevista por el inciso b, del artículo 100 del CCT 130/75. Con toda evidencia los trabajadores, en definitiva, los deudores del crédito, son condenados al pago de una contribución solidaria, sin ser escuchados y en relación con una convención colectiva respecto de la cual existen dudas en cuanto a que la misma los comprenda.

Muy por el contrario, y en referencia al fallo “Federación Argentina de Empleados de Comercio y Servicios c/Compañía de Medios Digitales SA s/Cobro de aportes y contribuciones”, entiendo que resulta acertado el análisis de la actividad principal de la empresa y la representación, en tanto que, como empresa informática, se encontraba afiliada a la Cámara de Empresas de Software y Servicios Informáticos y no a la Cámara Argentina de Comercio ni a la Unión de Entidades Comerciales Argentinas.

Por otra parte, la Unión de Trabajadores de Sociedades de Autores y Afines de la República Argentina (UTSA) informó que el 30 de mayo de 2013 se constituyó ante el MTEySS la Comisión Paritaria de UTSA y la Cámara de Empresas de Software y Servicios Informáticos de la República Argentina y que con fecha 4 de junio de 2013 se acordó la celebración del convenio colectivo para la industria de software que comprende a los trabajadores de la actividad e industria de software de todo el país, el cual resultó homologado.

4. La CSJN y “Federación Única de Viajantes de la República Argentina y otro c/Yell Argentina SA s/Cobro de salarios”

La CSJN en autos “Federación Única de Viajantes de la República Argentina y otro c/Yell Argentina SA s/Cobro de salarios” (CSJ 94/2012 [48-F], abril de 2015) dejó sin efecto la sentencia de la sala II de la CNAT, que había rechazado la demanda promovida por dos asociaciones gremiales (una de viajantes y otra de vendedores) que

tuvo por objeto reclamar el pago del aporte patronal destinado al Fondo de Investigación de Perfeccionamiento Gremial y Profesional previsto en el artículo 30 del CCT 308/75 de viajantes de comercio. Puntualmente, la referida sala consideró que las entidades sindicales carecían de legitimación activa.

Con relación a este extremo, la CSJN adujo que, con respecto a la mencionada falta de legitimación, la sala carecía de facultades para expedirse sobre ella, ya que no formó parte de la discusión, y al integrarse la litis la demandada no opuso defensa alguna vinculada con los alcances de la representación invocada por las actoras.

Asimismo, la CSJN afirmó que la Cámara omitió ponderar que se encontraba acreditado que ambas organizaciones contaban con personería gremial y que estaban legalmente habilitadas para ejercer la representación de los trabajadores, no pudiendo desconocerse que aquéllas gozaban del derecho de defender y representar los intereses colectivos del sector (art. 31, inc a, ley 23.551).

Por último, determinó que el fallo cuestionado impuso a la actuación de las asociaciones gremiales una condición no exigida por la ley, es decir, contar con el consentimiento de los trabajadores, ya que la reglamentación sólo lo impone cuando asumen la defensa de los intereses individuales de sus representados (art. 22 del decreto 467/88, reglamentario de la ley 23.551), pero no así cuando procuran salvaguardar los intereses colectivos.

Ahora bien, e ingresando al análisis del fallo, observo que las asociaciones gremiales actoras tomaron un “atajo” demandando inicialmente como lo hicieron. Es decir, no contando con un encuadramiento convencional previo en relación con los contratos de los 142 asesores comerciales externos –los cuales no eran considerados viajantes de comercio por la empleadora– iniciaron el referido juicio afirmando que, por las características de la actividad laboral realizada, los enunciados trabajadores estaban incluidos en el ámbito de aplicación del CCT 308/75 (viajantes de comercio) y en consecuencia directamente solicitaron al tribunal que ordenara a la empleadora el pago del aporte del artículo 30 del Convenio referido.

Es decir, considero que la solución arribada por la Corte nos plantea

una paradoja: por un lado, las asociaciones gremiales están autorizadas para reclamar los aportes que se pactaron en la convención colectiva de los viajantes de comercio. Muy por el contrario, surge el interrogante acerca de si los 142 trabajadores pueden gozar de los beneficios del referido acuerdo colectivo. Reitero que la sala II se expidió con respecto a que el Convenio Colectivo no era aplicable a los denominados asesores comerciales externos en disputa. Dicho argumento fundante quedó firme por ausencia de tratamiento.

Por su parte, Pablo A. Topet, en un comentario a este fallo, considera que entre los efectos de la sentencia de la Corte se advierte que el colectivo involucrado a los fines del pronunciamiento está comprendido en el ámbito de aplicación del Convenio (en este caso el de los viajantes de comercio e industria). Así, si algún trabajador considera que la sentencia no se le aplica, solamente podría sustentarlo en que no efectúa las tareas que han sido tenidas en cuenta en el fallo en cuestión. En el caso, debería demostrarse que no se desempeñan como asesores comerciales externos.

Enuncia el referido autor que los sindicatos deberían –según la doctrina del fallo– poder actuar en aquellos casos que se procure el resguardo de cláusulas normativas, en los supuestos de intereses individuales homogéneos, tengan o no carácter patrimonial.

5. Conclusiones

Más allá de los aciertos y desaciertos de la jurisprudencia de los tribunales ordinarios, entiendo que, con toda evidencia, la CSJN avala el tratamiento impropio de los encuadres.

Es claro, además, que la CSJN en “Federación Única de Viajantes de la República Argentina y otro c/Yell Argentina SA s/Cobro de salarios” funda su decisión utilizando como argumentos los conceptos de representación concreta, abstracta y el de interés profesional en el marco del Derecho Colectivo del Trabajo.

Asimismo, según mi opinión, los derechos de incidencia colectiva, puntualmente los intereses homogéneos a los que alude Pablo Topet, en alguna medida pueden interpretarse entre líneas en el fallo referido.

Es decir, la CSJN, al admitir esta nueva concepción de los encuadres, utiliza dichos fundamentos, a los cuales da preeminencia en sus decisiones.

En este entendimiento, además de la mencionada argumentación, existen razones de índole instrumental que acompañan este cambio.

Por ejemplo y con respecto al encuadre sindical, señalo que el agotamiento de la vía asociacional, la tramitación ante el MTEySS y el procedimiento por ante la CNAT, todo ello conforme la ley 23.551, no responden a la operatividad y celeridad que requiere la realidad actual. Por tal motivo, las partes se ven –muchas veces– obligadas a accionar por medio de “atajos” que culminan en estos encuadres impropios.

En cuanto al encuadre convencional, siempre ausente de trámite específico, se le ha aplicado habitualmente un proceso pleno de conocimiento (en general el juicio ordinario) que trae aparejado eternos tiempos procesales y numerosísimas contradicciones en los fallos de la justicia laboral. En este sentido, sólo contamos con ciertas reglas elaboradas por la propia doctrina laboralista, que son tomadas a modo de pautas resolutivas.

Es dable entender –por ende– que la ortodoxia de los encuadramientos sindicales y convencionales se ha tornado infructuosa.

En definitiva, considero que los encuadres impropios son –en parte– el resultado de la obsolescencia del sistema actual, lo cual nos invita a modificar e innovar los procedimientos actuales.

6. Bibliografía

- AMBESI, Leonardo J., *El caso “Atento” y los conflictos de encuadramiento*, en D. T. 2007 (febrero), p. 150; L. L. Online, AR/DOC/4261/2006.
- ARESE, César, *Derecho de la negociación colectiva*, 1ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008.
- *Principios y reglas en conflictos de encuadramiento*, en *Anuario de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Año IX, Nº 9, *Conflictos colectivos de trabajo*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2018, p. 51.

- BOF, Jorge, *Acciones tutelares de la libertad sindical*, La Rocca, Buenos Aires, 1991, p. 251.
- CAPÓN FILAS, Rodolfo, *Contribución patronal sobre remuneraciones de trabajadores no comprendidos en un convenio colectivo. Comentario al fallo "Federación Única de Viajantes de la República Argentina y otro c/Yell Argentina SA s/Cobro de salarios de la Corte Suprema"*, en el-Dial.com – DC1ED4, del 16-4-2015.
- CORNAGLIA, Ricardo, *Derecho Colectivo del Trabajo. Derecho de la negociación colectiva*, 1ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2007, ps. 226 y ss.
- FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos, *Tratado práctico del Derecho del Trabajo*, 3ª ed. act. y ampl., La Ley, Buenos Aires, 2007, t. III, p. 242.
- LÓPEZ, Guillermo, *Derecho de las asociaciones profesionales. Ley 20.615 y su reglamentación*, La Ley, Buenos Aires, 1974, p. 152.
- *Derecho de las asociaciones sindicales. Ley 23.551 y su reglamentación*, 2ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2000, ps. 104-105.
- MACHADO, José Daniel; COPPOLETTA, Sebastián; CONDAL, Lucila y CANTARD, Albor, *Criterios relevantes e irrelevantes al momento de articular el negocio jurídico individual con un convenio colectivo de trabajo*, en *Revista de Derecho Laboral Actualidad*, N° 2010-2, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe; Rubinzal Online, RC D 3928/2012.
- RIAL, Noemí y SIMÓN, Julio César, *Problemas actuales en la negociación colectiva*, en D. T. 2006-A-804.
- SIMÓN, Julio César, *Apuntes sobre el encuadramiento sindical en la Argentina*, en L. L. Online, AR/DOC/2702/2008.
- TOPET, Pablo A., *El interés colectivo y la legitimación judicial de las asociaciones sindicales. ¿Acciones de clase en el Derecho Colectivo?*, en D. T. 2015.
- VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, *El régimen legal de la negociación colectiva, reformada por la ley de ordenamiento laboral (25.877)*, en L. L. 2004-D-1449; cita online: AR/DOC/1637/2004.

INTERVENCIÓN DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DE LAS RELACIONES COLECTIVAS DEL TRABAJO. ALGUNAS PROPUESTAS Y REFLEXIONES

por **DIEGO MARCELO LEDESMA ITURBIDE**

SUMARIO: 1. Introducción. La obligación de la autoridad jurisdiccional de garantizar el goce pleno de los DD. HH. 2. Dificultades y desafíos de la intervención jurisdiccional en el Derecho de las relaciones colectivas del trabajo. Especificidad y principios propios de dicha particular área del sistema normativo. 3. El riesgo de criminalización de la huelga. La propuesta de instaurar una intervención de cautelar a cargo de la jurisdicción laboral local. 4. Conflicto de encuadramiento sindical “impropio” e intervención del órgano jurisdiccional. La problemática de la superposición de ámbitos de representación gremial. Apuntes y reflexiones sobre los sentidos de intervención de la jurisdicción en dicho contexto. a) La problemática de la superposición de ámbitos de representación gremial. b) Apuntes y reflexiones sobre los sentidos de intervención de la jurisdicción en dicho contexto. 5. Resolución irregular de un conflicto de encuadramiento sindical por parte de la autoridad administrativa. Impugnación en sede jurisdiccional de la Comisión Negociadora y del acto de homologación de un CCT. 6. Violaciones a derechos en el marco de los procesos electorales.

1. Introducción. La obligación de la autoridad jurisdiccional de garantizar el goce pleno de los DD. HH.

Este humilde aporte se enrola entre aquellos que proponen una intervención intensa de la autoridad jurisdiccional en la dinámica del Derecho de las relaciones colectivas del trabajo y a fin de prevenir o hacer cesar eventuales violaciones de derechos fundamentales que puedan ocurrir o suscitarse en dicho ámbito. Una intervención, indispen-

sable, necesaria, en un régimen de asociaciones sindicales que se caracteriza por aquello que Eduardo Álvarez calificó de auspiciosa obsesión de judicializar con intensidad varios aspectos vinculados al Derecho de las relaciones colectivas del trabajo¹.

En efecto, resulta absolutamente válido afirmar que nuestra Ley de Asociaciones Sindicales 23.551 (LAS), considerando los antecedentes legislativos de nuestro régimen de relaciones colectivas del trabajo, ha significado un decisivo paso en aquel sentido, e innovado creando novedosas herramientas e instrumentos jurídicos que hacen posible la intervención de la autoridad jurisdiccional en una variedad de supuestos distintos y en procura de garantizar, en conjunto, los derechos de la libertad sindical, en sentido amplísimo.

Según el escenario actual, en ciertos casos, tal tipo de intervención podría comprenderse y caracterizarse como una intervención que realiza y materializa un insoslayable control de legalidad de los actos y resoluciones que se adopten tanto al interior de las estructuras sindicales, y con agotamiento de la denominada vía asociacional², lo que resulta ser una realización del principio de autonomía colectiva, como también de revisión, control jurisdiccional, de la legalidad y razonabilidad de la actuación llevada a cabo por la autoridad de aplicación³, el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación (MTEySS)⁴. Una actuación a la que se puede acceder mediante acción o recurso⁵ y que,

¹ ÁLVAREZ, Eduardo, *Aspectos procesales del artículo 62 de la ley 23.551*, en *Revista de Derecho Laboral*, N° 2007-2, *Procedimiento laboral – II*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 325 y ss.

² Prescribe el art. 59, LAS: “La resolución de encuadramiento, emana de la autoridad administrativa del trabajo o de la vía asociacional, será directamente recurrible ante la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo”.

³ Cfr. art. 56, LAS.

⁴ Rodríguez Mancini nos enseña: “Es sabido que las decisiones que la ley atribuye a la autoridad administrativa (en ésta como en otras materias de semejante trascendencia) dirimiendo controversias que se refieren al reconocimiento de derechos a los particulares, siempre deberán estar sujetas a una revisión judicial suficiente (*Fallos*: 223:2988, 247:246, entre otros)”. RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, *Encuadramiento sindical*, en ACKERMAN, Mario (dir.) y TOSCA, Diego M. (coord.), *Tratado de Derecho del Trabajo*, t. VII, *Relaciones colectivas del trabajo – I*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 663.

⁵ Eduardo Álvarez distingue entre la acción y el recurso en los siguientes términos. La acción “está reservada a las pretensiones deducibles tanto por la autoridad admi-

en general, debe entenderse en términos amplios, comprensiva también de la conducta que se expresa mediante la omisión o el silencio. Corresponden a este grupo de acciones o recursos el entendimiento y resolución en peticiones de suspensión o cancelación de una personería gremial por parte de la autoridad administrativa y en supuestos determinados (art. 56, inc. 3º, LAS); o para entender en acciones recursivas contra resoluciones en conflictos de encuadramiento sindical (art. 59, LAS), entre otras. Este tipo de intervención jurisdiccional de control se encuentra previsto en los artículos 61 y 62 de la LAS y son de competencia exclusiva de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (CNAT).

Existe también otro grupo de acciones que suponen la intervención directa de la autoridad jurisdiccional local en distintos supuestos. Una de éstas es la acción de exclusión de tutela (art. 52, LAS), dirigida a brindar tutela y protección a la función del representante sindical; otra, como reacción frente a prácticas que suponen una actual vulneración a los principios de la libertad sindical, la querrela por práctica desleal (art. 53, LAS); luego, y del ámbito de las relaciones de negociación, el proceso sumarísimo del artículo 498 del CPCCN o equivalente de los Códigos Procesales Civiles provinciales, por incumplimiento del principio de negociar de buena fe⁶. Por último, nuestro sistema normativo contempla y prevé también la intervención de la autoridad jurisdiccional local en procura de prevenir o hacer cesar una conducta en tanto lesiva de derechos fundamentales, el amparo sindical (art. 47, LAS).

En relación con esta última, se trata de una actuación o intervención cuya legitimación y razón de ser es proveer un resguardo necesario y

nistrativa como por las entidades sindicales, que tienden a materializar aquellas iniciativas que requieren intervención judicial, como las previstas en el artículo 56, inciso 3º, o aquellas otras que tienen por objeto conjurar omisiones del poder administrador, en cumplir con algunos actos debidos, como ser conceder una inscripción o una personería o decidir una contienda intersindical de encuadramiento”. Por otro lado, y en relación con el “recurso”, el mismo autor sostiene: “está pensado, en principio, para la revisión de aquellos actos que, más allá de su origen, exceden la calificación de administrativos típicos y participan de una esencial jurisdiccional o cuasi jurisdiccional” (ÁLVAREZ, ob. cit., ps. 328/329).

⁶ Cfr. ley 23.546, art. 4º.

de naturaleza cautelar o de emergencia. Esta caracterización relevada ha derivado en asignarle una funcionalidad y un ámbito de aplicación extremadamente restrictivo, que se haya destacado que esta herramienta no resulta vía apta para resolver de manera definitiva disputas en procura de obtener soluciones de fondo⁷. Tales conclusiones se sustentan en que se trata de una intervención inmediata, próxima y de naturaleza eminentemente restitutiva, en cuanto dirigida a ordenar el cese de un comportamiento antisindical⁸ que debiera ser, además, manifiestamente arbitrario o ilegal⁹. Ciertamente que esto señalado es necesario relativizarlo y considerar, debida y adecuadamente, y tal como enseñan Machado y Ojeda, el dato de que la resolución judicial por la que dicho trámite concluye hace cosa juzgada¹⁰. El amparo sindical, asimismo, no debiera comprenderse como una vía de excepción o de aplicación restrictiva, y, como bien aclara Enrique D. Bes, “solamente resulta necesario que se den los presupuestos indicados en el artículo”¹¹. Esta

⁷ “El rechazo de la acción de amparo descansa en una razón adjetiva y no sustancial, por lo cual no implica pronunciamiento alguno sobre la cuestión de fondo suscitada respecto del aporte cuestionado, planteo que podrá ser reeditado en un eventual proceso posterior” (CNAT, sala X, “Ronchi, Carla y otros c/Unión de Trabajadores Hoteleros y Gastronómicos de la República Argentina s/Amparo”, del 30-6-2008).

⁸ Que es el aspecto de la norma que releva con énfasis la CSJN en el precedente “Ramón Borda y otro c/Unión Trabajadores Gastronómicos de la República Argentina”, del 13-11-90. Mismo sentido: SCJBA, “Lacour, Elisabeth Miriam y otros s/Amparo sindical”, del 3-3-92.

⁹ RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, *Acción de tutela por conductas antisindicales*, en T. y S. S. 1992-297, cit. por AMBESI, Leonardo Julio, *El Estado: las instancias administrativas y judiciales en el Derecho Colectivo del Trabajo*, en SIMÓN, Arturo Julio (dir.) y AMBESI, Leonardo J. (coord.), *Tratado de Derecho Colectivo del Trabajo*, La Ley, Buenos Aires, 2014, t. I, p. 893.

¹⁰ “Nosotros entendemos que no estamos en presencia de una acción de tal tipo y que la expresión ‘amparo’ se utiliza en el texto legal como sinónimo de ‘protección’ o ‘tutela’, no para indicar una especial tramitación. Cosa que fluye sin esfuerzo de la adjudicación al supuesto de la vía ‘sumarísima’ (art. 47, LAS) y de la vía ‘sumaria’ (art. 63.2, LAS), categorías pertenecientes a los procesos ‘declarativos de condena’ en los que está asegurado el conocimiento pleno (con abreviación y simplificación de los trámites) y cuya resolución hace cosa juzgada en sentido material y formal”. MACHADO, José D. y OJEDA, Raúl H., *Tutela sindical. Estabilidad del representante gremial*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, p. 78.

¹¹ BES, Enrique D., *Amparo sindical*, en *Revista de Derecho Laboral Actualidad*, N° 2016-1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 312.

posición restrictiva muestra signos de cambio en los últimos tiempos y su utilización ha resultado ser la vía procesal que habilitó pronunciamientos resonantes de nuestro máximo tribunal de justicia y mediante los cuales se analizó la constitucionalidad de normativa sobre aspectos medulares de nuestro modelo sindical, imponiendo soluciones de fondo y definitivas¹².

La distinción que la norma realiza entre los supuestos indicados de intervención por parte de la autoridad jurisdiccional resulta de interés y bien relevante. Ello así en razón de que los primeros requieren el cumplimiento de ciertos requisitos específicos. Así, y en el supuesto de acciones o recursos en contra de una determinada actuación administrativa: a) Que se trate de resoluciones definitivas que verifiquen el agotamiento de la instancia administrativa¹³, y b) que si se trata de recursos, que éstos resulten autosuficientes, que contengan una expresión de agravios, que signifiquen una crítica concreta (precisa y determinada) y razonada de todos aquellos argumentos empleados por la autoridad administrativa como fundamento y que se consideren errados o deficientes. Y todo ello bajo apercibimiento de rechazo *in limine* de la acción o del recurso por deficiencias procesales.

En otro orden de cosas, un mismo problema o conflicto propio del Derecho de las relaciones colectivas del trabajo puede justificar la aplicación sucesiva de distintos tipos de intervención jurisdiccional. Así, y si bien ciertos procedimientos tienen prevista normativamente una solución que se correspondería específicamente al primer grupo de acciones jurisdiccionales (v. gr., conflictos de encuadramiento sindical), lo cierto es que su tránsito, su desarrollo, puede constituir y exhibir un escenario o una situación que suponga violación de derechos

¹² CSJN, “Asociación del Personal Superior de Autopistas e Infraestructura (Apsai) c/Autopistas del Sol SA s/Acción de amparo”, del 3-3-2021; “Ademus y otros c/Municipalidad de la ciudad de Salta y otro s/Amparo sindical”, del 3-9-2020.

¹³ Ver DFG N° 44.730 del 1-10-2007; CNAT, sala X, “Federación Argentina de Empleados de Comercio c/Ministerio de Trabajo s/Ley de Asociaciones Profesionales”, del 5-2-2008; sala VIII, “Hierrometal SRL c/Sindicato de Choferes de Camiones s/Acción declarativa”, del 26-2-2018.

fundamentales y que justifique, de tal manera, el empleo de una acción de tipo cautelar, preventiva, de emergencia¹⁴.

Resulta un dato incontestable que la vía jurisdiccional es la más idónea y adecuada para responder con eficacia a un reclamo actual e impostergable de realización de justicia. Y ello es así ni bien se comprenda que la conservación o mantenimiento de una práctica injusta comporta, en sí misma, una ilicitud. No se trata aquí de analizar acciones y recursos determinados, sino, más bien, de la naturaleza, el propósito, el alcance y los límites de una tal mentada intervención jurisdiccional. De hecho, una tal vocación de tutela impostergable de derechos fundamentales exhibe hoy una insoslayable vocación expansiva dirigida a lograr intervenciones eficaces de protección sobre cuestiones no previstas a texto expreso en nuestra normativa. Un aspecto de especial interés a este nuevo número del prestigioso *Anuario* de nuestra querida Asociación Argentina del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (AADTySS), dirigido y orientado a promover nuevas respuestas en procura de tutelar adecuadamente los principios de la libertad sindical.

Todo esto señalado se enmarca en la consciencia de que los derechos del trabajo son derechos humanos y, en tal calidad, forman parte del Derecho transnacional de los Derechos Humanos; que los Estados tienen la obligación de garantizar los derechos humanos¹⁵ y que existe un deber jurídico que pesa en cabeza de las organizaciones, tanto públicas como privadas, de respetarlos, y, a tal fin, de realizar la debida

¹⁴ “...frente a la denuncia de un conflicto intrasindical, la parte interesada sólo puede acudir ante el Tribunal del Trabajo provincial o reclamar la adopción de una medida judicial útil, agotándose luego el objeto de la acción y la competencia de la justicia local”. SCJBA, “Lacuadra, Adela Irma c/Asociación de Trabajadores de la Sanidad Argentina Mar del Plata s/Acción sumaria, art. 47, ley 23.551”, del 18-3-97, fallo citado por ÁLVAREZ BANGUESES, Ramón y LAS HERAS, Horacio, *Concepto y clasificación de los conflictos colectivos de trabajo*, en ACKERMAN (dir.) y TOSCA (coord.), *Tratado de Derecho del Trabajo* cit., t. VII, ps. 692/693.

¹⁵ Así surge de las Directrices de Maastricht, del año 1997, que en referencia a la actuación de las entidades privadas o particulares (incluidas las empresas transnacionales) prescribe que “...Los Estados son responsables de las violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales que resultan cuando no controlan con la debida diligencia la conducta de dichos actores sociales” (Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Maastricht, 1997).

diligencia¹⁶, en cuanto práctica organizacional virtuosa y necesaria dirigida a prevenir, mitigar y reparar con eficacia eventuales violaciones de derechos humanos, entre ellos, los laborales. Ciertamente que la autoridad jurisdiccional, al margen de su independencia funcional garantizada por la Constitución Nacional, es parte orgánica del Estado, integra el sector público y es responsable de contribuir en el deber de asegurar y garantizar el respeto de los derechos humanos.

2. Dificultades y desafíos de la intervención jurisdiccional en el Derecho de las relaciones colectivas del trabajo. Especificidad y principios propios de dicha particular área del sistema normativo

El Derecho de las relaciones colectivas del trabajo supone un auténtico desafío a la intervención de la autoridad jurisdiccional y resulta necesario, prioritario, respetar su naturaleza y razón de ser. De lo contrario, la intervención tutelar supondrá, en sí misma, cierto grado de injusticia. Ahora, la cuestión de la determinación de la naturaleza y razón de ser del Derecho de las relaciones colectivas del trabajo resulta ser un tema controversial y controvertido¹⁷.

Entiendo que el Derecho de las relaciones colectivas del trabajo se justifica en la solución que su reconocimiento representa a la problemática que suscita la relación de trabajo individual y según su estructura. La relación de trabajo por cuenta ajena, dependiente o subordinado, siendo una relación del ámbito del Derecho Privado Patrimonial, tiene el problema de la determinación sustancial de las condiciones de trabajo. El pensamiento jurídico es consciente del dato de que la autonomía de la voluntad, la iniciativa privada de los sujetos

¹⁶ El deber de debida diligencia resulta ser una prescripción clara, práctica y directamente operativa, que ha sido definida como “la medida de prudencia, actividad o asiduidad que cabe razonablemente esperar, y con la que normalmente actúa, una (persona) prudente y razonable en unas circunstancias determinadas” (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2012).

¹⁷ Sobre la cuestión véase ACKERMAN, Mario, *El Derecho de las relaciones colectivas de trabajo*, en ACKERMAN (dir.) y TOSCA (coord.), *Tratado de Derecho del Trabajo* cit., t. VII; y, especialmente, la elocuente expresión: “Aproximación jurídica a un territorio que se resiste a la juridicidad”, en p. 11.

contratantes en la relación individual, no resulta garantía en absoluto de una solución justa al problema de determinación de las condiciones de trabajo. Ello se comprende así a partir de un elenco de variados motivos que conducen a empoderar la situación negocial del sujeto empresario en detrimento de su contraparte trabajadora¹⁸.

El Derecho del Trabajo, que es la respuesta a esta problemática del contenido sustancial de las condiciones de trabajo en las relaciones de trabajo individual, como no pudo haber sido de otro modo, se caracteriza por la imperatividad (relativa) de las condiciones que prescribe. La idea básica y caracterizante de lo que ha sido tradicionalmente llamado como orden público laboral. Una imperatividad que surge deriva, naturalmente, de una norma heterónoma de fuente estatal.

Pero, ciertamente, la acción gremial suscitada, entendida como una práctica o fenómeno consistente en la conflagración de personas en torno a la reivindicación de derechos e intereses de contenido económico y social, ha conducido a causar, también, condiciones de trabajo imperativas mediante acuerdos, contratos o convenios colectivos. Resulta este último un medio virtuoso de creación de orden público laboral y en virtud de múltiples motivos. Así, por resultar una expresión de participación democrática, de diálogo social, de autocomposición del conflicto, de autorregulación por parte de los propios actores sociales involucrados en la problemática del trabajo por cuenta ajena, etcétera.

De hecho, el alcance y desarrollo espontáneo que registró la acción gremial durante todo el siglo XVIII y el siglo XIX ha sido la razón del pasaje hacia la institucionalización jurídica, la incorporación al sistema normativo, de un sistema de prescripciones que, con sus principios y reglas propias, constituye el área denominada Derecho de las relaciones colectivas del trabajo. Cosa que ha ocurrido, entiendo, a

¹⁸ Así, y entre muchas otras circunstancias, las características del mercado de trabajo, que suele exhibir una oferta de mano de obra muy superior frente a los puestos de trabajo disponibles; la de cierta distancia económica y cultural, cierta desigualdad estructural, que en general suele aún distinguir entre personas que trabajan y empresarios (particularmente en nuestra comunidad); la necesidad de trabajar de las personas, en ausencia de la implementación de un salario social; o en la conveniencia de hacerlo, en ausencia de incentivos suficientes al emprendimiento individual o la falta de tutela que el sistema normativo le brinda a la persona que trabaja por cuenta propia, etc.

partir del reconocimiento estatal de que existe un tal interés colectivo, gremial o profesional; que su representación, tutela y promoción yace en cabeza de las organizaciones gremiales y no de los individuos; y que estos últimos, y a partir del dato de la actividad profesional desarrollada, participan de tal interés colectivo, gremial o profesional. Luego, a partir de esto señalado y como derivación, los sistemas normativos debieron atribuirle personalidad jurídica a estas organizaciones gremiales para que puedan actuar con relevancia jurídica.

Esta última condición relevada y consistente en que las organizaciones gremiales son (deben ser) sujetos de Derecho reclama que el ente ostente autonomía. Autonomía organizacional, esto es, que tenga la capacidad de organizarse y estructurarse del modo que le parezca mejor o más conveniente; autonomía como autotutela, para asegurar por sí mismo su propia existencia y viabilidad en múltiples términos y sentidos; y autonomía para diseñar y llevar adelante por sí mismo y por propia iniciativa el programa de acción que él mismo decida para realizar así su función indelegable de representar el interés colectivo, gremial o profesional que le corresponde (lo que es su razón de existir) y en los términos y bajo las condiciones que entienda más convenientes.

La decisión estatal de incorporar el Derecho de las relaciones colectivas del trabajo motivó al pensamiento jurídico a dar entidad y reconocer sus tres reconocidos ámbitos: el ámbito de las relaciones de asociación, el ámbito de las relaciones de negociación y el ámbito de las relaciones de conflicto. Cada uno de estos ámbitos trata problemas jurídicos específicos, aunque interrelacionados. Así, en las relaciones de asociación se analizan todas aquellas cuestiones vinculadas a la conformación de las organizaciones gremiales (¿quiénes pueden constituir las?, ¿qué requisitos deben cumplir para su constitución?, ¿cuáles son sus atribuciones?, ¿cuántas pueden coexistir?, etc.); el ámbito de las relaciones de negociación se ocupa, por su parte, de otras cuestiones (¿quiénes pueden negociar colectivamente?, ¿cuáles son los caracteres, las cláusulas válidas, el alcance de los convenios colectivos de trabajo?, ¿cuál es el procedimiento para adoptarlos?, etc.); y, por último, el ámbito de las relaciones de conflicto se ocupa de otros temas (¿quiénes son titulares del derecho de huelga?, ¿cuáles son sus

manifestaciones válidas?, ¿cuáles son los requisitos de validez de regímenes de conciliación y arbitraje?, etc.)¹⁹.

Por su parte, y tal como se adelantó, el Derecho de las relaciones colectivas está teñido de los principios del Derecho transnacional de los Derechos Humanos, de todos ellos (civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales). Y, específicamente, el derecho de la libertad sindical que, en su hora actual, exige la promoción estatal de la realización efectiva de cada uno de los derechos vinculados al Derecho de las relaciones colectivas del trabajo en sus distintos ámbitos. Especialmente, de las garantías necesarias contra toda actuación antisindical por parte del Estado y de la contraparte empresaria, con el fin de desbaratarla, hacerla cesar, impedir que las personas que ejercitan los derechos de la libertad sindical sufran, por tal razón, represalias, de asegurar la protección que se debe a los representantes gremiales.

Todo esto, expuesto de manera sintética, es lo que entiendo que constituye la esencia del Derecho de las relaciones colectivas del trabajo. Un universo de prescripciones con un sentido, una sensibilidad, que demanda su justa observancia y realización por parte del mundo del trabajo, en general, y de la autoridad jurisdiccional, en particular. Hago hincapié en la autoridad jurisdiccional porque de su intervención en este campo trata este humilde aporte. La cuestión, en general, de la intervención de la autoridad jurisdiccional deberá, de esta manera, transcurrir y desplegarse en procura de realizar justicia en el Derecho de las relaciones colectivas del trabajo, respetar la autonomía de las organizaciones sindicales²⁰ y los derechos individuales de la libertad sindical.

¹⁹ Ciertamente que al análisis de las prescripciones jurídicas de origen nacional e internacional aplicable a estos ámbitos, entre las cuales gran aporte realiza el Derecho transnacional de los Derechos Humanos, hay que sumarle el necesario aporte del pensamiento jurídico, la doctrina, que se precisa para discutir y reelaborar los conceptos fundamentales. Así, por ejemplo, para distinguir regímenes de unidad, pluralidad o unicidad sindical, o para darle contenido al concepto de negociación colectiva (¿qué es negociar colectivamente?), o para determinar el contenido del derecho de huelga (¿en qué consiste?, ¿qué es?).

²⁰ En este sentido, Ambesi expresa: “la mejor política judicial, como la mejor política laboral, es resistir la tentación de sustituir la voluntad de los protagonistas

La idea que pretende realizar este aporte consiste en reflexionar en torno a la conveniencia de ejercitar un uso intensivo de las herramientas disponibles para la intervención de la autoridad jurisdiccional, especialmente las locales, cuando ocurre una vulneración, actual o potencial, de derechos fundamentales. También intento indicar posibles escenarios de intervención cautelar, relevar la complejidad de algunas de estas cuestiones y plantear algunas ideas o perspectivas para su abordaje. Por último, sumarme a las propuestas de diseñar nuevas vías de la actuación jurisdiccional. Cierro estas palabras iniciales reconociendo que las limitaciones de este trabajo son bien evidentes y no agotan en absoluto (ni pretenden hacerlo) los escenarios posibles de intervención jurisdiccional que serán de mención aquí. Sólo serán de análisis algunos puntos que han llamado la atención del suscripto: el riesgo de criminalización de la huelga y la intervención de la autoridad jurisdiccional en ciertos conflictos inter e intrasindicales.

3. El riesgo de criminalización de la huelga. La propuesta de instaurar una intervención de cautelar a cargo de la jurisdicción laboral local

La huelga es un derecho con jerarquía constitucional (art. 14 bis, CN), un derecho humano, un principio general de Derecho Internacional reconocido a texto expreso en los instrumentos normativos más relevantes del Derecho transnacional de los Derechos Humanos. En los términos expuestos por los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo (Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones y Comité de Libertad Sindical) la huelga es corolario indisociable del derecho de sindicación previsto en el Convenio de la OIT N° 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, del año 1948.

La huelga es un medio instrumental, el mejor o el preferente, para la acción gremial. Por tal razón, la huelga tiene siempre un

de las relaciones colectivas laborales y decidir las cuestiones planteadas en base a los principios y reglas de interpretación que se han desarrollado para estos casos". AM-BESI, ob. cit., p. 880.

propósito. En última instancia, la reivindicación de derechos de contenido económico y social.

La huelga es la exteriorización de un conflicto que es inmanente a las relaciones de trabajo, tanto a nivel individual (conflicto sobre las condiciones de trabajo) como general (la distribución de la riqueza y la mejora de las condiciones de existencia de las personas que trabajan).

La huelga, como práctica, comporta o verifica una inobservancia no sancionable de obligaciones contractuales en el vínculo laboral individual. Ahora, tal práctica, siendo una medida que realiza la exteriorización de un conflicto, debe ser razonable, por imperativo ético. La razonabilidad de una determinada práctica huelguística requiere que ésta observe o guarde cierta correspondencia con aquel que resulte ser su propósito. La huelga, en tanto expresión de la acción gremial, admite una amplia e indeterminable gama de modalidades posibles de realización. O de una variedad sólo determinable por la propia acción gremial, la que propone siempre variantes e innovaciones a las prácticas ya conocidas y en procura de maximizar sus resultados. Con ello, lograr que la práctica huelguística alcance mayores niveles de eficacia y eficiencia, con menores sacrificios, con menores daños causados y en menor tiempo. Las modalidades que propone la acción gremial son todas válidas en tanto no supongan violencia.

Destaco esto último señalado: la huelga no admite en su concepto la realización de prácticas violentas como formas válidas de ejercicio. La práctica huelguística comporta el ejercicio de un derecho constitucional mientras que una actuación violenta verifica un acto ilícito. Toda actuación violenta es, por definición, ajena al ejercicio del derecho de huelga. En este entendimiento de las cosas, la expresión “huelga violenta” es, en términos jurídicos, un oxímoron. Una actuación violenta no puede ser en absoluto comprendida como práctica huelguística. Lo que sí puede ocurrir es que en el contexto de una huelga tenga lugar, se suscite, una determinada práctica violenta. La actuación violenta comporta en sí un acto ilícito que causa la obligación de su autor responsable de reparar sus consecuencias dañosas y, eventualmente, de soportar sanciones. En este punto debe quedar claro que el debido respeto al derecho de huelga no puede derivar en que su sola invocación

resulte garantía suficiente de impunidad para todos aquellos que, en su nombre, cometan delitos o causen un daño injusto a terceros o a la comunidad, en su conjunto.

Ahora, ¿cuándo una práctica realizada en el contexto de una huelga resulta violenta? Sobre esta cuestión, y a fin de la calificación de una determinada práctica como violenta o pacífica en el mundo del trabajo, entiendo que habrá que estarse a los términos prescriptos por el artículo 1º del Convenio de la OIT N° 190, sobre la violencia y el acoso, de 2019. Este dispositivo normativo asocia la noción de violencia a la de una práctica inaceptable. La aplicación del instrumento de fuente internacional indicado impone tener que contextualizar a la práctica puntual y determinada suscitada y sospechada de violenta en el marco que provee el ejercicio del derecho humano a la huelga. Sólo así se podrá concluir válidamente si la práctica resulta inaceptable y, por lo tanto, violenta e ilícita. De más está decir que el ejercicio del derecho de huelga en nuestro ámbito y según nuestras costumbres conlleva ínsitas ciertas expresiones que, en otro contexto, ajeno al reclamo gremial, resultarían de por sí violentas, en sentido amplísimo (v. gr., agravios a terceros). La tarea consiste en deducir si la actuación puntual de que se trata resulta violenta, inaceptable, aun en tal específico contexto.

Por otro lado, ¿cuál es el rol del Estado frente a la práctica violenta en contexto de huelga? Haciendo a un lado lo que le corresponde al Poder Legislativo en la materia y según sus atribuciones impuestas por la Constitución Nacional, resulta claro que la actuación estatal estará en cabeza exclusiva del poder jurisdiccional. En este sentido, corresponderá desconocerle cualquier atribución cuasi jurisdiccional a la autoridad administrativa laboral. En este punto, y no obstante lo señalado, merece destacarse que el MTEySS es titular y debe ejercer sus atribuciones legales para instar procedimientos de conciliación obligatoria y arbitraje voluntario para, mediante tales instrumentos y mecanismos, procurar, propiciar, brindar colaboración y ámbitos para que las partes mismas en conflicto arriben a una solución, la que deberá ser de naturaleza puramente voluntaria. Tal tipo de intervención, que resulta ser ejercicio del denominado poder de policía protectorio²¹, puede servir para atemperar las manifestaciones y expresiones que

²¹ Íd., p. 89.

forman parte de una práctica huelguística, así como también para disuadir y hasta incluso evitar que comportamientos violentos tengan lugar en un contexto de huelga. Ahora bien, planteada la salvedad, no caben dudas de que, como se indicó, corresponde a la autoridad jurisdiccional intervenir en relación con las prácticas violentas que tengan lugar en contexto de huelga, brindar amparo y reparación a los eventuales damnificados, como también y eventualmente sancionar a los responsables en los términos que lo prescribe y autoriza nuestro sistema normativo.

Si de prácticas violentas hablamos, es lógico concluir que será la autoridad jurisdiccional con competencia penal la que tendrá siempre una intervención previsible y directa en la cuestión. En este punto es necesario considerar, adecuada y debidamente, varios datos que tienen tanto el comportamiento o conducta sospechada de ser expresión de violencia prohibida como su abordaje, comprensión y tratamiento por parte del órgano jurisdiccional interviniente cuando la práctica violenta ocurre en el contexto de una huelga. En primer lugar, es importante considerar que la acción gremial huelguística comporta una expresión saludable de auténtica autonomía de las organizaciones sindicales y el mejor medio de realizar la defensa y promoción del interés colectivo, profesional o gremial, que representan y que constituyen su razón de ser; todo ello demanda la defensa y promoción misma de esta herramienta, y no su censura y/o restricción. En segundo lugar, que toda huelga, que supone un uso de la fuerza, de la coerción, conforma, de por sí, una atmósfera de cierta agresividad, actual o potencial, y que, entonces, se trata de la compleja tarea de reconocer, identificar y censurar allí y en un escenario de tales características a la práctica censurable por violenta; por último, que la práctica huelguística suele afectar múltiples intereses, tanto de la contraparte empresaria como de los usuarios o consumidores y de la autoridad en el Gobierno, y que, por todo ello mismo y esto último en particular, precisa de una intervención especial y diferenciada por parte de la autoridad jurisdiccional para garantizar que su propia actuación no derive en una injerencia estatal prohibida, en otras palabras, en una actuación que criminalice la huelga²².

²² En relación con actos de injerencia estatal y el debido respeto de la autonomía

El acto de criminalización de la huelga se configura toda vez que el Estado realiza, lleva adelante o amenaza con llevar adelante una persecución injusta, represiva, fraudulenta, en perjuicio de personas humanas y/u organizaciones gremiales que ejercen o pretenden ejercer el derecho humano a la huelga. La criminalización supone valerse de un uso desviado, contrario a derecho, de las instituciones jurisdiccionales del Derecho Penal y se configura, se materializa, sea que dicha práctica o trámite culmine o no en una condena penal. Una tal actuación estatal comporta, en sí, un acto violento e ilícito, que conduce a prohibir o a desincentivar el ejercicio del derecho fundamental a la huelga garantizado a texto expreso tanto por nuestra Constitución Nacional como también por los instrumentos normativos del Derecho transnacional de los Derechos Humanos.

En este punto, entiendo que resulta de interés una brevísima aproximación a dos tipos penales en particular, los cuales evocan comportamientos que, no sin controversia, podrían considerarse de eventual aplicación a supuestos de huelga. Me refiero al delito de “turbación de la posesión o tenencia de un inmueble” (art. 181, inc. 1º)²³, y al de “impedimento o entorpecimiento del normal funcionamiento de los transportes” (art. 194)²⁴. Sin pretensión de agotar el tema y sólo a modo de humilde comentario o reseña, entiendo que corresponde destacar que se trata, en ambos casos, de disposiciones cuyos textos han

de las organizaciones sindicales, destacan los pronunciamientos de nuestro máximo tribunal de justicia en “García, Ángel Alberto y otro c/Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social s/Ley de Asoc. Sindicales” y “Unión Personal de Seguridad República Argentina c/Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social s/Ley de Asoc. Sindicales”, del 4-4-2023.

²³ Código Penal, art. 181: “Será reprimido con prisión de seis meses a tres años: 1º el que por violencia, amenazas, engaños, abusos de confianza o clandestinidad despojare a otro, total o parcialmente, de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real constituido sobre él, sea que el despojo se produzca invadiendo el inmueble, manteniéndose en él o expulsando a los ocupantes; 2º el que, para apoderarse de todo o parte de un inmueble, destruyere o alterare los términos o límites del mismo; 3º el que, con violencias o amenazas, turbare la posesión o tenencia de un inmueble”.

²⁴ Código Penal, art. 194: “El que, sin crear una situación de peligro común, impidiere, estorbare o entorpeciere el normal funcionamiento de los transportes por tierra, agua o aire o los servicios públicos de comunicación, de provisión de agua, de electricidad o de sustancias energéticas, será reprimido con prisión de tres meses a dos años”.

sido ordenados en el año 1968²⁵, cuando nuestro país estaba bajo el gobierno de facto, antidemocrático y autodenominado “Revolución Argentina”, encabezado por el dictador Juan Carlos Onganía. Un período de dictadura que, como es lo normal en este tipo de procesos, estaba orientado y decidido a reprimir cualquier expresión reivindicatoria de contenido económico y social, en general, y donde destaca la adopción de un mecanismo paradigmáticamente incompatible con la efectiva vigencia del derecho de huelga: me refiero al arbitraje obligatorio del decreto-ley 16.936, dictado en fecha 31 de agosto de 1966. Una norma que, por cierto, no fue la única disposición normativa dirigida a reprimir cualquier modo de protesta social durante este triste período que debió sufrir la población de nuestro país²⁶.

La referencia histórica resulta útil, necesaria, en tanto ilustra el sentido del texto incorporado en las normas indicadas del Código Penal mediante tales modificaciones, abiertamente antidemocráticas. Así, en relación con el artículo 181 del Código Penal, se agregó al tipo penal que el “despojo” al que refería la norma podría consumarse “...invadiendo el inmueble, manteniéndose en él o expulsando a los ocupantes...”, ya sea “total o parcialmente”. Y, en relación con el artículo 194 del Código Penal, la introducción al tipo de la referencia al “normal funcionamiento”, que ciertamente conduce a ampliar significativamente las conductas que verifican el tipo penal. Entiendo que lo señalado permite avizorar la intencionalidad política de los detentadores del poder político de la época, consistente en perseguir penalmente a quienes participen y lleven adelante prácticas huelguísticas que desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos resultan ser modali-

²⁵ Ley 17.567, de fecha 6-12-67.

²⁶ Así, en fecha 22-2-67, se dictó la ley 17.183, mediante la cual se autorizaba a las empresas y organismos del Estado a despedir a empleados públicos por razón de huelga y el sometimiento al arbitraje obligatorio de aquellos conflictos que afectaban a los servicios públicos o servicios de interés público; en fecha 9-3-67 se sancionó la Ley de Defensa Civil, a través de la cual se autorizaba al gobierno a colocar bajo jurisdicción militar a civiles (incluidos trabajadores, desde ya), quienes quedaban así sujetos a la disciplina y penalidades del fuero militar; en fecha 31-3-67 se dictó la ley 17.224, que realiza una actuación estatal de injerencia en la negociación colectiva con el pretexto de combatir la inflación y se introduce, aquí también, la figura del arbitraje obligatorio.

dades válidas o admisibles; me refiero a la ocupación pacífica del establecimiento o el piquete con fines informativos²⁷.

La prevención en contra de la criminalización de la huelga se encuentra referida también en la Opinión Consultiva N° 27/2021 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), donde se afirma que “...el Estado debe garantizar que los trabajadores y las trabajadoras puedan ejercer su derecho a huelga sin ser objeto de penalización por parte del empleador particular, o del propio Estado. En ese sentido, los Estados deben suprimir aquellas normas penales que puedan ser utilizadas para perseguir el ejercicio del derecho de huelga”.

La Opinión Consultiva de la CIDH refuerza así la idea de que una práctica violenta no es expresión huelguística. Ahora, ¿de qué manera puede el Estado garantizar el ejercicio de este derecho? Entiendo y propongo que cualquier práctica sospechada de violenta que resulte motivo de intervención de la justicia penal por la posible configuración de un delito penal sea analizada cautelarmente por la jurisdicción laboral. Debería, entonces, diseñarse algún tipo de intervención previa y obligatoria de la jurisdicción con competencia laboral a fin de resguardar los derechos de la libertad sindical. Una tutela del tipo prevista para los representantes de los trabajadores en la empresa y que entiendo debería ser de competencia de las jurisdicciones locales.

4. Conflicto de encuadramiento sindical “impropio” e intervención del órgano jurisdiccional. La problemática de la superposición de ámbitos de representación gremial. Apuntes y reflexiones sobre los sentidos de intervención de la jurisdicción en dicho contexto

a) La problemática de la superposición de ámbitos de representación gremial

El conflicto de encuadramiento sindical es una contienda intersin-

²⁷ Véase *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, 1948, y el Convenio (N° 98) sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949; *Informe III* (Parte 4B) de la Comisión de Expertos, Conferencia Internacional del Trabajo, 81ª Reunión, 1994, párr. 174.

dical entre dos asociaciones de primer grado con personería gremial que reclama su derecho exclusivo a la representación legal del personal de una o varias empresas. Según nuestro modelo sindical, que prescribe la representación unificada por actividad, oficio o profesión, la representación múltiple o superpuesta no es posible. Así las cosas, suscitado un conflicto de estas características, el mismo debe encontrar resolución. Según la LAS, tal trámite debe transitar, primero, la denominada vía asociacional. La vía indicada supone el pronunciamiento de la organización gremial de grado superior a la que se encuentren adheridas las asociaciones en conflicto. Luego, en caso de ausencia de resolución en dicho ámbito y transcurridos 60 días hábiles, cualquiera de las asociaciones en disputa podrá someter la cuestión a conocimiento y resolución del MTEySS. Finalmente, la resolución que sea resultado de la vía asociacional, o de la intervención subsidiaria del MTEySS, es susceptible de ser recurrida ante la CNAT (art. 59, LAS).

Esto señalado es lo normal y esperable según nuestro modelo sindical, en el marco de un conflicto que debiera ser de derecho. Y lo es en la medida que se advierta que la solución al mismo surgiría determinada, exclusivamente, a partir del texto de las resoluciones normativas de otorgamiento de la personería gremial de cada una de las asociaciones sindicales en disputa. En efecto, en nuestro país existe un régimen de representación sindical que supone conformar el denominado “mapa de personerías”, el cual debiera ser coherente y sin superposiciones. Ciertamente que esto señalado no significa que un conflicto de encuadramiento sindical sea algo de sencilla resolución, en absoluto²⁸, sino que sólo permite advertir cuáles serían los márgenes

²⁸ Las Heras, con cita de Héctor García, afirma: “...estos conflictos de derecho se hacen visibles en la industria cuando se produce una innovación tecnológica (informatización), una sustitución de la materia prima utilizada (material plástico en reemplazo de metal o vidrio) o una segmentación del proceso productivo, y con más notoriedad en el área de los servicios, particularmente en aquellos que interconectan actividades industriales y comerciales (como el transporte ferroviario o por carretera), o en servicios accesorios o complementarios de tales explotaciones (como los prestados en centros de logística o en terminales portuarias) o que recogen desprendimientos de actividades o tareas de empresas que han descentralizado su organización productiva (centrales telefónicas o transmisión de datos)”. LAS HERAS, Horacio, *El rol del empresario en el procedimiento de resolución del conflicto de encuadramiento sindical*,

en los que el mismo debiera transcurrir. En este sentido, insisto, no resulta válido admitir superposiciones en los ámbitos de representación.

Ahora, si tal cosa ocurre, si las resoluciones de otorgamiento de la personería gremial conducen a una superposición prohibida de los ámbitos de representación sindical entre dos asociaciones sindicales distintas, el conflicto, lógicamente, desborda los márgenes normativos previstos desnaturalizando, entonces y absolutamente, el trámite para su solución. Una superposición de estas características resulta ser una auténtica anomalía dentro de nuestro régimen. Semejante irregularidad, y tal como ha sido denunciado por la doctrina, puede deberse a la utilización de vocablos que conducen a difuminar objetivamente los límites de la representación declarada; me refiero al frecuente uso de la expresión “y afines” como corolario del listado de oficios y actividades que se indica que se encuentran bajo el ámbito de representación de una determinada asociación sindical. Otra práctica deficitaria es aquella superposición que es consecuencia de la impericia de la autoridad administrativa o, lo que es más grave, de una decisión política de ésta y con el propósito de favorecer la posición de una determinada asociación sindical. Estas irregularidades favorecen la irregularidad de la superposición denunciada y derivan, en expresión de Héctor García, en que el personal en cuestión “encaje cómodamente en el enunciado normativo de los actos de otorgamiento de ambas personerías gremiales”²⁹, un fenómeno estudiado bajo la denominación “cuestiones de encuadramiento impropias”.

b) *Apuntes y reflexiones sobre los sentidos de intervención de la jurisdicción en dicho contexto*

Conforme lo señalado, la superposición de los ámbitos de representación entre dos asociaciones sindicales de primer grado con personería gremial resulta ser una auténtica anomalía que contraría las

en *Revista de Derecho Laboral*, N° 2021-2, *Procedimiento laboral – V*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 386/387.

²⁹ Sobre estas cuestiones véase GARCÍA, Héctor O., *Los conflictos intersindicales e intrasindicales en su tratamiento administrativo y en la jurisprudencia*, en RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge (dir.), *Derecho del Trabajo*, Astrea, Buenos Aires, 2010, t. 3, ps. 448/449.

bases de nuestro modelo sindical y que, por ello mismo, no puede encontrar a priori una solución o respuesta justa en nuestra LAS³⁰.

Tal anomalía esencial provoca disfuncionalidad en todo nuestro sistema de relaciones colectivas del trabajo y es la causa de conflictos exóticos de diversa entidad y naturaleza, los que entiendo que pueden justificar la intervención de la autoridad jurisdiccional local por aplicación de la herramienta procesal del amparo del artículo 47, LAS. El amparo sindical constituye una herramienta de tutela para supuestos de urgencia, medio único y diferencial en nuestro sistema normativo³¹, orientada a la protección general de todas las facetas de la libertad sindical y que yace al alcance tanto de todas las personas que trabajan como de sus organizaciones sindicales³². Un instrumento o herramienta que comprende a todos los ámbitos del Derecho de las relaciones colectivas del trabajo y no, únicamente, de las “relaciones de asociación” de nuestra LAS. Son estas características las que la convierten en una herramienta ideal para intervenir en el tratamiento y solución de los conflictos que responden a la irregularidad fundamental indicada.

Un primer sentido de intervención jurisdiccional en estos supuestos especiales de encuadramiento sindical “impropio” entiendo que debiera atender a la activa participación del personal en disputa en el proceso para la resolución del conflicto. Insisto, no estamos frente a un conflicto de derecho que se dirima en función del texto de las resoluciones de otorgamiento de personería gremial. Tal dato, entiendo, determina re-

³⁰ No obstante esto señalado y según se revela en el informe del Grupo de Expertos en Relaciones Laborales, intitulado *Estado Actual del Sistema de Relaciones Laborales en la Argentina*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, ps. 120/121: “La jurisprudencia administrativa y judicial ha esbozado distintas pautas para la resolución de conflictos, que, en principio, deberían haber sido evitados [...] a) Preeminencia de las personerías específicas por sobre las genéricas; b) preeminencia de las personerías ulteriores por sobre las anteriores”.

³¹ MORANDO, Juan Martín, *La protección de la libertad sindical: el amparo sindical*, en *Revista de Derecho Laboral*, N° 2006-2, *Derecho Colectivo*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 265/282.

³² Ver CORTE, Néstor T., *El modelo sindical argentino. Régimen legal de las asociaciones sindicales*, 2ª ed. act., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994, p. 458; *La tutela de la libertad sindical y el llamado “amparo sindical”*, en MUGNOLO, Juan Pablo (dir.); GOLCMAN, Martín y CAPARRÓS, Lucas (coords.), *Derecho Colectivo del Trabajo*, Ediar, Buenos Aires, 2019, ps. 403/406.

lativizar la justicia de la solución que prescribe el artículo 59, LAS, así como de la intervención misma de la propia CNAT (art. 62, LAS). Estamos frente a un escenario atípico de indefinición y ambigüedad objetiva que reclama una solución creativa y novedosa que contemple la participación indicada³³.

Un segundo sentido de intervención jurisdiccional es que tal tipo de disputas no resulten dirimidas en virtud de la fuerza relativa que cada una de las asociaciones enfrentadas ostente. Se trata, en cambio, de que la autoridad jurisdiccional local propicie la civilización del conflicto, su tratamiento por vías pacíficas, que imponga un trámite democrático, participativo y de respeto a las minorías. Si estamos ante un conflicto que no es de derecho, la solución debe ser, necesariamente, resultado del diálogo y la concertación, como condición de validez, resultando de aplicación el trámite previsto y contemplado por la ley 14.786 de conciliación obligatoria y arbitraje voluntario.

En tercer sentido, la aplicación de tal herramienta jurisdiccional en estos tipos especiales de conflictos entre asociaciones debe utilizarse también para tutelar los intereses de los terceros damnificados, ajenos al conflicto esencial de representación (empleadores, consumidores, usuarios, la comunidad en general). Ciertamente que el conflicto de encuadramiento sindical “impropio” puede válidamente exteriorizarse mediante una práctica huelguística. En estos supuestos y llegado el caso, la autoridad jurisdiccional deberá ser la que tenga competencia

³³ Enseña Héctor O. García: “En estos casos especiales, en lugar de derivarse la decisión sobre el otorgamiento de la representación a un tercero –como lo son las autoridades administrativas o judiciales–, debe asumirse la falla en el sistema de otorgamiento de personerías y que se trata de un ‘conflicto de intereses’, como consecuencia de lo cual deben aplicarse criterios apropiados para la solución de controversias de esta índole, como puede ser el reconocimiento de eficacia a la voluntad de los trabajadores representables, tanto sea a través de métodos basados en el principio asociativo (como propone el Informe del Grupo de Expertos en Relaciones Laborales –cantidad de afiliados–) o en el electoral (consulta a los trabajadores por medio de asamblea, sufragio o plebiscito). Lo importante es que el criterio aplicado procure evitar o atenuar al máximo la subjetividad o arbitrariedad de quien tenga la facultad de decisión a fin de arribar a una solución justa y adecuada a la realidad económico-social en condiciones de vigencia efectiva de los principios de libertad y democracia sindical”. GARCÍA, ob. cit., p. 450.

local o federal dependiendo del alcance geográfico del conflicto. Y por qué no pensar también en la intervención de la autoridad laboral provincial, en ejercicio del ya aludido poder de policía protectorio.

En relación con la tutela de los intereses del sujeto empresario titular de la organización donde la disputa de encuadramiento sindical tiene lugar, el decreto 1040/2001, de dudosa constitucionalidad, le atribuye derecho a aquél para promover el procedimiento de encuadramiento sindical en distintos supuestos³⁴. Me permito dos reflexiones con respecto a esta facultad. Primero, que luce como solución razonable que si el empresario sufre un conflicto de encuadramiento sindical, que cuente con la facultad que le reconoce la norma. Y con mayor razón tratándose de un conflicto de encuadramiento sindical “impropio”³⁵. Segundo, y en este mismo escenario de conflicto de encuadramiento sindical “impropio”, se entiende inconveniente la remisión que se efectúa al trámite de encuadramiento sindical (art. 59, LAS), en razón de las especificidades y particularidades que caracterizan a este tipo especial de conflicto³⁶. En perspectiva de los usuarios (comunidad, en general) damnificados por el conflicto, más allá de las restricciones

³⁴ “Art. 3º – Los empleadores podrán promover el procedimiento de encuadramiento sindical, ante la Autoridad de Aplicación de la Ley Nº 23.551, para que determine la asociación con aptitud representativa, en los siguientes supuestos: a) Cuando se produzcan en la empresa conflictos de representación sindical múltiple. b) Cuando los conflictos de representación sindical pudieran causar en la empresa una alteración de los regímenes salariales o de retenciones de aportes. c) Cuando acrediten que, a través del procedimiento de encuadramiento sindical, pueden corregirse eventuales asimetrías laborales de orden convencional”.

³⁵ Los restantes supuestos de intervención empresaria, incisos b, y c, resultan claramente incompatibles con los principios de la libertad sindical.

³⁶ Véase el fallo analizado por RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, *Sobre las incoherencias normativas en materia de aplicación de convenios colectivos y de encuadramiento sindical. Los derechos de incidencia colectiva y los convenios colectivos*, en *Revista de Derecho Laboral Actualidad*, Nº 2013-2, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 179-189. En dicho artículo el autor reflexiona con base en el fallo “Luque, Hugo Roberto c/Sindicato de Mecánicos y Afines del Transporte Automotor de la República Argentina”, de la CLab. de Santa Fe, sala II, 25-3-2013. Destaco, en particular, en tanto tiene relación con la ajenidad del conflicto y los derechos del empresario, que la sentencia ordena a la asociación sindical que se “abstenga provisionalmente de turbar al empleador hasta tanto recaiga resolución administrativa o judicial conforme a dichas normas”.

impuestas a la práctica huelguística en la medida que la misma afecte servicios esenciales³⁷, entiendo que las características y naturaleza de la causa del conflicto (conflicto de encuadramiento sindical impropio) resulta ser en sí una razón adicional para oportuna intervención estatal, en los términos señalados y con el debido respeto a los principios de la libertad sindical.

5. Resolución irregular de un conflicto de encuadramiento sindical por parte de la autoridad administrativa. Impugnación en sede jurisdiccional de la Comisión Negociadora y del acto de homologación de un CCT

Ha sido relevado por la doctrina que existen prácticas que pueden suponer una resolución de un conflicto de encuadramiento sindical por vías alternativas, de hecho, no previstas en la legislación y, lo que es particularmente riesgoso, a manos de la autoridad administrativa del trabajo: el MTEySS. Tal lo que puede suscitarse durante el procedimiento para la adopción de un convenio colectivo de trabajo o en el marco de un procedimiento de inspección relativo al cumplimiento de las normas laborales.

En relación con lo primero, tal cosa bien puede ocurrir en ocasión de la constitución de la Comisión Negociadora de un convenio colectivo de trabajo, que es decisión de la autoridad de aplicación: el MTEySS³⁸. El conflicto de encuadramiento sindical ocurre cuando exista una asociación sindical que no integra la Comisión Negociadora en cuestión, al tiempo que entienda que su aptitud representativa y reconocida mediante el atributo de la personería gremial resulta afectada en razón de que la negociación que inicia involucra ámbitos cuya representación le corresponden en exclusividad y, al menos, en alguna medida.

Con relación a este supuesto, el maestro Jorge Rodríguez Mancini afirmaba: “Es preciso, en pos de un ordenamiento serio y de consistencia constitucional, que se prevea un procedimiento legal que supere aquellos inconvenientes y falencias. Se trataría de un recurso directo e inmediato que supere la exigencia del agotamiento de las instancias

³⁷ Cfr. art. 24, ley 25.877 y normativa reglamentaria.

³⁸ Cfr. ley 14.250, art. 12.

administrativas y que permita incorporar al cuerpo procedimental de la negociación colectiva un instrumento apto para que la revisión sea oportuna y eficaz, garantizando el derecho de defensa en juicio de rango constitucional”. En similar sentido se pronunció el Grupo de Expertos en Relaciones Laborales³⁹.

Se trataría, entonces, de una acción ante la jurisdicción laboral, de carácter mínimo, restringido, excepcional, que permitiría discutir la legitimidad de la integración de una determinada Comisión Negociadora, según disposición del MTEySS, con carácter previo a la suscripción del convenio colectivo de trabajo, cuando tal decisión supone desviación de poder por la autoridad administrativa o resulta, luce, manifiestamente arbitrario.

Entiendo que tal herramienta cautelar debería poder ser incoada por la Asociación Sindical con Personería Gremial eventualmente afectada y por ante la CNAT, tal lo que proponía el recordado Rodríguez Mancini. Ello así en tanto es el citado tribunal quien tiene, en definitiva, competencia sobre este tipo de conflictos. Una acción que resultaría, así, hábil para evitar la constitución de una Comisión Negociadora cuestionada en su legitimidad, inauténtica⁴⁰, con todos los perjuicios que ello puede acarrear.

Consecuencia de lo anterior, y también dentro del marco del procedimiento de adopción de un convenio colectivo de trabajo, puede ocurrir que el acto de homologación de un convenio colectivo adoptado por una Comisión Negociadora cuestionada en su representatividad, y por parte de la autoridad administrativa del trabajo, suponga, al mismo

³⁹ El Informe del Grupo de Expertos en Relaciones Laborales aconseja la instrumentación de un procedimiento que, sin demorar la negociación colectiva, permita tramitar las impugnaciones que existan respecto de la forma en que se ha constituido la Comisión Negociadora, con el fin de evitar nulidades posteriores, gravosas para todos, pero especialmente para los trabajadores, que verían demoradas sus aspiraciones de que los convenios colectivos mejoren sus condiciones de vida. Grupo de Expertos en Relaciones Labores, ob. cit., p. 469.

⁴⁰ La constitución de una Comisión Negociadora que no resulte suficientemente representativa afecta también al carácter voluntario del instrumento convencional colectivo y resulta, por tanto, una actuación estatal contraria con relación a lo dispuesto por el art. 4º del Convenio de la OIT N° 98 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, de 1949.

tiempo, lógicamente, la consolidación, solidificación, de la resolución de un conflicto de encuadramiento sindical por vías no previstas en la legislación.

En este punto, y considerando la eventual posibilidad de contar con un recurso jurisdiccional idóneo para contrarrestar tal irregularidad, corresponde tener en consideración la novedad, relevada por Leonardo Ambesi, que supuso el dictado de la sentencia de nuestra CSJN en “Ademus y otros c/Municipalidad de la ciudad de Salta y otro s/Amparo sindical”, del 3 de septiembre de 2020, en cuanto habilitó la procedencia de la vía del amparo contra un acto homologatorio y una cláusula convencional⁴¹.

La novedad en cuestión consiste en tratarse de un pronunciamiento que pareciera contradecir la doctrina que surge del precedente “Unión Obrera Metalúrgica de la República Argentina c/Nación Argentina. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social”, del 3 de abril de 1996, lo que resulta de particular importancia en este breve artículo. En efecto, este decisorio citado vedaba la aplicación de la herramienta del amparo sindical contra el acto de homologación de un convenio colectivo de trabajo y exigía el previo agotamiento de las instancias administrativas como condición para impugnar lo actuado en sede judicial. Un precedente que, cabe acotar, regía pacífico en el fuero del Trabajo. A esto señalado debe sumarse que el artículo 62 de la LAS no contempla recurso jurisdiccional alguno contra el acto homologatorio, una circunstancia destacada también por la jurisprudencia a la hora de rechazar planteos recursivos o la interposición de medidas cautelares contra aquél⁴².

⁴¹ Véase AMBESI, Leonardo, *El fallo de la Corte Suprema de Justicia en la causa “Ademus” y el problema actual de la representación sindical*, artículo disponible en la Sección *Doctrina* de la página web de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (www.aadyss.org.ar).

⁴² “La aptitud jurisdiccional de la CNAT, según se desprende del diseño que prevé la ley 23.551, en su artículo 61, abarca a las resoluciones definitivas de la autoridad administrativa del trabajo en materia regulada por dicha ley y en lo vinculado a la vida interna de las asociaciones sindicales y no en lo concerniente a aspectos típicos de la negociación colectiva (ley 14.250), ya sea que éstos hagan a la interpretación de la propia normativa convencional o a la conformación de la Comisión Negociadora”. Por ende, corresponde desestimar la queja formulada por la Asociación

Cabe, pues, y a fin de evitar una injusticia, impulsar la creación de un recurso jurisdiccional de tutela frente al acto homologatorio y reiterar, nuevamente, la competencia originaria de la CNAT para este tipo de contiendas. Esto último señalado en razón de que el instrumento del amparo del artículo 47 de la LAS atribuye competencia a las jurisdicciones locales, lo que no parece ser lo más adecuado en este tipo de conflictos de encuadramiento sindical, según lo que prescribe la propia LAS.

6. Violaciones a derechos en el marco de los procesos electorales

En el marco de procesos electorales pueden darse situaciones que signifiquen un auténtico impedimento del goce pleno de derechos fundamentales, específicamente los derechos de participación al interior de las organizaciones sindicales⁴³. Comportamientos antijurídicos que deberán ser, por supuesto y como corresponde, oportunamente atendidos y desbaratados⁴⁴. Dicho eso y según nuestro régimen normativo, cualquier eventual impugnación suscitada en el marco de un proceso electoral será de conocimiento, en primer lugar, de la autoridad electoral dispuesta por la asociación sindical, denominada usualmente Comisión o Junta Electoral. Luego, en caso de que se omita allí brindar solución a la cuestión, o que resulte cuestionado lo que en dicho ámbito se

de Trabajadores con sustento en los incs. b, y e, art. 62, ley 23.551, cuestionando la composición de la Comisión Negociadora para la renovación de un CCT en el ámbito de la Caja de Previsión Social para Abogados de la Provincia de Buenos Aires, en tanto la temática recursiva versa sobre una cuestión ajena a la competencia originaria de esta CNAT, según lo previsto por los arts. 61 y 62, ley 23.551. CNAT, sala X, “Ministerio de Trabajo y Seguridad Social c/Unión de Trabajadores de Entidades Deportivas y Civiles s/Ley de Asociaciones Sindicales”, del 18-11-2014,

⁴³ Derecho de elegir libremente a sus representantes, ser elegidos y postular candidatos (art. 14, CN; art. 3º, Convenio N° 87; art. 4º, inc. e, LAS; art. 16, inc. g, LAS; art. 15, decreto 467/88; arts. 8º, 17 y 41, inc. a, LAS).

⁴⁴ Decía Deveali: “La libertad sindical, valientemente defendida por las asociaciones de trabajadores, no puede ser violada por ellas, con la finalidad de defender una estructura preexistente que los interesados no consideran más idónea para la defensa de sus específicos intereses profesionales”. Autor citado por GARCÍA, ob. cit., p. 428. Si bien la cita corresponde a un supuesto distinto (sucesiones y enucleaciones entre organizaciones sindicales), la idea fuerza resulta aplicable a la democrática práctica electoral.

resolviera, el decreto 467/88, reglamentario de la LAS, habilita la intervención de la autoridad administrativa del trabajo, a quien le atribuye el poder de disponer la suspensión del proceso electoral o la puesta en posesión de los cargos a las autoridades electas⁴⁵. Resulta destacable también aquí que la CNAT ostenta una competencia amplia para intervenir y resolver planteos de impugnación de todas las resoluciones definitivas dictadas por la autoridad administrativa del trabajo, una vez agotada la instancia administrativa (cfr. art. 16, LAS).

Ahora bien, esta intervención de la autoridad jurisdiccional, de última instancia, puede resultar inconveniente y por dos razones. En primer lugar, puede resultar tardía. En efecto, la intervención oportuna en estas cuestiones resulta un ítem relevante y que debe considerarse. En este sentido, el avance del proceso electoral, maguer la ilicitud ocurrida, derivará en la consolidación de situaciones con relevancia jurídica. Así, la elección de autoridades y posterior asunción en los cargos. Una intervención tardía en estas cuestiones puede resultar, en cambio, en una injusticia peor que la que se quiere evitar. Éste es, por otra parte, un criterio por demás razonable y que luce consolidado en nuestra jurisprudencia⁴⁶.

Por otro lado, en segundo lugar, puede resultar inconveniente la intervención de la CNAT en lugar de la jurisdicción local. En efecto, esto es así de compartir que la inmediatez del órgano jurisdiccional en relación con el conflicto suscitado facilitará alcanzar una solución más ajustada al contexto geográfico y cultural del ámbito, al lugar, a la actividad, donde el conflicto se suscite, posibilitando una mejor y más adecuada comprensión de los usos y costumbres existentes. Así como también resulta de consideración que la cercanía misma de la

⁴⁵ Cfr. art. 15, decreto 467/88, reglamentario del art. 17 de la LAS.

⁴⁶ “Es preciso destacar el criterio restrictivo cuando se trata de afectar procesos electorales ya consumados, y desplazar autoridades que ya asumieron con relevante anterioridad a la impugnación judicial, y se ha afirmado que se impone prudencia en el análisis de las causales de nulidad ya que sólo debe accederse a la pretensión invalidante en hipótesis especiales en las que surge acreditada, de una manera cabal, la presencia de conductas teñidas de antijuridicidad para impedir la voluntad de los afiliados”. CNAT, sala III, “Ministerio de Trabajo c/Sindicato de Empleados de Comercio de Lanús y Avellaneda s/Ley de Asociaciones Sindicales”, del 31-10-2005, pronunciamiento citado por AMBESI, ob. cit., p. 897.

autoridad jurisdiccional conducirá a facilitar la producción y recolección de lo que resulte de los medios probatorios, favoreciendo una decisión más ilustrada. En este punto, cabe agregar también que la jurisprudencia ha admitido la aplicación a estos supuestos de la herramienta del amparo sindical (art. 47, LAS)⁴⁷.

Un aspecto a considerar, por último, es que tratándose el acto eleccionario de un derecho fundamental de participación colectiva, la jurisdicción también deberá, ciertamente, merituar y sopesar el impacto que la solución que imponga tendrá en relación con el acto eleccionario en su totalidad. En este sentido, una violación puntual puede no merecer acarrear la suspensión o invalidación del proceso eleccionario en su total. Al contrario, tal decisión debiera resultar solución de último recurso, ejercitarse con suma prudencia y con carácter muy restrictivo. Tal conclusión luce por demás razonable cuando la falta detectada, maguer su carácter intolerable y merecedora de sanción adecuada, no tenga la virtualidad o el alcance de privar al comicio de resultar, no obstante, y según una apreciación global del proceso, una cabal y auténtica expresión de la voluntad de los electores.

⁴⁷ “Dentro de la economía de la ley 23.551, el control de los procesos electorales que se llevan a cabo en las asociaciones gremiales está a cargo de la autoridad de aplicación (art. 56, inc. 4°), por lo cual, aun acordando al artículo 47 una interpretación tan amplia como la que se da para usarlo como instrumento para prácticamente todo, cabría admitir que la intervención de la justicia del trabajo por la vía sumarísima debe ser subsidiaria y, en cuanto a esa materia concreta, interpretada con criterio restrictivo”. CNAT, sala IV, “Battaglia, Amilcar c/Junta Electoral Nacional de la Asociación del Ministerio de Enseñanza Técnica s/Amparo”, interlocutorio del 31-3-95, pronunciamiento citado por CORNAGLIA, Ricardo J., *Derecho Colectivo del Trabajo. Derecho Sindical*, La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 248.

SOBRE ALGUNOS ASPECTOS CRÍTICOS DEL SISTEMA ARGENTINO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN CLAVE “DE LEGE FERENDA”

por JUAN PABLO MUGNOLO¹

SUMARIO: I. Introducción. II. La representación empresaria en la negociación colectiva. III. La homologación de convenios colectivos de trabajo. a) El rol del Ministerio de Trabajo. b) La impugnación del acto de homologación de un convenio colectivo de trabajo. IV. Las reglas sobre concurrencia de convenios colectivos de trabajo ante la necesaria diversificación de la estructura de la negociación colectiva.

I. Introducción

Las reflexiones académicas que en clave crítica se han efectuado sobre el sistema de Derecho de las relaciones colectivas del trabajo argentino mayormente giraron en torno al régimen legal sindical². Dicho ejercicio de análisis fue –y es– de tipo exegético respecto de las normas constitucionales e infraconstitucionales, si bien en ocasiones, y desde la ciencia jurídica, las consideraciones analíticas se expandieron sobre la influencia que ejerce el entramado normativo sobre la configuración de fenómenos de tipo sociológicos y políticos, tales como el carácter representativo/asociativo sindical y sus relaciones con el Estado en tanto sujetos de carácter privado³.

¹ Profesor titular de Cátedra de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la Facultad de Derecho, UBA. Profesor de Cátedra en la Universidad de San Andrés. Doctor en Derecho por la Universidad de Granada, España.

² Las consideraciones más relevantes al respecto las he tratado en mi *La invariable direccionalidad deconstructiva sobre el modelo sindical y la obligada revisión sistémica de las relaciones colectivas de trabajo en clave de libertad sindical*, en L. L., ed. esp., Año LXXXV, N° 76; L. L. 2021-C.

³ Por todos: GOLDIN, Adrián, *El trabajo y los mercados. Sobre las relaciones laborales en la Argentina*, Eudeba, Buenos Aires, 1997.

Esa prevalencia y centralidad que como objeto principal de estudio ostenta la legislación en materia sindical se ha visto potenciada tras la reforma constitucional de 1994 y la consecuente jerarquización en el orden interno del Convenio N° 87 de la OIT⁴, en tanto se pusieron en mayor evidencia las contradicciones entre la ley y la Constitución Nacional. La mentada centralidad del “modelo sindical” consolidó el rol orbital que en su derredor siempre tuvieron la huelga y la negociación colectiva (los otros dos elementos constitutivos del Derecho Colectivo del Trabajo).

Sin embargo, la centralidad que ostenta la regulación legal sindical no ha obstruido la posibilidad de que la acción legisferante indague alternativas que, ante la complejidad que siempre ha implicado en la Argentina una reforma legislativa del modelo sindical, permitieran satisfacer ciertas demandas de adaptaciones sistémicas mediante modificaciones a la regulación heterónoma en materia de negociación colectiva⁵. Tributando a dicha acción, el presente trabajo académico con tintes exploratorios se centrará en el análisis crítico de algunos de aquellos aspectos propios del sistema de negociación colectiva argentino que, con perspectiva reformista, ameriten algunas consideraciones *de lege ferenda*.

II. La representación empresarial en la negociación colectiva

Un postulado plenamente asentado en el ámbito del Derecho Internacional del Trabajo es el de la igualdad de armas⁶ y el reconocimiento del derecho de libertad de asociación sindical a los dos sujetos protagonistas del sistema de relaciones laborales: trabajadores y empresarios⁷.

⁴ Cfr. MEGUIRA, Horacio David, *El fallo “Rossi” y la estabilidad de todos los representantes de los trabajadores*, en D. T. 2010 (febrero), p. 209; cfr. MUGNOLO, Juan Pablo, *El Aleph de la Corte*, en *Revista de Derecho Laboral y de la Seguridad Social*, N° 23, diciembre de 2008.

⁵ Vid. MUGNOLO, Juan Pablo, *Estructura de la negociación colectiva*, Ediar, Buenos Aires, 2014, p. 330.

⁶ Principio garante de la negociación colectiva al sector sindical y empresario por igual contenido en los Convenios N° 87 (1948) sobre la libertad sindical y el derecho de sindicación, y el N° 98 (1949) sobre el derecho de sindicación y la negociación colectiva.

⁷ Cfr. PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel C., *Sobre la libertad sindical de los empresarios*, en D. L., N° 17/1985, ps. 31 y ss.

Es ese doble reconocimiento de la libertad sindical el que habilita y protege a la representación de los empresarios a asociarse a una o más organizaciones con el objetivo de defender sus intereses económicos profesionales y que en general suelen gozar, según el Derecho interno, de personería jurídica de Derecho común o de Derecho especial. La representación implica una pluralidad organizada que supere las acciones de uno o varios empresarios actuando individualmente y cuya actuación podrá incluso ir más allá de las acciones meramente contractuales para conformarse en grupos de presión o *lobbying*.

Centrándonos en la negociación colectiva⁸, el sujeto negociador empresario puede no estar reconocido en algunas de sus instancias organizacionales (locales, sectoriales, intersectoriales o confederados) con entidad suficiente para negociar colectivamente, en cuyo caso tal situación tendrá fuerte trascendencia en la resultante estructura de la negociación colectiva⁹. Si bien es cierto que la distribución de tales competencias negociales suele estar regulada por normas estatutarias internas, por *basic agreements* o por prácticas negociales reconocidas, también ocurre con frecuencia que es el Estado el que vía acciones de política jurídica determina las competencias negociales entre los diversos grados del agrupamiento empresario.

La representatividad, como el parámetro general que habilita a las asociaciones empresarias a actuar como sujeto facultado para negociar colectivamente, adquiere fundamental importancia en lo que a eficacia y eficiencia del sistema de negociación colectiva respecta. Según los principios del Derecho Civil relativos a la teoría de los contratos, las empresas no asociadas ni representadas por una organización empresarial no estarían obligadas a aplicar los convenios colectivos estipulados por tales organizaciones. Ahora bien, en general y sustentados

⁸ Reflexiones sobre dicha problemática aunque centrada en un caso particular (ante un convenio colectivo de trabajo negociado entre la Federación de Entidades de Combustibles de la Provincia de Buenos Aires [Fecoba] y el Sindicato de Obreros de Estaciones de Servicio, Garajes y Playas de Estacionamiento [SOESGyPE] las encontrará el lector en mi *La representación empresaria en la negociación colectiva*, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, N° 6, junio de 2011, p. 420.

⁹ Cfr. GRANDI, Mario, *Los actores de la contratación colectiva*, en *Derecho Laboral*, t. XLVI, N° 212, Montevideo, octubre-diciembre de 2003, p. 638.

en razones económicas de mercado¹⁰ y/o de institucionalidad y eficacia, los sistemas de negociación colectiva tienden a garantizar una expansión del campo de aplicación de las normas colectivas acordadas de manera espontánea; pero cuando ello no ocurre, se apela a diversas prácticas heterónomas a fin de estimular el cumplimiento voluntario de las cláusulas contractuales. A tal fin suelen establecerse cláusulas legales que supeditan la participación en beneficios fiscales o de otro tipo al cumplimiento de *standards* contractuales vigentes en el sector o también normas legales que obligan la aplicación de tales *standards* a situaciones de crisis empresariales a fin de habilitar políticas de ajuste, tales como reducción horaria o despidos por razones económicas¹¹. También, y quizás como técnica heterónoma más generalizada, muchos sistemas de negociación colectiva recurren como solución a la dotación de eficacia general con efecto *erga omnes* a los convenios negociados por asociaciones empresarias representativas.

En tal sentido, cabe señalar que el pensamiento de Hugh Clegg, si bien destaca la importancia que ostentan las estructuras empresariales en un sistema de negociación colectiva, al mismo tiempo relativiza dicha centralidad del poder empresario en aquellos casos en que el Estado (la ley) haya intervenido desde temprano en la regulación de las relaciones colectivas de trabajo. Intervención estatal que, según el mismo autor, puede haber desempeñado un papel igualmente importante, o incluso más que el propio empresariado, sobre el sistema de negociación colectiva¹².

Esa intervención estatal sobre la organización colectiva empresaria a efectos negociales puede simplificarse en dos acciones o técnicas fundamentales: de un lado, aquella que procura el establecimiento heterónimo de requisitos para la constitución y desarrollo de las organizaciones empresariales, en general, a fin de promocionar la implantación de un tipo determinado de organización empresarial; de otro, aquellas acciones tendientes a fijar reglas de carácter heterónimo que

¹⁰ No siempre para las empresas es ventajoso pagar salarios más bajos que aquellos previstos por los contratos colectivos.

¹¹ Cfr. GRANDI, *Los actores de la contratación colectiva* cit., p. 639.

¹² CLEGG, Hugh, *El sindicalismo en un sistema de negociación colectiva. Una teoría basada en la comparación de seis países*, MTySS, Madrid, 1985, p. 145.

contemplan las cuestiones de legitimidad y representatividad negocial del sujeto empresario, las que habilitarán o no la negociación en determinadas instancias estructurales.

En cuanto a la intervención del Estado estableciendo requisitos de constitución y desarrollo a fin de fomentar la consolidación de “determinadas” organizaciones empresariales, debe destacarse el concepto de *asimetría* para señalar que en la experiencia comparada, en general, una alta reglamentación heterónoma (reglamentarista, limitadora y restrictiva) dirigida a los sindicatos de trabajadores se reproduce de manera inversamente proporcional para con las organizaciones de empleadores¹³. En tal virtud, resultará difícil detectar una regulación demasiado específica sobre las organizaciones de empleadores, incluso en aquellos países donde las experiencias corporativas han sido más intensas¹⁴.

En la experiencia argentina se encuentra un único antecedente, durante el gobierno del general Perón (1945-1955)¹⁵. La Ley 14.295

¹³ Cfr. ERMIDA URIARTE, Óscar, *Origen, características y perspectivas, en La negociación colectiva en América Latina*, ed. por Óscar Ermida Uriarte y Antonio Ojeda Avilés, Parte III, *La intervención administrativa*, Trotta, Eri, Madrid, 1993, p. 109.

¹⁴ Como ejemplo típico podemos destacar las experiencias corporativas que desde mitad de siglo en América Latina han teñido fuertemente las relaciones laborales hasta estos días (destacamos el Brasil de Getúlio Vargas y la Argentina de Juan Domingo Perón como las más significativas con sus matices). No obstante ello, ya en la década de 1980 se señalaba como factor de carácter sociológico que explicaba –entre otros– el crecimiento de la negociación colectiva en América Latina un cambio de actitud de los sujetos negociadores en la que se predisponían a romper con la tradición paternalista y a involucrar sus organizaciones en el quehacer cotidiano de las relaciones laborales (cfr. CÓRDOVA CORDOVÉS, Efrén, *Las relaciones colectivas de trabajo en América Latina: un esfuerzo de reevaluación*, en *La intervención del Estado en las relaciones industriales en la década de los 80*, I Encuentro Iberoamericano sobre Relaciones del Trabajo, IES-Servicio de Publicaciones del Ministerio de Trabajo, p. 38).

¹⁵ La existencia de dichas asociaciones de empleadores, presupuesto del que partía la ley, en clara concordancia con la representatividad dada a la parte sindical mediante la técnica de personería gremial (donde se priorizaban las asociaciones por sobre los grupos dispersos), sólo se dio durante la corta vigencia de la ley 14.295 de asociaciones de empleadores (1954-1955), que fijaba como parámetros para determinar la mayor representatividad del sector, en su art. 24 y en el art. 14 del decreto 6582/54: a) el número de trabajadores ocupados por esos empleadores, y b) la importancia económica de las empresas representadas. Durante el resto de la vigencia de la ley 14.250, ante la ausencia de normas que traten la situación que regulaba la ley 14.295, la selección

de Asociaciones Sindicales (1954-1955) establecía parámetros para la constitución de organizaciones empresariales que eran necesarias para actuar de contraparte del sector sindical¹⁶.

En lo que respecta a la intervención estatal vía el establecimiento de reglas heterónomas sobre legitimidad y representatividad es posible identificar acciones de política jurídica un tanto más activas. En muchos casos, la representatividad de los sujetos empresariales se explica ya no sólo ante la necesidad de contar con un sujeto colectivo legitimado para actuar de manera eficaz (con representación suficiente) en la negociación colectiva sino que también puede constituirse en un requisito o técnica para dotar de eficacia general a los convenios colectivos supraempresariales.

La experiencia argentina nos demuestra las opciones legislativas en materia de representatividad de las organizaciones empresarias, principalmente en cierta necesidad de hacerlas funcionales a las pretensiones negociales del sujeto sindical en materia de estructura de la negociación colectiva.

Hemos hecho referencia a la Ley 14.295 de Asociaciones Sindicales (1954-1955), que establecía parámetros para la constitución de organizaciones empresariales en clara concordancia con la representatividad dada a la parte sindical mediante la técnica de personería gremial (donde se priorizaban las asociaciones por sobre los grupos dispersos). Dicha norma establecía como parámetros para determinar la mayor representatividad del sector en su artículo 24 y en el artículo 14 del decreto 6582/54: a) el número de trabajadores ocupados por esos empleadores, y b) la importancia económica de las empresas representadas. La mentada regulación estatal duró muy poco tiempo y fue reemplazada por una ausencia absoluta de parámetros legales que reglasen la do-

del representante patronal se vio supeditada a lo determinado discrecionalmente por el Ministerio de Trabajo, cuyos criterios objetivos se mantuvieron ausentes y no pre-estableciendo límite alguno de carácter normativo. Por lo general, la determinación de la parte empresaria al constituir la unidad de negociación estuvo directamente vinculada a las expectativas negociales de la otrora parte sindical.

¹⁶ Cfr. RAMÍREZ BOSCO, Luis, *Sujetos de la negociación colectiva*, en ACKERMAN, Mario (dir.), *Relaciones colectivas de trabajo*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007, ps. 100-101.

tación de representatividad y su consecuente correspondencia con las aptitudes negociales del sector empresario. Durante el resto de la vigencia de la ley 14.250 de negociación colectiva, ante la ausencia de normas que trataran la situación que regulaba la 14.295, la selección del representante patronal se vio supeditada a lo determinado discrecionalmente por el Ministerio de Trabajo, cuyos criterios objetivos se mantuvieron ausentes, sin tratamiento normativo¹⁷.

Paradójicamente, esa ausencia de normas que regulasen la representatividad y legitimidad negocial de las organizaciones empresarias no fue un obstáculo para la negociación supraempresarial. Ello fue así pues la ausencia de regulación sobre “los parámetros” legitimantes para convertirse en sujeto negocial apto no significó la no intervención estatal sino que, por el contrario, justamente la ausencia de esos parámetros objetivos generó un amplio margen para la acción discrecional de la autoridad administrativa laboral (estatal), la cual, paradigmáticamente, la ley no sólo jamás le negó sino que, más aún, le asignó como función exclusiva. Semejante margen para intervención estatal garantizado desde la política jurídica responde a la necesidad de dar respuesta al sujeto sindical antes sus necesidades o expectativas negociales, las cuales, de no ser satisfechas, frustrarían la negociación colectiva.

Dicha situación anómica respecto al establecimiento de parámetros objetivos a fin de determinar la representatividad y aptitud negocial de las organizaciones empresarias intentó ser resuelta por primera vez y luego de muchos años por la ley 25.250 (2000)¹⁸.

¹⁷ Cfr. FERNÁNDEZ HUMBLE, Juan C., *Tendencias en la intervención del Estado en la negociación colectiva*, XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, AADTySS, Buenos Aires, 1994, t. II, p. 13.

¹⁸ En la reforma operada en el año 2000 –ley 25.250– se pueden hallar excepciones a dicha política intervencionista. Así, el artículo 6° de la ley 25.250 reemplazó el artículo 2° de la ley 14.250 por un texto en el cual se salía de la lógica que le atribuía al Ministerio de Trabajo amplias facultades para establecer la representación de la parte empleadora. El nuevo texto determinaba que para integrar una unidad de negociación que exceda a una o varias empresas correspondía a los empleadores o sus asociaciones expresar su pretensión, en función de su aptitud representativa. La misma lógica se aplicaba para determinar la participación de los integrantes en la formación de la voluntad del sector. Sólo en caso de desacuerdo intervendría la autoridad de aplicación, delegando a la reglamentación el establecer las pautas y criterios a los que debe someterse la autoridad de aplicación para el establecimiento de la represen-

La actual normativa, fruto de la última reforma laboral producida en el año 2004, posee un claro criterio intervencionista en la determinación del sujeto negociador por el sector empresario, habilitando la intervención del Ministerio de Trabajo para aquellos casos en que hubiesen dejado de existir la o las asociaciones de empleadores que hubieran acordado la anterior convención colectiva o que la existente no pudiere ser calificada de suficientemente representativa o que no hubiere ninguna, siguiendo los parámetros que establecerá la reglamentación¹⁹.

El contenido normativo del artículo 2° de la ley 14.250, claramente restrictivo del campo de acción de la autonomía colectiva, se corresponde con las líneas de política jurídica o legislativa que, salvo en algunas excepciones, tradicionalmente han discurrido la vía intervencionista estatal que se mantiene hasta estos días. Idéntica filosofía inspiró aquellas normas legales que contemplan situaciones en las que se generen conflictos en la conformación de la unidad de contratación y también sobre las pautas para su resolución.

tatividad del sector empleador (sólo en caso de que éstos no hayan alcanzado un acuerdo) así como para determinar la participación de sus integrantes en la formación de la voluntad del sector (también para casos en que no logren acuerdo). El decreto reglamentario 1172/2000, de diciembre, reglamentaba dicho artículo intentando romper con el criterio establecido en su predecesora, la ley 14.250 (t. o. 1988), que en su art. 2° efectuaba un tratamiento que otorgaba amplias facultades al Ministerio de Trabajo para determinar la representatividad del sector empresario, y mediante su decreto reglamentario (199/88) se otorgaba a la nota de cantidad de trabajadores, que empleaba cada empresa o entidad empresaria, una importancia demasiado marginal que potenciaba tal discrecionalidad en manos de la autoridad de aplicación. Dicho decreto, que en su espíritu venía a corregir tal situación estableciendo el parámetro numérico en el lugar que debe ocupar dado que la trascendencia del convenio colectivo deviene –en principio– de la cantidad de contratos individuales de trabajo que viene a regular; sin embargo, el porcentaje establecido para adquirir suficiente representatividad (50% de empleadores y trabajadores) aparecía como excesivo y de difícil cumplimiento. Vid. FERNÁNDEZ HUMBLE, Juan C., *Unidad de negociación. El nuevo artículo 2° de la ley 14.250 (ley 25.250) y su reglamentación*, en *Revista de Derecho Laboral*, N° extraordinario, *La reforma laboral. Ley 25.250*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001, ps. 137 y ss.

¹⁹ Oportunamente, a tres años de la sanción de la ley 25.877, señalé con preocupación la ausencia de reglamentación que establezca parámetros objetivos para determinar la unidad de representación del sector empresario; cfr. VALDÉS DAL-RÉ, Fernando y MUGNOLO, Juan Pablo, *La estructura de la negociación colectiva*, en ACKERMAN (dir.), *Relaciones colectivas de trabajo* cit., p. 163.

Tal como hemos señalado, el artículo 2º de la ley 14.250 establece que la autoridad de aplicación establecerá la representación del sector empresario en aquellos casos en que hubiesen dejado de existir la o las asociaciones de empleadores que hubieran acordado la anterior convención colectiva o que la existente no pudiese ser calificada de suficientemente representativa o que no hubiere ninguna, siguiendo los parámetros que establecerá la reglamentación. Reglamentación que hace 19 años se espera su aparición en el campo jurídico.

El vacío legal generado por la ausencia de la norma reglamentaria que establezca parámetros objetivos a fin de determinar la representación empresarial no pareciera habilitar a la autoridad administrativa del trabajo a actuar discrecional ni arbitrariamente y, menos aún, que dicha discrecionalidad no pueda incluso resultar antijurídica en tanto vulnerable de la autonomía colectiva²⁰, componente de la libertad sindical garantizada constitucionalmente. La autoridad administrativa del trabajo, ante el mencionado contexto de ausencia de parámetros, sólo podría haber apelado a los parámetros establecidos en el artículo 2º de la ley 14.250.

El amplio margen de discrecionalidad garantizado por aquella ausencia de reglamentación, tomando en cuenta los tiempos transcurridos y los antecedentes históricos en la materia, constituye más bien una decisión – “por abstención”– de política jurídica en materia de relaciones colectivas del trabajo que debe imperiosamente ser revisado. La intervención administrativa sin márgenes legales que delimiten su accionar pone en peligro la autonomía que las partes ostentan para la discusión y concreción del negocio colectivo, y le agrega una fuerte dosis de imprevisibilidad jurídica que, a la larga, desgastará la eficacia del sistema de negociación colectiva.

“De lege ferenda”: se propone el dictado del decreto reglamentario que dé cuenta de los parámetros objetivos a considerar a fin de dotar de representatividad suficiente a la representación empresarial en la negociación colectiva.

²⁰ Vid. CAPARRÓS, Lucas J. y GOLCMAN, Martín F., *La intervención del Estado en la determinación de los sujetos colectivos negociadores y las medidas cautelares como alternativa tutelar. A propósito de la nueva ley de medidas cautelares contra el Estado*, en D. T. 2013 (noviembre), p. 2820; cita online: AR/DOC/3578/2013.

III. La homologación de convenios colectivos de trabajo

a) *El rol del Ministerio de Trabajo*

En el sistema de negociación colectiva argentino, los convenios colectivos adquieren eficacia general “desde el momento de su homologación”, tal como lo establece la ley. La doctrina ha receptado y reproducido sin una revisión crítica dicha construcción jurídica que pone en cabeza del Poder Ejecutivo la facultad exclusiva de dotar de efectos *erga omnes*. La aceptación sin más de dicha construcción legislativa, tanto desde la Academia como desde la acción jurisdiccional, sin dudas se explica ante un sistema de relaciones colectivas de trabajo intensamente intervenido por el Estado, al cual se tributa ya casi sin matices.

En mi opinión, la eficacia general que adquieren determinados convenios colectivos de trabajo en la Argentina encuentra sustento no en el mero dictado de un acto administrativo por parte del funcionario estatal que la habilita sino en el hecho de que existe “otra” intervención estatal que, *ex ante*, legitima a aquel sindicato con mayor representatividad, al que en tal virtud se le reconoce el derecho exclusivo de negociar convenios con efectos *erga omnes*. Siguiendo dicha línea interpretativa, resultaría más razonable argumentar que la eficacia general de un convenio colectivo de trabajo radica en que el sujeto que negocia lo hace en la representación del interés colectivo²¹, cuya irradiación alcanza a todos los trabajadores involucrados.

Más allá de dicha disquisición teórica, vale la pena analizar la normativa vigente para luego hacer algunas consideraciones *de lege ferenda*.

En primer orden, cabe señalar que ese otorgamiento de rol de sujeto negociador exclusivo al sindicato más representativo se encuentra en línea con las posiciones sostenidas por los órganos de control de la OIT²².

²¹ Vid. SEREN NOVOA, Guido, *Interés colectivo y sindicato*, B de F, Buenos Aires, 2023.

²² Cfr. GERNIGON, Bernard; ODERO, Alberto y GUIDO, Horacio, *Principios de la OIT sobre la negociación colectiva*, en *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 119, N° 1, 2000.

En segundo orden, y en una misma línea tributaria del principio de libertad sindical, no puede soslayarse que la intervención gubernamental que se produce cuando el Estado ejerce el control de legalidad, y más aún el control de oportunidad, como estadio necesario para la homologación de un convenio colectivo de trabajo, definitivamente contradice lo sostenido por los órganos de control de la OIT, quienes subrayan que dicha facultad deber residir en cabeza de un organismo independiente²³.

El control de legalidad, no obstante estar en manos de una autoridad administrativa gubernamental en clara contradicción con lo expresado por los órganos de control de la OIT, ha demostrado además una inocultable ineficacia para cumplir el rol de revisión sobre sus contenidos como condición para la homologación y, en no pocas oportunidades, ha priorizado las necesidades del o de los sujetos negociadores

²³ La homologación aparece vulnerando el Convenio N° 98 de la OIT sobre derecho de sindicación y negociación colectiva ratificado por la Argentina en el año 1956, y según lo señalado por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT: “un sistema de homologación sólo es admisible en la medida de que ésta no pueda ser rehusada más que por cuestiones de forma, o bien en el caso de que las disposiciones del convenio colectivo no estuvieran de acuerdo con las normas mínimas establecidas por la legislación general. Las autoridades de manera general deberían abstenerse de intervenir para modificar el contenido de los acuerdos colectivos libremente pactados”. Vid. VON POTOBSKY, Geraldo, *Contrato de trabajo y negociación colectiva en la reforma laboral*, en *Revista de Derecho Laboral*, N° extraordinario, *La reforma laboral. Ley 25.250*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001, p. 73. Al respecto la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT ha remitido sucesivas observaciones sobre el caso argentino en particular (por ejemplo, la observación del año 2001, 72ª Reunión). Cfr. Oficina Internacional del Trabajo, *La libertad sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical*, 6ª ed., Ginebra, 2018: “1438. Subordinar la entrada en vigor de los convenios colectivos suscritos por las partes a su homologación por las autoridades es contrario a los principios de la negociación colectiva y del Convenio N° 98 (véanse *Recopilación de 2006*, párrafo 1012; 344 Informe, Caso N° 2365, párrafo 1447, y 367 Informe, Caso N° 2952, párrafo 879)”. “1442. La necesidad de una aprobación previa del gobierno para dar validez a un convenio colectivo podría implicar una medida contraria al fomento de los procedimientos de negociación colectiva entre empleadores y trabajadores para establecer las condiciones de empleo. Aun cuando la negativa de aprobación administrativa pueda ser objeto de un recurso judicial, el sistema mismo de la aprobación administrativa previa es contrario a todo el sistema de negociaciones voluntarias (véase *Recopilación de 2006*, párrafo 1015)”.

y las demandas políticas que en clave de “gobernanza” fueron y son ejercidas desde las instancias gubernamentales²⁴.

Respecto al control de oportunidad, el cual aparece ya desde la primera versión de la ley de negociación colectiva en el país (ley 14.250 de 1957), siempre implicó una confirmación del poder homologatorio estatal en tanto reserva para el gobierno un instrumento susceptible de limitar la entrada en vigor de determinado convenio colectivo (con eficacia general) cuando aquél entendiera que los contenidos convencionales afectasen los aspectos generales de la economía²⁵. Se trata de una construcción de política jurídica que supedita la dotación de la entrada en vigencia de los convenios colectivos a una intervención estatal oteadora²⁶, que amenaza con disciplinar a los sujetos negociadores ante sus eventuales desviaciones respecto del proyecto económico-político gubernamental²⁷.

Si bien ha habido desde entonces ciertas acciones reformistas con miras a limitar la administración del trabajo en lo que al control de oportunidad respecta, lo cierto es que siempre los gobiernos expusieron su reticencia a desprenderse de dicha facultad legal de control estatal.

Un primer antecedente se encuentra hace algún tiempo atrás, en 1975, tras producirse una “ronda” negociada generalizada, con mejoras

²⁴ Una muestra justamente de dicha ineficacia se ha detectado en el mal ejercicio que los gobiernos han llevado a cabo al ejercer el control de legalidad previo al acto homologatorio. En no pocas ocasiones el Ministerio de Trabajo ha homologado convenios colectivos cuyos contenidos que contrariaban la ley mínima laboral, por ejemplo, al permitir la incorporación al texto convencional de sumas no remunerativas más allá de las taxativamente permitidas por la ley.

²⁵ Esa justificación del control administrativo relativiza la importancia que algunas normas legales le adjudicaron a la homologación obligatoria de los convenios colectivos de empresa, pues al limitarse la regulación a un ámbito reducido del mercado, no resulta tan clara la afectación sobre aspectos generales de la economía que pudieran tener cuando los efectos de su entrada en vigencia se limitan al ámbito de un empleador.

²⁶ Cfr. *La libertad sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical* cit., p. 1440: “El Gobierno debe asegurarse de que en el trámite de registro y publicación de convenios colectivos sólo se realice el control de cumplimiento de los mínimos legales y de cuestiones de forma, como por ejemplo la determinación de las partes y destinatarios del convenio con suficiente precisión y la duración del mismo (véase 356 Informe, Caso N° 2699, párrafo 1389)”.

²⁷ Así lo entendió, erróneamente, la sala de ferias de la CNAT en el caso “La Asociación Bancaria”, de enero de 2017.

salariales significativas en un contexto inflacionario muy fuerte. En aquella oportunidad el gobierno vía decreto 1783/75 dispuso no aprobar los convenios colectivos pendientes de homologación²⁸, aunque al poco tiempo de dicha decisión administrativa la presión sindical obligó al gobierno a retractarse de aquella postura y mediante el decreto 1865/75 declaró la homologación de dichos convenios.

En la década de 1990 se registró una intensa actividad legislativa direccionada a regular el instituto de la homologación a fin de adaptar la estructura de la negociación colectiva a las necesidades económicas, productivas y tecnológicas del momento, lo cual puede traducirse en una demanda o necesidad sistémica por descentralizar la negociación colectiva²⁹.

Luego, en la reforma operada en el año 2004, el artículo 11 de la ley 25.877 modificó la redacción del artículo 4° de la ley 14.250, en un claro gesto por recoger la solicitud directa que la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT dirigió al Gobierno argentino, referente a la homologación de los convenios de empresa prevista en la anterior ley 25.250³⁰. Y si bien fue

²⁸ Cfr. ELÍAS, Jorge, *Procedimiento de la negociación*, en ACKERMAN (dir.), *Relaciones colectivas de trabajo* cit., t. II, p. 263.

²⁹ Así, pues, el decreto 470/93, mediante la incorporación del artículo 3° ter, reglamentario del artículo 4° de la ley 14.250, establecía como parámetros obligatorios para que proceda la homologación el hecho de que se tuvieran en cuenta criterios de productividad, inversiones, incorporaciones de tecnología y sistemas de formación profesional. Otra norma dictada en la misma década y de similares contenidos y objetivos fue el decreto 1553/96, que se dictó como reglamentario del artículo 4° de la ley 14.250 (t. o. 1988) con el objetivo de dar una solución a la problemática de la ultraactividad legal mediante la “deshomologación”, sustentada en cierta doctrina que sostuvo que no constituiría violación a principio administrativo alguno, pues quien tiene facultades para dictar un acto, también la tiene para modificarlo o extinguirlo (cfr. HUTCHINSON, Tomás, *Régimen de procedimientos administrativos*, Astrea, Buenos Aires, p. 140). Esa búsqueda de solución para con los convenios colectivos de trabajo vigentes por ultraactividad legal desde mediados de los 70 procuraba hacerse en términos descentralizantes, pues la estructura conformada por dichas normas convencionales se sustentaba en el nivel de actividad y en el ámbito geográfico nacional.

³⁰ “La comisión observa que la nueva ley N° 25.250 de mayo de 2000 prevé en su artículo 7° que los convenios colectivos de trabajo de empresa concertados con el sindicato con personería gremial actuante en ella también requieren homologación. A este respecto, la Comisión pide al Gobierno que le informe en su próxima memoria

suprimida la referencia a pautas de oportunidad o conveniencia para que la homologación sea procedente –también altamente cuestionado por la OIT–, la nueva redacción de artículo 4º de la ley 14.250 sin embargo alude a que las cláusulas no “afecten al interés general” como condición para que sean aprobadas por la autoridad administrativa. Dicho *interés general* aparece como un dato sujeto a valoración por parte de la autoridad administrativa, lo cual pareciera tributar a la ya mencionada reticencia estatal por desprenderse de la facultad de controlar la “oportunidad” de lo acordado por las partes en libertad³¹.

Cabe finamente concluir que llama la atención cómo aquellas posiciones doctrinales que pugnan por resaltar las “consistencias” que en materia de libertad sindical ostenta el sistema nacional de relaciones colectivas de trabajo hayan, sin embargo, obviado indagar la mentada construcción de política jurídica que habilita la eficacia general de los convenios colectivos en función de la representatividad del sujeto sindical, aceptando por el contrario que ello radica en esa intervención estatal oteadora. Argumento este último que, lamentablemente, prepondera, pero que ha desbordado ya los cauces analíticos para demostrar empíricamente su ineficacia³².

“De lege ferenda”: la facultad de efectuar el control de legalidad y, como consecuencia de ello, la homologación de convenios colectivos de trabajo debería ser excluida de la órbita del Ministerio de Trabajo de la Nación y ser transferida –mediando reforma legislativa– a un órgano independiente ajeno al Poder Ejecutivo nacional (Poder Judicial u órgano estatal no gubernamental).

sobre los criterios en base a los cuales se puede denegar la homologación en cuestión”. Cfr. CEACR, 72ª Reunión, 2001; ver Título A, pto. 2.4 del presente Capítulo.

³¹ Respecto a la posición de la OIT sobre la intervención de las autoridades vid. GERNIGON, ODERO y GUIDO, *Principios de la OIT sobre la negociación colectiva* cit., p. 49.

³² Una muestra justamente de dicha ineficacia se ha detectado en el mal ejercicio que los gobiernos han llevado a cabo al ejercer el control de legalidad previo al acto homologatorio. En no pocas ocasiones el Ministerio de Trabajo ha homologado convenios colectivos cuyos contenidos contrariaban la ley mínima laboral, por ejemplo, al permitir la incorporación al texto convencional de sumas no remunerativas más allá de las taxativamente permitidas por la ley.

b) *La impugnación del acto de homologación de un convenio colectivo de trabajo*

Existe por parte del legislador una omisión que tiene sus consecuencias directas sobre los procesos negociales colectivos. Me refiero a la ausencia de un recurso específico mediante el cual se pueda impugnar el acto de homologación³³.

La referida ausencia de recurso específico obliga al impugnante a discurrir los plazos y formas establecidos en la ley 19.549 sobre procedimientos administrativos. Dicha vía recursiva, la administrativa, debe ser agotada mediante la interposición del recurso de reconsideración y jerárquico en subsidio como supuesto necesario para el acceso posterior a la revisión judicial³⁴. Sin embargo, según jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, en los autos “Confederación General del Trabajo de la República Argentina c/Estado nacional. Poder Ejecutivo nacional”, sala de feria, del 24 de octubre de 1997, el Ministerio de Trabajo no posee facultades para dejar sin efecto la homologación de un convenio colectivo de trabajo, motivo por el cual su accionar se encuentra limitado a acceder o denegar homologar. En la misma línea, en dicha sentencia se sostuvo que la vigencia ulterior de una convención colectiva de trabajo no puede hallarse sujeta a una eventual decisión administrativa y que el acto mediante el cual el Ministerio de Trabajo homologa una convención colectiva de trabajo produce sus efectos instantáneamente, y, alcanzado su objeto, se extingue³⁵.

Es en virtud de lo expuesto que, sin mucha dificultad, se puede constatar que el recorrido impugnatorio en la instancia administrativa conducirá –conduce al día de hoy– a que el Ministerio de Trabajo,

³³ Vid. MUGNOLO, Juan Pablo, *La impugnación del acto homologatorio de un convenio colectivo de trabajo. El medio jurídico más idóneo*, en *Revista de Derecho Laboral y de la Seguridad Social*, N° 12, junio de 2004.

³⁴ Cfr. CSJN, autos “Unión Obrera Metalúrgica de la República Argentina c/Estado nacional. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social s/Juicio sumarísimo”, del 3-4-96, que estableció que mediante la interposición del amparo sindical previsto en el art. 47 de la ley 23.551 no puede obviarse la vía recursiva adecuada para la impugnación de un convenio colectivo de trabajo.

³⁵ Cfr. FRANZOSI, Lucila, *La impugnación del acto homologatorio* (Cap. 2.4.a), en MUGNOLO, Juan Pablo (dir.); CAPARRÓS, Lucas y GOLCMAN, Martín (coords.), *Derecho Colectivo del Trabajo*, Ediar, Buenos Aires, 2019, ps. 544-545.

amparándose en la mentada jurisprudencia, no deje sin efecto el convenio colectivo de trabajo homologado y luego impugnado. Ello implica un derrotero que insume un tiempo demasiado valioso en virtud de los contratos laborales regulados “desde” el convenio colectivo cuya homologación se impugna, puesto que, dado que el recurso interpuesto no produce efectos suspensivos, el convenio colectivo “avanza” con fuerza normativa, generando consecuencias jurídicas, cuyo desandar generará no pocas dificultades.

A la situación descripta se le agrega mayor complejidad aún. Ello así en tanto en cuanto no queda del todo claro –por ausencia de norma específica– quiénes resultan legitimados para impugnar el acto homologatorio³⁶.

La ausencia de un recurso específico mediante el cual se canalice la impugnación del acto de homologación atendiendo a la particular dinámica propia de la negociación colectiva constituye una problemática que repercute negativamente en la eficacia normativa de los convenios colectivos y genera altas dosis de inseguridad jurídica, erosionando su poder normativo laboral.

“De lege ferenda”: se propone incorporar un tipo de recurso específico a efectos de instrumentalizar las impugnaciones a los actos de homologación de convenios colectivos de trabajo, el cual debería residir en la ley de procedimientos de la negociación colectiva.

IV. Las reglas sobre concurrencia de convenios colectivos de trabajo ante la necesaria diversificación de la estructura de la negociación colectiva

El centro donde se concreta la técnica más generalizada de las que

³⁶ La sala VIII de la CNAT, autos “Ruiz Díaz, Carlos y otros c/Ministerio de Trabajo s/Nulidad de resolución”, SD 26.675 del 28-2-2006, entendió que no están legitimados para demandar la anulación del acto homologatorio ni cada uno de los trabajadores ni cada uno de los empleadores incluidos en el ámbito personal de vigencia de las convenciones colectivas. En un caso donde se cuestionaban los alcances de un convenio colectivo, la sala VII de la CNAT estimó pertinente que no podía hacerlo una asociación gremial que no participó en la celebración de un convenio colectivo por la vía de una acción de amparo, y que debían intervenir los agentes firmantes del mismo (CNAT, sala VII, *in re* “Confederación Odontológica de la República Argentina c/Ministerio de Trabajo s/Amparo”, SI 28.527 del 9-5-2007). *Ibidem*.

se sirve el ordenamiento jurídico para la protección de los trabajadores, ello es la limitación al ejercicio de la autonomía de la voluntad, lo constituye el sistema de fuentes. La configuración de un sistema de fuentes denota la intensidad de la tutela, o mejor dicho el modo de ser de un cierto ordenamiento laboral. Bien es cierto que en determinados momentos dicho sistema de fuentes recibe demandas de adaptabilidad y flexibilización que tienden a alterar su clásica configuración³⁷. No pocas veces, esas demandas de reforma del sistema de fuentes implicaron una retirada de la normativa estatal y una apertura de nuevos o mayores espacios a las reglas provenientes de la autonomía privada, particularmente de la negociación colectiva³⁸.

El sistema de negociación colectiva, en tanto aparato productor de normas³⁹, necesariamente entabla relaciones recíprocas con la ley, con la autonomía individual pero también al interior de su propia estructura. Este mayor protagonismo y el a su vez de mayor complejidad que adquiere la negociación colectiva complejiza el sistema de fuentes y obliga a efectuar un análisis hacia adentro del propio sistema de negociación, pues la diversificación allí operada es un dato fundamental para determinar dónde se concentra el poder normativo, el porqué de dicha concentración y dar respuestas desde su estructura⁴⁰ ante las demandas en el sentido⁴¹ tanto de potenciar su rol protectorio como acompañar los procesos y cambios productivos.

³⁷ Cfr. GOLDIN, Adrián, *Prologo*, en *Convenios colectivos de trabajo. Concurrency, articulación y sucesión*, Ediar, Buenos Aires, 2004.

³⁸ Según Goldin: “las demandas de flexibilidad [...] son reconducibles en sus variantes más intensas a restar contenidos de la ley y los convenios colectivos para abrir espacios mayores para el ejercicio de la autonomía individual” (GOLDIN, Adrián, *El futuro del Derecho del Trabajo [un nuevo desafío para el Derecho y la equidad]*, en AA. VV., *Ensayos sobre el futuro del Derecho del Trabajo*, Zavalía, Buenos Aires, 1997, p. 67).

³⁹ Cfr. GOLDIN, Adrián, *Curso de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, La Ley*, Buenos Aires, 2012, p. 685; cfr. MUGNOLO, Juan Pablo, en MUGNOLO (dir.), CAPARRÓS y GOLCMAN (coords.), *Derecho Colectivo del Trabajo* cit., p. 60.

⁴⁰ “En su significado primero y esencial, la estructura negocial actúa como verdadero centro de distribución de poder y, por consiguiente, ella misma es el resultado último de la forma en que, en un sistema dado de relaciones laborales, se reparte ese poder”. Cfr. VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, *Prólogo*, en RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, María Luz, *Estructura de la negociación colectiva*, Lex Nova, Valladolid, 2000, p. 24.

⁴¹ *Ibíd.*

La experiencia Argentina podría describirse como la prevalencia en el tiempo, desde su orígenes, de un sistema de negociación colectiva cuya estructura típicamente centralizada es un dato estable, el cual sólo sufrió variaciones en específicos momentos históricos frente a fuertes demandas renovadoras que exigieron su revisión en clave de diversificación; ello es, habilitando espacios descentralizados para el negocio contractual colectivo.

Desde la sanción de la ley 14.250 en 1953⁴² hasta los años 80 del siglo XX, convergieron históricamente algunas condiciones que fueron determinantes en la configuración del modelo histórico de negociación colectiva, tales como la presencia de estructuras sindicales centralizadas con alta participación y control formal de la negociación en todos los niveles, escasa competencia entre niveles para el establecimiento de salarios por causa de negociaciones imitativas (*pattern bargaining*)⁴³, la concentración sindical en una sola central sindical –o eventualmente en pocas grandes agrupaciones según el período histórico– con gran influencia en las políticas económicas y sociales, y finalmente una inflación generalmente elevada que determinó un contexto favorable para el mencionado *pattern bargaining* y la consecuente centralización de la negociación colectiva⁴⁴.

Ese modelo de negociación colectiva denominado histórico o paradigmático⁴⁵ intensamente intervenido, con alto grado de reglamen-

⁴² Ley sancionada en octubre de 1953, que apareció como la primera ley en sentido formal, dedicando un tratamiento exclusivo a la negociación colectiva. Vid. DEVEALI, Mario, *La nueva ley de convenciones colectivas de trabajo*, en D. T. 1953-577 y ss.

⁴³ Vid. MARSHALL, Adriana y PERELMAN, Laura, *Cambios paradigmáticos en los patrones de negociación colectiva en la Argentina y sus factores explicativos*, en *Estudios sociológicos*, vol. XXII, N° 65, Colegio de México, 2004.

⁴⁴ En sentido contrario, Torre entiende que la inflación generó descentralización tendiente a recuperar los salarios fijados en los niveles superiores erosionados. Cfr. TORRE, Juan C., *Las reformas de mercado y el sindicalismo en la encrucijada*, en SENÉN GONZÁLEZ, Santiago y BOSOER, Fabián, *El sindicalismo en tiempos de Menem*, Corregidor, Buenos Aires, 1999.

⁴⁵ Cfr. GOLDIN, *El trabajo y los mercados. Sobre las relaciones laborales en la Argentina* cit., p. 20; vid. NOVICK, Marta y CATALANO, Ana M., *Sociología del trabajo en la Argentina: desarticulación del acuerdo fordista y nuevas formas de conflictos y consensos*, en *Revista de Trabajo*, Año 2, N° 8, MTEySS, Buenos Aires,

tarismo normativo, con un modelo sindical estatalista⁴⁶, contemplaba un sistema de negociación colectiva justamente caracterizado por el sesgo singular del sujeto sindical⁴⁷, altamente centralizado y en el que la negociación a nivel de empresa ocupaba espacios marginales en la estructura negocial formal o, directamente, constituían negociaciones informales difíciles de detectar a simple vista, dificultando al extremo la posibilidad de que durante la vigencia de la ley 14.250 (y las leyes sindicales que complementaron dicha lógica) se produjera un adecuado tratamiento normativo de la negociación colectiva de empresa⁴⁸. A

1995; vid. NOVICK, Marta y TRAJTEMBERG, David, *La negociación colectiva en el período 1991-1999*, en *Documento de Trabajo*, N° 19, Secretaría de Trabajo, Coordinación de Investigaciones y Análisis Laborales, MTEySS, Buenos Aires, 2000.

⁴⁶ Definición que corresponde a Goldin y que implica un sindicalismo caracterizado por una “íntima vinculación de pertenencia con el Estado, en el que se inserta (según la contingente relación de fuerzas) como dominante o dominado, pero al que, en todo caso, necesita como propio” (cfr. GOLDIN, *El trabajo y los mercados. Sobre las relaciones laborales en la Argentina* cit., p. 22).

⁴⁷ Señala Moreno que las diferentes leyes de asociaciones sindicales han limitado la diversificación de niveles de negociación al determinar, con mayor o menor flexibilidad, que las asociaciones gremiales de primer grado, por el hecho de federarse, resignan o delegan el derecho a negociar la convención colectiva de la actividad y, por otra parte, que la personería gremial, requisito sine qua non para negociar en los términos de la ley 14.250, debe ser otorgada al sindicato más representativo de la actividad: hecho este último que conlleva, indefectiblemente, a la necesidad de que las federaciones (y sindicatos) tiendan a obtener su representatividad en un ámbito mayor que el de la empresa (cfr. MORENO, Omar, *La nueva negociación colectiva. La negociación colectiva en la Argentina*, Fundación Friedrich Ebert, Folios, Buenos Aires, 1991, p. 91). A ello cabe agregar el rol marginal asignado desde la heteronomía al sindicato de oficio y de empresa.

⁴⁸ Claro ejemplo de ello lo constituye la “ronda” negocial de 1975 (última gran ronda efectuada durante la vigencia de la ley 14.250 de 1953). En aquella oportunidad se concertaron 623 convenios, de los cuales 456 fueron de actividad o rama (incluidos los convenios de oficio o profesión, cuyo ámbito excede a una empresa determinada), y de los que 189 tuvieron alcance nacional e involucraban a más del 75% de la población asalariada. Los restantes 167 invistieron el carácter de convenios de empresa, pero debemos señalar que 59 de ellos se referían a empresas monopólicas del Estado (que por su cobertura constituían casi verdaderos convenios de actividad). Los 108 convenios de empresa “no públicas”, es decir, pertenecientes al sector privado, tenían una cobertura poco significativa (vid. GOLDIN, Adrián, *Evolución reciente de la negociación colectiva en la Argentina [Inferencias mínimas y elementales de una investigación exploratoria]*, en T. y S. S. 1999-749).

ello cabe sumarle un contradictorio tratamiento jurisprudencial de los productos negociados y acordados en el ámbito de la empresa⁴⁹. El carácter simple de aquella estructura de la negociación colectiva, compuesta por convenios colectivos de niveles más abarcativos, normalmente no superpuestas y en la cual la existencia de negociaciones a nivel de empresa era un fenómeno marginal, no hacía necesario contar con reglas para decidir casos de concurrencia conflictiva entre convenios, pues ellos no se producían.

Aquella falta de diversificación de la negociación colectiva característica del modelo paradigmático comienza a mutar durante la década de los 90, cuando la apertura de unidades de negociación menos abarcativas posibilita la interacción con aquellas otras preexistentes⁵⁰. Ante ese nuevo contexto, las reglas sobre concurso o concurrencia de convenios colectivos adquirieron centralidad frente a la necesidad de dar solución a situaciones de colisión normativa frente a una estructura que comienza

⁴⁹ En algunos casos, tales convenios fueron considerados verdaderos convenios de empresa aunque no regidos por la ley 14.250 (SCJBA, 14-4-59, “Binetti, Mauro c/Establecimiento San Pablo”, D. T. 1959-745; 28-12-77, “Rebuñal c/Standard Electric”, D. T. 1968-31, con la salvedad de que no deben ser cláusulas *intuitu personæ*; DEVEALI, Mario, *Los acuerdos de empresa y la inderogabilidad de las cláusulas más favorables*, en D. T. 1969-198) y como bien señala Ramírez Bosco, “...sin aclarar qué alcance se da a esta definición, aparte de considerarlos de cumplimiento obligatorio...” (cfr. RAMÍREZ BOSCO, Luis, *Convenciones colectivas de trabajo. Actualización con las reformas de las leyes 23.545 y 23.546*, Hammurabi, Buenos Aires, 1989, p. 47). Otras veces se los calificó directamente como convenios de Derecho común, para concluir que no pueden ser derogados por los convenios colectivos concertados de acuerdo a la ley 14.250, considerándolos *normas especiales y suplementarias* de dichos convenios colectivos (CNAT, sala II, 28-2-67, “Rebuñal c/Standard Electric”, D. T. 1967-271; en pleno, “Borghello c/Standard Electric”, D. T. 1971-510) y en ocasiones se los consideró acuerdos individuales (CNAT, sala II, 28-3-74, “Loiacono c/Longvie”, L. T. 1974-B-729).

⁵⁰ Recuérdese que en el año 1991 las negociaciones de empresa representaban tan sólo el 19% del total de los convenios colectivos de trabajo negociados. Pero es a partir de ese año que la tendencia a la negociación en la empresa comienza a crecer, representando el 50% de lo negociado en ese nivel en el año 1994, el 70% en el año 1997, hasta llegar al pico más alto de negociación en el nivel menos abarcativo en el año 1998, donde los convenios de empresa representaban al 86% del total de acuerdos y convenios negociados (cfr. TRAJTEMBERG, David; MEDWID, Bárbara y SENÉN GONZÁLEZ, Cecilia, *Los determinantes de la negociación colectiva en la Argentina. Debates teóricos y evidencias empíricas*, Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, Buenos Aires, 2010, p. 30).

a diversificarse. Y es que la consabida inexistencia de jerarquía “natural” entre los convenios colectivos⁵¹ propicia las mentadas situaciones de concurrencia que requieren de una intervención que desde la autonomía⁵² o bien desde la heteronomía –éste es el caso argentino– brinde alguna solución. Esa solución podrá implicar una acción preventiva de reparto de materias entre unidades de contratación o bien directamente estableciendo reglas para solucionar aquellos casos de colisión normativa. La opción de política jurídica que por entonces prevaleció reflejaba la preferencia por las unidades de contratación menos abarcativas⁵³. Acciones de política jurídica que, por cierto, tuvieron relativo éxito al multiplicar la aparición de unidades de negociación descentralizadas⁵⁴.

Ya entrados los años 2000, la última reforma en materia de negociación colectiva operada desde la ley 25.877 (2004) actúa a modo de “contrarreforma”⁵⁵, en tanto vuelve a marginar al nivel de empresa, desestimulando la negociación colectiva en dicha sede.

⁵¹ Cfr. GRANDI, Mario, *Rapporti tra contratti collettivi di diverso livello*, en *Atti dello Giornale di studio di Arezzo*, Milano, 1981, p. 22.

⁵² Sobre la paradigmática experiencia española vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel; VALDÉS DAL-RÉ, Fernando y CASAS BAAMONDE, María E., *El acuerdo interconfederal para la negociación colectiva 2002*, en *Relaciones laborales*, Nº 2, 2002; vid. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín, *Estructura negocial y distribución de contenidos de los convenios en el Acuerdo Interconfederal sobre Negociación Colectiva*, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Nº 8.

⁵³ Dicha acción legislativa tuvo, sobre todo desde comienzos de los años 90, un objetivo claro: descentralizar la negociación colectiva con el fin de hacer funcional su estructura a las exigencias impuestas por las condiciones del mercado. Sobre la adaptabilidad de la negociación colectiva a los requerimientos del mercado vid. TREU, Tiziano, *La negociación colectiva de empresa: estructura y procedimiento*, en *Relaciones laborales*, 1987-I, Madrid, p. 909.

⁵⁴ En mi trabajo de investigación doctoral publicado como *Estructura de la negociación colectiva* cit., p. 455, he podido constatar que el porcentaje de convenios de empresa durante la década de los 90 aumentó de manera importante; así, en 1993 el porcentaje del 41.7 de convenios de empresa respecto del total de las homologaciones casi duplica a sus años anteriores (18.6 en 1991 y 21.1 en 1992), aumentando luego en 1994 (51.4%), 1995 (63%), 1996 (70.4%), 1997 (80.3%) y 1998 (86.3%), para llegar al año 1999 con un porcentaje de convenios de empresas equivalente al 86.4% sobre el total de convenios homologados. Fuente: Dirección de Estudios de Relaciones del Trabajo, Subsecretaría de Programación Técnica y Estudios Laborales.

⁵⁵ Vid. MUGNOLO, Juan Pablo, *Convenios colectivos de trabajo. Concurrencia, articulación y sucesión*, Ediar, Buenos Aires, 2004, Cap. III.

Dicha norma establece un reparto “preventivo” de funciones entre los distintos niveles (nuevo Capítulo IV, *Articulación de los Convenios Colectivos*) que establece que los convenios colectivos de ámbito “mayor” podrán establecer formas de articulación entre unidades de negociación de ámbitos diferentes, dejando sólo un escaso margen para que los convenios de ámbito “menor” traten solamente aquellas materias delegadas o no tratadas en el ámbito mayor, a aquellas materias propias de la organización de la empresa y finalmente a aquellas cláusulas que prevean el establecimiento de condiciones más favorables al trabajador. Claramente, la opción legislativa implicó un tributo a la centralización de la negociación colectiva, pues la articulación está condicionada a la voluntad de los sujetos que negocian en el nivel superior⁵⁶.

Siguiendo el análisis de los efectos centralizadores de la negociación colectiva que la ley 25.877 persigue, cabe resaltar que se produce un cierre absoluto a los niveles inferiores para la regulación de determinadas materias, de forma que dicha regulación de tales materias sólo puede darse en el nivel “mayor”, habilitando excepcionalmente espacios para el tratamiento de algunas materias en los ámbitos inferiores.

El inciso a, del artículo 23 de la ley 25.877 autoriza a tratar en el ámbito menor aquellas materias delegadas por el convenio de ámbito mayor, lo cual limita la posibilidad de articulación a la exclusiva voluntad de la negociación de ámbito mayor cuando, además de la propia regulación de las relaciones de trabajo, establece una distribución de materias entre cada uno de los niveles.

El inciso b, del mismo artículo 23 de la ley 25.877 establece que se podrán tratar en el ámbito menor aquellas materias no tratadas por el convenio colectivo de ámbito mayor, lo cual nos sitúa ante una acción centralizadora de la ley que opera mediante el otorgamiento

⁵⁶ El problema de la relación entre convenios colectivos de diferente nivel, además de constituir una cuestión jurídica, también resulta de índole sindical, en tanto en cuanto los grupos sindicales persiguen a través de la negociación colectiva sus propios espacios de poder, por lo que la posibilidad de conformar una red convencional ordenada implica cierta cesión de su soberanía contractual, que entendemos que se logrará construyendo consensos en el ámbito de la representatividad del sindicato.

de un carácter residual al convenio colectivo de ámbito menor tras ser condenado al rol de norma supletoria.

El inciso c, del artículo 23 de la ley 25.877 faculta a los sujetos que negocien en el nivel menor a tratar materias propias de la organización de la empresa, lo que implica el recurso a la técnica de coordinación que funciona bajo la fórmula de la exclusión; se da en casos en que una norma legal o un convenio colectivo puedan atribuir la competencia exclusiva a otro nivel de negociación, o atribuirse a sí mismos la competencia exclusiva sobre cierta materia, definiéndose de este modo un campo de “competencia reservada”⁵⁷.

Si bien la norma podría hallar entre sus objetivos la habilitación o promoción de la negociación colectiva en el nivel de empresa, lo cierto es que la dificultad de estipular cuáles son las materias propias de la empresa ha convertido dicha regla en un recuso de nula utilización por las partes negociales. Seguramente, la especificación mediante reglamentación sobre las materias consideradas “propias de la empresa” facilitaría el estímulo negocial en dicha sede, alejando el temor a habilitar la negociación en ese nivel que luego pudiera ser vetada por no contemplar materias consideradas propias del ámbito aludido. Quizás este inciso podría haber constituido un guiño al sector empresario ante el claro objetivo centralizador que puede constatarse en el resto de las reglas de articulación; de haber sido así, la propuesta ha quedado a mitad de camino y, ciertamente, sin ningún reclamo por parte del sector patronal a efectos de que esa regla de coordinación adquiera operatividad vía reglamentación heterónoma.

De todo lo hasta aquí expuesto consideramos que la metodología de coordinación funcional, específicamente de complementariedad programada o articulación, está absolutamente limitada a la voluntad de los sujetos que negocian en el nivel superior, en clara consonancia con el espíritu centralizador que conlleva la ley 25.877⁵⁸. Ello se cons-

⁵⁷ Cfr. ALIPRANTIS, Nikitas, *Conflictos entre convenios colectivos de distinto nivel (I)*, en *Relaciones laborales*, 1987, p. 138.

⁵⁸ Coordinación resulta, pues, sinónimo de integración, lo que supone no la actuación de un ente superior que hace uso de su posición de supremacía para lograr autoritariamente la coherencia de la actuación de los entes inferiores, sino el establecimiento de un sistema ordenado y coherente de negociación en el que los niveles

tata al desentrañar que la política jurídica en materia de reglas de solución de concurrencia entre convenios se sustenta en normas con claro espíritu conservacionista de la estructura existente. A ello se suma que las reglas de articulación o coordinación explicitan una clara preferencia legislativa por la centralización de la estructura de la negociación colectiva, en detrimento de una diversificación que potencie sus capacidades normativas y de gobernanza de las relaciones laborales entre los distintos niveles⁵⁹.

“De lege ferenda”: se propone revisar las reglas de solución de concurso entre convenios colectivos de trabajo de modo de habilitar mayores perspectivas de diversificaciones de la negociación colectiva en pos de una más eficaz satisfacción de los intereses de los trabajadores y también de las necesidades productivas y organizativas de las empresas.

inferiores traban intensas relaciones con otros superiores instaurados en su mismo sector o rama de actividad. Cfr. MERCADER UGUINA, Jesús R., *La estructura de la negociación colectiva*, en *Temas Laborales*, N° 76/2004, p. 362.

⁵⁹ Sobre la necesaria diversificación de la estructura de la negociación colectiva a fin de potenciar la gobernanza de las relaciones laborales ya no sólo como un espacio contractual laboral sino, en una función complementaria, como instrumental para la microconcertación en clave de diálogo sociolaboral ver mi *El diálogo social y la concertación en el sistema argentino de Derecho de las relaciones colectivas de trabajo*, en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, Año 46, N° 102, 2021-I, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, UBA, Abeledo-Perrot, ps. 139-167.

SOBRE EL SUJETO SINDICAL TRADICIONAL Y LA FUGA DE REPRESENTATIVIDAD

por GUIDO A. SEREN NOVOA¹

SUMARIO: I. Introducción. II. El sujeto sindical en la Ley de Asociaciones Profesionales y sus antecedentes. a) El decreto 2669/43. b) El decreto-ley 23.852/45. c) El decreto 9270/56. d) La ley 14.455. e) El decreto 969/66. f) La ley 20.615. g) La ley 22.105. h) Un primer balance. III. La dependencia como requisito de sindicación. IV. Supuestos de “fuga” de poder sindical: la otredad de sujetos “productivos”. a) Los trabajadores de la economía popular. b) Los trabajadores autónomos. c) Los trabajadores de las Fuerzas de Seguridad. d) Los trabajadores privados de la libertad ambulatoria. e) Los trabajadores de plataformas. V. La perspectiva de género en el interés colectivo y la sindicación. VI. Conclusión: hacia nuevos sujetos y una nueva necesidad de perfeccionar la democracia.

I. Introducción

La tipificación normativa del sujeto sindical fue concebida y configurada, normativamente, como un correlato empírico que dotaba al sujeto sindical de una fisonomía estructural equivalente al ordenamiento del capital. Así se caracterizó el proceso normativo por el cual el legislador calificó las estructuras organizativas que adoptó el movimiento obrero². En otras palabras, la legislación intentó traducir jurídicamente el fenómeno.

De esa manera, el ordenamiento jurídico intentó captar el fenómeno sociológico para darle cauce al conflicto capital-trabajo. A la par, con-

¹ Magíster en Derecho del Trabajo. Docente de Teoría General de Derecho del Trabajo (UBA). Cooordinador de la Delegación Argentina de Jóvenes Juristas.

² V. GIUGNI, Gino, *Derecho Sindical*, trad. de José Vida Soria y Jaime Montalvo Correa, Servicio de Publicaciones de Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1983, ps. 83 y ss.

solidó estructuras de contrapoder eficaces en espejo a la organización del capital productivo, bien escaso para los trabajadores.

Empero, bien puede pensarse que esa “traducción” jurídica no supuso una interpretación del sujeto libremente conformado, sino una imposición de requisitos de validez condicionante, llevando a la adopción del sujeto estatalmente deseado. Es que el “cauce” al conflicto estructural es, en primera instancia, funcional a la preservación del orden económico capitalista.

Lo cierto es que, sea cual fuere el supuesto, esa *organización* sindical –en tanto factor elegido como aglutinante y dador de forma al sujeto– está expuesta, como toda institución, al anacronismo. Esa exposición surge de la mayor o menor labilidad para captar y mutar la forma organizativa, según los distintos cambios de las condiciones productivas, sociales y culturales que fueron utilizados como parámetros fisonómicos (aquellos que dan forma determinada a la estructura del sujeto asociativo).

La ley 23.551, en su artículo 10, fija la forma que puede adoptar el sindicato, con especial interés en el ámbito productivo, en el cual se desarrollan los trabajadores, para luego privilegiar por sobre dichas formas al sindicato vertical o por actividad.

Así, en el primer título de la ley se limita la consideración de asociaciones sindicales de trabajadores las constituidas por: a) *Trabajadores de una misma actividad o actividades afines*; b) *trabajadores de un mismo oficio, profesión o categoría, aunque se desempeñen en actividades distintas*; c) *trabajadores que presten servicios en una misma empresa*. En el artículo siguiente (11) se consagra tanto la libertad de estructuración piramidal (derechos de federación y confederación) como la libre determinación territorial.

Se trata de la proyección del principio de especialidad que ha funcionado como modelizador excluyente de otros tipos de interés colectivo y como vector organizador de la expresión jurídica del fenómeno sociológico.

Las afirmaciones efectuadas sobre el punto, en la práctica, se han verificado a través de interpretaciones de la autoridad de aplicación, refiriendo las afirmaciones categóricas a un ámbito de opacidad en

relación con la escena pública que torna de aprehensión difícil al fenómeno apuntado. En términos más sencillos, la consolidación de la estructura sindical vigente se ve afianzada por la falta de reconocimiento estatal de otras posibilidades.

Sostiene Goldin³ que “[E]n la práctica de la autoridad de aplicación, no es común encontrar resoluciones publicadas en donde se formulen denegatorias sustentadas en aquel motivo. Las fórmulas que suelen emplearse para arribar al mismo resultado son ambiguas; por ejemplo, suele expresarse: ‘aprúebase, en cuanto hubiere lugar por derecho, el texto del Estatuto Social de [...] conformidad con las disposiciones de la Ley N° 23.551 y Decreto Reglamentario N° 467/88, normas que prevalecerán de pleno derecho sobre el estatuto en cuanto pudieren oponérsele, en especial en cuanto concierne a la tipología sindical adoptada y al ámbito de afiliación, ello por así disponerlo la citada norma legal’ (resolución MTEySS 717/2006). Se habrá advertido que los obstáculos para el acceso a la simple inscripción gremial se reeditan –aunque de modo distinto– en lo que hace a la obtención de la personería gremial”.

En la visión de la autoridad administrativa, las expresiones típicas de la libertad sindical continúan siendo monopólicamente atribuidas al sindicato tradicional, industrial y normativamente histórico, reeditado en la ley vigente.

Con una obvia e insoslayable interpretación de la libertad de organización, la limitación asociativa, en términos estrictos, ha sido reprochada por la jurisprudencia. En las actuaciones “Ministerio de Trabajo c/Asociación del Personal Jerárquico del Jockey Club s/Ley de Asociaciones Sindicales”⁴ la sala interviniente de la Cámara Nacional

³ GOLDIN, Adrián, *Los trabajadores de plataforma y su regulación en Argentina. Informe de la Unidad de Estudio del Empleo de la División de Desarrollo Económico de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (Cepal)*, 2019, p. 45, nota al pie 145, con cita a GARCÍA, Héctor O., *La prestación de servicios de transporte “bajo demanda” organizados por plataformas virtuales: un nuevo futuro sale al cruce del Derecho del Trabajo*, en *Anuario de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, N° 7, Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social – 60 años, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017.

⁴ CNAT, sala IV, 24-9-2010.

de Apelaciones del Trabajo⁵ resolvió que “La tipología de organización sindical del artículo 10 de la ley 23.551 es meramente indicativa. De la literalidad de los términos de la norma no parece desprenderse que deba interpretarse necesariamente que esa enumeración sea exhaustiva, pues de haber sido ésa la intención del legislador habría utilizado una terminología más enfática (v. gr.: ‘sólo’ o ‘únicamente’). Se impone armonizar dicho artículo con el artículo 2º del Convenio N° 87, que garantiza a los trabajadores el derecho de ‘constituir las organizaciones que estimen convenientes’. De ello se sigue que cabe otorgar a dicho precepto legal un alcance amplio. Por ello, y dado que el Convenio N° 87, ratificado por nuestro país, tiene rango superior a las leyes, cabe concluir que la interpretación restrictiva del artículo 10 de la ley 23.551, en cuanto contraría los principios recogidos por ese Convenio, resulta también contraria al orden normativo establecido por nuestra Constitución Nacional (arts. 31 y 75, inc. 22)”.

Ahora bien, en el caso referido la asociación apelante se configuró con relación a dos datos productivos (categoría y empresa). Es por ello que, en un sentido amplio, la agrupación en términos productivos no se ha visto, tampoco, jurisprudencialmente conmovida. A pesar de los posibles conflictos de encuadramiento sindical impropios que dichas formas asociativas pudieran acarrear, no configuran un ejemplo de habilitación a la autodeterminación plena en los términos de concepción del interés colectivo planteado en términos autorreferenciales plenamente libres. Se trataría, en cambio, de una anomalía sistémica pero no rupturista.

Se han ensayado en la doctrina propuestas tendientes a una mayor elasticidad que pueda captar el fenómeno sociológico, como sustento de la eficacia de la consagración jurídica. Por caso, sostiene Gianibelli⁶ que, si bien no hay acción sin sujeto, es necesario despojar de dicha acción (la colectiva) *la fórmula estereotipada o refleja de atribuir, referir, vincular la misma con un sujeto de manera apriorística*. Sin

⁵ Competencia atribuida por el art. 62, inc. a, ley 23.551.

⁶ GIANIBELLI, Guillermo, *Neocorporativismo y libertad sindical en Argentina: redefiniendo representatividad y acción colectiva*, en CAPARRÓS, Fernando; MUGNOLO, Juan Pablo y GARCÍA, Héctor O. (coords.), *El Derecho del Trabajo en tiempos de cambio. En honor de Adrián Goldin*, Ediar, Buenos Aires, 2017, p. 754.

negar la importancia subjetiva propone, entonces, un privilegio del *momento sindical*, considerando como elemento de medición de representatividad del interés a la acción colectiva. Dicha propuesta, en línea con la amplitud de la sindicación contenida en el Convenio N° 87 de la OIT, se puede reforzar con la verificación de intereses no representados en el modelo privilegiadamente asociativo de la ley y aun con el amplio margen de trabajo informal endémico en la Argentina.

En esa inteligencia, la lectura enunciativa del artículo 10 de la ley 23.551, aunque ampliatoria en clave de libertad sindical, no puede desconocer la imbricada articulación que la fisonomía del sindicato tiene (o mantiene, histórico-normativamente) en un modelo caracterizado por un alto reglamentarismo e intervención estatal y en una cultura jurídica normativamente reforzada en términos históricos.

La prefijación subjetiva, binaria y productiva funciona como un limitante del interés, en tanto se considere a este último como fenómeno sociológico mutable. Más importante, relega como categoría jurídica al interés colectivo a una mera proyección instrumental (en términos de legitimación activa) y posterior al momento de la autodeterminación, pues ésta se encuentra terciada por el interés estatal prefigurador y pareciera concebido desde la organización de aspectos como la negociación y el conflicto, los cuales tampoco son reconocidos en el sistema vigente como configuradores del sujeto, sino más bien como sus expresiones posteriores (no datos de la realidad jurificables, sino derechos otorgados).

Supiot⁷ destaca el valor y contenido jurídico de la *fraternidad* y critica la supuesta consideración racional que pretende aportar el capitalismo a la fundamentación del derecho. Esa *objetivación del vínculo social* se corresponde con la constatación objetiva (en términos económicos) de la comunidad de intereses. La negociación colectiva, el conflicto, la amplitud de fines del artículo 3° de la ley 23.551, al igual que el concepto de interés colectivo, quedan sublimados, en la ley, a la conformación del sujeto, pues es sobre éste que se ha centralizado, desde 1945, la intervención estatal y la legitimación de aquéllos.

⁷ SUPLOT, Alain, *Crítica del Derecho del Trabajo*, trad. de José Luis Gil y Gil, en *Informes y estudios*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1996, ps. 153 y ss.

Desde esa propuesta de análisis, que ya hemos explorado en relación con el concepto de interés colectivo como fenómeno juridificado⁸, analizaremos el devenir del sujeto representante del colectivo obrero tal como ha sido normado, para repensar las fugas de poder sindical habilitadas por el anacronismo de la norma vigente.

II. El sujeto sindical en la Ley de Asociaciones Profesionales y sus antecedentes

Todas las normas que regularon el fenómeno asociativo obrero en nuestro país recurrieron a una modelización subjetiva con específico anclaje en el fenómeno productivo.

Las asociaciones profesionales, en la lógica de la ley vigente y sus antecesoras, se agrupan en función de datos objetivos vinculados con una identificación de la prestación laboral de los trabajadores. Se trata de la categoría de los trabajadores, su oficio, profesión, la actividad desplegada por su empleador o la pertenencia a organización instrumental de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección para el logro de fines económicos o benéficos (empresa).

De este modo, la norma de fuente estatal no ha contemplado la conformación de sindicatos cuyo dato de identificación sea la ideología, religión, nacionalidad, etcétera. Ello no ha impedido que se formen hacia el interior de los sindicatos listas o corrientes que disputen los distintos cargos de representación y que se identifiquen con una determinada ideología o rasgo diferenciado del mero dato productivo, disputando espacios en términos intrasindicales.

En ese marco, repasaremos los matices con que las normas han agrupado el criterio productivo modelizador, para ilustrar el limitado marco de constitución en términos de contrapoder organizativo del capital productivo. Es que el diseño actual obedece a una característica legalmente constituida e invariablemente receptada en las distintas normas, como se podrá advertir.

⁸ V. SEREN NOVOA, Guido, *Interés colectivo y sindicato*, BdeF, Buenos Aires, 2023.

a) *El decreto 2669/43*

El decreto de facto 2669/43⁹, del 20 de julio de 1943, fue la primera norma de fuente estatal que intentó regular la constitución, organización y funcionamiento de las asociaciones profesionales. La particularidad más saliente de dicha norma fue su ineficacia producto de la resistencia sindical. Ello determinó que, a menos de seis meses de su vigencia, fuese dejado en suspenso por el presidente Ramírez, mediante el decreto –también de facto– 15.581/43¹⁰.

En relación con el sujeto sindicato, el decreto 2669/43 fijó un marco de actuación circunscripto a los asuntos *inherentes a su naturaleza específica*, la que viene dada por el estudio, defensa, atención y desenvolvimiento de los intereses comunes e individuales¹¹ en las relaciones de trabajo. Esta primera aclaración, en la primera norma que intentó regir a las asociaciones sindicales, adelantó que el sujeto normativo constituiría un universo diferenciado en relación con el sujeto colectivo de hecho, es decir, al dato *prenormativo* e identificado jurídicamente como hecho sindical y sociológicamente como clase o grupo en el devenir de la cuestión social.

Es cierto que la norma acompañó un proceso de industrialización nacional específico, distinto y tardío en sus connotaciones productivas en relación con el modelo industrial europeo. La norma no captó una realidad *prenormativa*; intentó acompañar una gestión productiva dándole un cauce al sujeto colectivo en ella.

La resistencia obrera que llevara a fracasar la aplicación del decreto supuso un rechazo al encorsetamiento de fuente estatal. No fue la realidad obrera la que escapó a la juridicidad, sino esta última la que no logró captar el fenómeno. Es la norma de fuente estatal la que intentó, infructuosamente, determinar el interés legítimo acotándolo al fenómeno productivo. Con el advenimiento del peronismo, consolidado democráticamente, ese fracaso no volvería a reeditarse en la posterior norma.

Esas consideraciones son necesarias para analizar las disposiciones de los artículos 3º y 4º, inciso b, del decreto. La norma establecía,

⁹ B. O. del 24-7-43.

¹⁰ B. O. del 6-12-43.

¹¹ En este caso, sólo de sus miembros (cfr. art. 1º).

como recaudo necesario para obtener la personería gremial, la adopción de un tipo sindical, coincidente con el criterio de profesionalidad que se reiteraría, con variantes, en las posteriores normas (industria o industrias, rama de industria, comercio, oficios o actividades; art. 3º, inc. b), y la fijación de la relación nominal de los afiliados con el grupo y subgrupo de actividades, siguiendo la clasificación del Departamento Nacional del Trabajo.

b) *El decreto-ley 23.852/45*

A diferencia de su antecesor, el decreto-ley 23.852/45¹² ha sido ampliamente abordado por la doctrina¹³. Esa especial atención se debe a su reconocimiento como la génesis del llamado *modelo sindical argentino*.

A pesar de la falta de explicitación en el decreto, resulta evidente que, en el contexto de producción fordista y auge de la industrialización nacional, la histórica norma concedió el derecho de asociación a los trabajadores dependientes, sin perjuicio de la calificación de su prestación específica como manual o intelectual (art. 2º). La inclusión de la distinción puede encontrarse en la superación del advenimiento de una tercera categoría en virtud de la difuminación de la llamada faceta técnica de la dependencia.

En su artículo 2º reconoció la calidad sindical condicionada a la actividad, profesión, industria, oficio u otros similares o conexos. A pesar de ser el centro de construcción de representatividad e identificación por excelencia, la norma descartó a la empresa como ámbito unitario de acción sindical específica, al menos en términos de constitución. De este modo, se preconfiguró un entramado sindical concentrado en términos verticales y horizontales que respondió tanto al proceso de industrialización como al modelo tradicional de oficios preindustriales. Todo ello favorecido por la unicidad promocionada del modelo de facultades monopólicas.

En relación con la definición de asociación profesional, el artículo 2º

¹² B. O. del 13-10-45.

¹³ V. por todos ETALA, Carlos A., *Derecho Colectivo del Trabajo*, 3ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 39, notas 20 y 21.

receptó el carácter permanente, típico de la estructura asociativa. A las tipologías implantadas se sumaron otras que dan cuenta de una mayor amplitud, permitiéndose las asociaciones de oficio, profesión, empresa, industria, comercio u otras actividades similares o conexas.

c) *El decreto 9270/56*

En el decreto 9270/56¹⁴ se verifica una mayor permeabilidad de la tipología sindical, enmarcada en un proceso de deconstrucción de las estructuras peronistas centralizadas. Se trata de una norma elástica que, desde su letra fría, habilita la constitución en base a criterios subjetivo-productivos amplios. En términos de técnica legislativa, se trata de una tipología abierta, que admite supuestos más allá de los enunciados en la norma.

Así, en relación con la definición de asociación profesional, el artículo 2º receptaba el carácter permanente, típico de la estructura asociativa. A las tipologías implantadas en la norma anterior se sumaban otras que dan cuenta de una mayor amplitud, permitiéndose las asociaciones de oficio, profesión, empresa, industria, comercio u otras actividades similares o conexas.

La norma en estudio fue, de hecho, derogada por el decreto-ley 14.989/56¹⁵. El motivo fue, según la propia norma, que la aplicación inmediata y total de las disposiciones del decreto perturbarían el ordenamiento sindical. A modo ilustrativo, como sostiene Marc, "...normas que habían sido tildadas de totalitarias, por el anterior decreto 9270/56, mantenían plena vigencia y se aplicaban para las elecciones gremiales, convocadas por el mismo gobierno que así las había calificado"¹⁶, fenómeno que obedeció al repudio generalizado del sindicalismo unido.

d) *La ley 14.455*

La Comisión de Legislación del Trabajo de la Cámara de Diputados

¹⁴ B. O. del 23-5-56.

¹⁵ Publicado en el B. O. el 16-8-56, a poco menos de un mes de la que sería la entrada en vigencia del decreto 9270 (27-9-56).

¹⁶ MARC, Jorge Enrique, *Derecho Colectivo del Trabajo*, Zeus, Rosario, 1972, p. 106.

presentó, en la sesión del 24 de julio de 1958, un proyecto de ley de régimen legal de las asociaciones profesionales, basado en una iniciativa de los diputados Gómez Machado y otros. En la misma fecha, la Cámara, constituida en comisión, lo adoptó y le prestó aprobación¹⁷. Por su parte, el Senado sancionó el proyecto en su reunión vespertina del 8 de agosto de 1958¹⁸. Ése fue el trámite que precedió a la sanción de la ley 14.455¹⁹, una norma reconocida por implantar el modelo peronista en el marco de un pacto de gobernabilidad entre peronismo (proscripto) y radicalismo.

En cuanto a la fisonomía del sujeto sindical, el artículo 3º fijaba entre las tipologías aceptables al sindicato por explotación, oficio, profesión, categoría, actividad o actividades que revistan el carácter de afines por comunidad de intereses. Si bien pareciera que la ley receptaba la tipología tradicional en la normativa argentina, el régimen de 1958 omitía formular preferencias entre sindicatos verticales y horizontales²⁰. En esa inteligencia, la novedad de la norma venía dada por la posibilidad de formar *asociaciones interactividades*, en función de la autónoma identificación de los intereses²¹.

¹⁷ Honorable Cámara de Diputados, *Diario de sesiones*, 1958, ps. 1879 y ss.

¹⁸ Honorable Cámara de Senadores, *Diario de sesiones*, 1958, ps. 964 y ss.

¹⁹ B. O. del 24-9-58.

²⁰ Con la excepción que surge del art. 3º de la ley 14.546 (Estatuto de los Viajantes de Comercio), que impone preferentemente para el caso la agrupación horizontal (“...Las convenciones colectivas que en el futuro se celebraren comprendiendo a las categorías mencionadas en el artículo 1º, deberán efectuarse por intermedio de los organismos sindicales que gocen de personería gremial conforme a la ley 14.455 y que fueren representativos exclusivamente de la actividad de viajante a que se refiere esta ley, sin perjuicio de los mejores derechos que les otorguen otros convenios”); cfr. DEVEALI, Mario, *El Derecho del Trabajo en su aplicación y tendencias*, Astrea, Buenos Aires, 1983, p. 246.

²¹ Nuevamente conviene aclarar que el análisis se efectúa desde la capacidad abstracta de la norma. Es que, a modo de ejemplo, en los autos “Asociación de Señaleros Ferroviarios c/Unión Ferroviaria” (CNAT, sala I, 17-7-64, D. T. 1964-414), se invalidó una resolución de la administración que revocó la personería gremial del sindicato de ámbito menor con fundamento en el sistema unitario de explotación de la actividad que se vería resentido si cada grupo o especialidad pretendiese una representación sindical autónoma. Como puede advertirse, el rol de la administración se centra en la conveniencia (argumento utilizado) con fuerte discrecionalidad como *ratio* de interpretación normativa.

e) *El decreto 969/66*

Sancionado el 11 de febrero de 1966, el 14 de ese mismo mes fue publicado en el Boletín Oficial el decreto reglamentario de la ley 14.455.

La gran novedad en materia asociativa vino con el primer párrafo del artículo 1° del decreto. Éste, reglamentando los artículos 2°, 3° y 4° de la ley 14.455, definía como asociaciones profesionales de trabajadores, o sindicatos de primer grado, “a los que dentro de cada provincia o en Capital Federal agrupan a trabajadores que se desempeñan en una misma actividad, oficio, profesión, categoría o explotación”.

La autodenominada *reglamentación integral y metódica*²² intentó federalizar el sistema de relaciones colectivas, apuntando a una descentralización geográfica como mecanismo novedoso, sin menoscabar al instituto de la personería gremial. En ese marco, se trató de un intento de fragmentación del centro de poder monopólico de los grandes sindicatos de primer grado, en aras de imponer nuevas instancias de democracia interna que tamizaran esa centralidad.

Federalización y democratización fueron las claves de análisis que asumió para sí el decreto. Ambas, desde la óptica constitucional y desde el fortalecimiento de las relaciones laborales a lo largo y ancho de la Nación, al menos en términos abstractos, son loables. La lógica siguió siendo la de fortalecer la intervención estatal en aras de lograrlo y sin perjuicio de cortar la actuación demarcada en la misma lógica productiva.

La precisión del ámbito profesional de representación en el decreto viene dada por la tipología sindical admitida. El artículo 1° establece que las asociaciones de primer grado deben agrupar a trabajadores que se desempeñan en una misma actividad, profesión, oficio, categoría o *explotación*.

La incorporación de la explotación, sobre todo previo a la sanción de la ley 20.744, supone la posible descentralización de ámbitos de representatividad, aunque en un espacio no del todo claro. En la lectura de la norma al momento de su sanción, ésta fue asimilada a la empresa²³,

²² V. primer párrafo de sus considerandos.

²³ V. DEVEALI, Mario, *La reglamentación de la ley sindical*, en DEVEALI, *El Derecho del Trabajo en su aplicación y tendencias* cit., t. II, p. 131.

entendiendo por tal a un espacio determinado por la titularidad de un sujeto empleador, contraparte comercial natural. Esta lectura posee sustento normativo, pues el propio decreto refería a “la explotación en que los trabajadores prestan su actividad” (art. 3º), en un contexto productivo todavía previo a la masificación del fenómeno de descentralización productiva.

Este extenso decreto de veintidós artículos (incluyendo los últimos tres, de forma) fue dejado en suspenso por ciento veinte días por el decreto 635²⁴, del 9 de agosto del mismo año. La suspensión fue decretada por el posterior gobierno de facto del general Juan Carlos Onganía²⁵.

f) *La ley 20.615*

Sancionada el 29 de noviembre de 1973, la ley 20.615²⁶ derogó el régimen de la ley 14.455. Sus setenta y ocho artículos instrumentaron un retorno al modelo histórico-centralista de relaciones laborales, desdibujado por la descentralización federalista de la norma reglamentaria de la ley derogada.

Desde el artículo 3º se define a la asociación profesional de trabajadores resaltando aquel carácter permanente propio de la figura asociativa y necesaria para obtener la capacidad de derecho del cúmulo complejo de potestades, poderes e inmunidades que proyecta la libertad sindical a la norma.

Por otra parte, la norma continuó afincando en la cultura jurídica nacional al criterio de profesionalidad, ya habitual en las normas que regularon a los sindicatos obreros en la Argentina. Así, se contempló la posibilidad de formación de sindicatos de actividad, oficio, profesión y categoría, desterrando la unidad atomista y descentralizada que importa la empresa.

Como señaló Guillermo López²⁷, la supresión de la referencia al

²⁴ B. O. del 16-8-66.

²⁵ Juan Carlos Onganía (Marcos Paz, Argentina, 17 de marzo de 1914-Buenos Aires, 8 de junio de 1995) fue un militar y dictador argentino. Fue presidente de la Nación Argentina de facto entre 1966 y 1970.

²⁶ B. O. del 17-12-2013.

²⁷ LÓPEZ, Guillermo A. F., *Derecho de las asociaciones profesionales. Ley 20.615 y su reglamentación*, La Ley, Buenos Aires, 1974, p. 63.

sindicato de empresa debe entenderse como deliberada. Efectivamente, el mensaje del Poder Ejecutivo expresaba como idea rectora “el principio de acentuar la agremiación por actividad como diferenciador primario”.

g) *La ley 22.105*

Sancionada el 15 de noviembre de 1979, la ley 22.105²⁸ constituyó uno de los pilares de refundación de las relaciones laborales que se propuso la dictadura cívico-militar.

El Acta de Propósito y Objetivos Básicos del autodenominado “Proceso de Reorganización Nacional” específicamente estableció: “el fortalecido desenvolvimiento de las estructuras sindicales” como una de las finalidades del golpe. Paradójicamente, para tal fin, la ley y su decreto reglamentario (640/80²⁹) incurrieron en un grado de intervención y centralización del poder administrador inédito, aun en la tradición del sistema argentino.

En relación con el ámbito de representación personal, el artículo 3° volvía a omitir la posibilidad de conformar sindicatos por empresa o explotación. En cambio, contemplaba las formas típicamente horizontales y verticales de oficio, profesión o categoría y actividad, con la posibilidad ya referida de agrupar actividades afines por intereses comunes.

La ley intentó recuperar la federalización sindical que había sido suprimida por el decreto 2477/70³⁰. En el extenso artículo 5° se fijaba como principio general que la “zona de actuación” del sindicato (ya no la de representación, pues la limitación se dirigía directamente a la acción colectiva) quedaba limitada a la Capital Federal, cada una de las provincias o los territorios nacionales³¹.

h) *Un primer balance*

El anclaje o tipificación productiva del sujeto sindical ha sido una

²⁸ B. O. del 20-11-79.

²⁹ B. O. del 8-4-80.

³⁰ B. O. del 3-6-70.

³¹ Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur.

constante en las distintas normas que regularon al asociacionismo obrero. Corte define esta constante vinculándola con la razón de ser del sindicato, a la que denomina como *principio de especialidad*. Éste será entendido por el autor como aquel vector informador del Derecho Sindical según el cual “estas entidades o sujetos colectivos no pueden constituirse –como las asociaciones comunes– para perseguir cualquier fin desinteresado, sino que deben ineludiblemente prefijarse como objetivo la defensa y representación de un cierto interés inherente a su propia naturaleza, que las distingue y las tipifica”³².

Desde mediados del siglo XX, hasta el año 1988 en la norma vigente, esta constante respondió a una configuración del contrapoder sindical espejado en una organización productiva específica: la industria tradicional. Asimismo, se construyó dando por sentada la eficacia del criterio de agrupamiento tutelar inclusivo/excluyente: la relación de dependencia.

III. La dependencia como requisito de sindicación

A más de tres décadas de la sanción del ordenamiento vigente que rige el asociacionismo sindical, se verifica un emergente cuestionamiento al histórico esquema binario de protección del Derecho del Trabajo (dependencia-autonomía).

Una de las manifestaciones de la denominada “crisis de abarcatividad” se erige a partir de la construcción jurídica del sujeto tutelado en clave incluyente-excluyente³³, cuya consecuencia directa es la proyección o expulsión de los mecanismos de hetero y autotutela. Si bien parece cada vez más claro que no sólo los trabajadores típicamente

³² CORTE, Néstor, *El modelo sindical argentino. Régimen legal de las asociaciones sindicales*, 2ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994, p. 112.

³³ Vale aclarar que no se cuestiona aquí su ineficacia total, antes bien compartimos que “...no parece ya realista suponer que todo el sistema de tutela tendrá que corresponderse con el excluyente esquema histórico binario –autonomía o dependencia–, menos sensato aún me parece que quepa ‘decretar’ su extinción, cuando menos en tanto su *vis tutelar* no hubiere sido reconstruida de modo consistente...” (v. GOLDIN, Adrián, *Los trabajadores de plataforma y su regulación en Argentina. Informe de la Unidad de Estudio del Empleo de la División de Desarrollo Económico de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe [Cepal]* cit., p. 13).

dependientes necesitan de protección, más aún lo es el hecho de que la construcción jurídica de la autotutela colectiva es más permeable a abarcar otros sujetos conforme su consagración en el ordenamiento jurídico vigente y, a la par, de otorgar mecanismos de mayor dinamismo para una protección proyectada a un escenario productivo cambiante.

Ahora bien, sin perjuicio de la eventual revisión (en clave de elasticización) del concepto dependencia, lo cierto es que la recepción del fenómeno colectivo se encuentra apenas limitada por una norma reglamentaria (v. gr., art. 1º, decreto 467/88). Concretamente, la norma dispone que “A los fines de la ley se entiende por trabajador a quien desempeña una actividad lícita que se presta en favor de quien tiene facultad de dirigirla”. Es aquél el anclaje normativo sobre el que se entiende en forma generalizada que el sujeto titular de los derechos individuales que emergen de las manifestaciones positiva y negativa de la libertad sindical son los mismos que aquellos amparados por el Régimen General de Contrato de Trabajo.

La norma reglamentaria considera al trabajador sindicable en función de la desigualdad consagrada en la limitación de libertad que supone el ajuste a directivas otorgadas por quien resulta ser beneficiario de la prestación laboral. Va de suyo que ello no es incongruente con la construcción histórica de los mecanismos de tutela, pues en esa desigualdad se afina la razón de ser histórica del Derecho del Trabajo.

Se ha sostenido que la dirección importa la facultad de fijar el contenido de los servicios esperados o la facultad ordenadora de las diferentes prestaciones³⁴. Aunque es parte importante de la construcción del concepto jurídico de dependencia, no cabría interpretar que este último se asimila por completo al primero, pues, en el caso de la dependencia, se trata de un constructo más complejo que ha perdurado en el tiempo abarcando supuestos de mayor amplitud que su formulación original.

Sucede, no obstante, que nuestra normativa arrastra una interpretación basada en una economía industrial que remite a la gran empresa

³⁴ GNECCO, Lorenzo; TOSCA, Diego y DE ZETA, María Fabiana, *Los poderes del empleador*, en ACKERMAN, Mario (dir.) y TOSCA, Diego (coord.), *Tratado de Derecho del Trabajo*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, t. II.

monoproducto y al trabajador típico de ese proceso productivo. Esa interpretación no es errónea en tanto la propia norma fue concebida bajo esas premisas. Asimismo, la representación sindical y el producto de la negociación colectiva se piensan sistémicamente en función de ese ordenamiento macroeconómico³⁵.

Es cierto que la facultad de dirección tiene alcances normativos definidos en la ley 20.744 (cfr. art. 65). Empero, la locución en dicha norma obedece a un régimen jurídico con un ámbito de aplicación subjetiva específico, de la misma forma que lo hacen, por ejemplo, las leyes 24.557 o 24.241. La interpretación analógica en términos de delimitación de un idéntico ámbito de aplicación subjetiva no deja de ser una opción no necesariamente inevitable.

En otra perspectiva, la ausencia de referencia expresa en la ley 23.551 y en su reglamentación a un idéntico ámbito de aplicación bien puede interpretarse como la posibilidad de utilizar instrumentos normativos como la asociación y la negociación para proteger in extenso, en los términos amplios que postula el artículo 14 bis. En definitiva, una lectura de los propios términos y la necesidad de ampliar espacios de autotutela colectiva y empoderamiento del efecto democratizador de las instituciones intermedias podrían avalarlo.

Para revisar la vigente “limitación” al sujeto sindical primero se impone reconocer que en la propia clave constitucional es el trabajo en sus diversas formas el centro de imputación objetiva amplio sobre el que se proyecta la tutela constitucional. Trabajo que no puede entenderse de otra manera que humano³⁶. Así puede repensarse el objeto de preferente tutela constitucional a partir del cual se debe construir el andamiaje tutelar con énfasis subjetivo (trabajador en sentido amplio). En segundo lugar, como bien señala Goldin, en el devenir actual es urgente y necesario el dar respuesta a aquella finalidad última del ordenamiento protector: “proteger a cada uno ‘todo el tiempo’ –a la vista de la recordada discontinuidad de sus trayectorias (hoy depen-

³⁵ Baste, a modo de ejemplo, la representación sindical y encuadramiento convencional legalmente fijado en el caso de los trabajadores de empresas eventuales (cfr. art. 29 bis, LCT).

³⁶ ACKERMAN, Mario, *Si son humanos no son recursos. Pensando en las personas que trabajan*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016.

dientes estables, mañana precarios, autónomos (plenos o ‘ambiguos’) o desempleados–, luego en goce de licencias por razones familiares, cívicas, formativas, etc.)”³⁷.

No puede obviarse que el modelo delimitado normativamente por la ley 23.551 fue concebido en un momento histórico en el que no se detectaba con potencia la crisis de la lógica binaria señalada. Empero, es en el decreto reglamentario donde se hallaría (valga repetirlo: en una lectura que remite más al Régimen General del Contrato de Trabajo que a la Constitución) la limitación del derecho de sindicación, en términos subjetivos, al trabajador ya no subordinado, sino dependiente. Como fuera adelantado, esa concepción, histórica en la normativa argentina, no se colige de la letra del artículo 14 bis de la Constitución Nacional, ni es un criterio que abarque a la totalidad de las leyes laborales tuitivas³⁸.

En todo caso, entendiendo –como no cabe hacer de otra manera– a la libertad sindical como un derecho humano fundamental, cabría antes que una tesis restringida recurrir al principio *pro persona*, como criterio hermenéutico que informa a la totalidad de los derechos humanos³⁹. Implica, en relación con su aplicación como estándar, la interpretación más extensiva para reconocer derechos consagrados en las normas internacionales. Dentro de esos derechos, de consagración e interpretación progresiva⁴⁰, se encuentra el derecho de sindicación y su interdependiente expresión más luminosa: la negociación colectiva.

³⁷ GOLDIN, Adrián, *Aventuras y desventuras del trabajo humano en los tiempos que corren y en los que están por venir*, Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, disponible en <https://www.aadyss.org.ar/old/index.php/jurisprudencia/editorial/antiores/132-aventuras-y-desventuras-del-trabajo-humano-en-los-tiempos-que-corren-y-en-los-que-están-por-venir>.

³⁸ De ello da cuenta el artículo 1º, ap. 2.d, de la ley 24.557, que fija el marco del sistema de prevención y resarcimiento de infortunios laborales. El mismo contempla la posibilidad de ampliación de la cobertura a los trabajadores autónomos.

³⁹ PINTO, Mónica, *El principio “pro homine”. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos*; v. ABREGÚ, Martín (dir.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, CELS, Buenos Aires, 2004, ps. 163 y ss.

⁴⁰ V. ACKERMAN, Mario, *El llamado principio de progresividad y la jurisprudencia de la CSJN*, en *Revista de Derecho Laboral*, N° 2014-1, *El Derecho del Trabajo en la Constitución Nacional – I*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 132/133.

Por otra parte, con sustento en los principios de la libertad sindical, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones ha sostenido, en reiteradas oportunidades, que el derecho de sindicación debe ser garantizado a los trabajadores autónomos de acuerdo a lo prescripto por el Convenio N° 87⁴¹.

Lo cierto es que la carencia de derechos propiamente sindicales habilita, además, una manifestación de fuga o desenfoco consistente en la falsa consignación como autónoma de las prestaciones dependientes. En el modelo argentino actual, dicho desenfoco no sólo implica un desfinanciamiento tributario del aparato estatal, sino que desplaza a los trabajadores privándolos del acceso a la autotutela colectiva.

IV. Supuestos de “fuga” de poder sindical: la otredad de sujetos “productivos”

El conflicto de intereses, en el campo de las relaciones de trabajo, es una realidad social prenortativa⁴². La preservación de las relaciones de producción requiere que la superestructura jurídica fije una dinámica subjetiva con grados de labilidad para la conformación de sujetos auténticos y mejora progresiva del estatus individual de quienes los componen.

Empero, en la normativización vigente, esta otredad –sujetos distintos al trabajador típicamente dependiente– es meramente “tolerada”, retrotrayendo su capacidad de actuación a una etapa perimida de la evolución del Derecho Colectivo, por su propia ineficacia para compatibilizar los intereses en pugna. Es que, como sostiene Han, “...la tolerancia presenta una apertura muy limitada. El otro o el extraño sólo son soportados. Se tolera lo que diverge de las expectativas creadas por un sistema normativo. La tolerancia tiene un efecto estabilizador en un sistema de reglas que se mantiene igual”⁴³.

⁴¹ V. *Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical 2006*, párr. 254; 342 Informe, Caso N° 2423, párr. 479; 359 Informe, Caso N° 2602, párr. 365; Caso N° 2786, párr. 453; 360 Informe, Caso N° 2757, párr. 990; 363 Informe, Caso N° 2602, párr. 461; Caso N° 2888, párr. 1084; 376 Informe, Caso N° 3042, párr. 532; 376 Informe, Caso N° 2786, párr. 349; Caso N° 2868, párr. 1005.

⁴² PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos, *Derecho del Trabajo e ideología*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 2011, ps. 20 y ss.

⁴³ HAN, Byung-Chul, *La hiperculturalidad*, Herder, Barcelona, 2018, p. 102.

La tolerancia de nuevos sujetos colectivos se desacopla no sólo de las nuevas estructuras productivas y de la realidad económica nacional, sino también del nivel de evolución de los derechos sociales. Esa tolerancia los constituye como actores políticos, pero su falta de normativización específica puede atentar contra la eficacia del sistema de representación democrática intermedio que constituye el asociacionismo obrero, ante una fuga desproporcionada de poder que quite peso al movimiento tradicional. Todo ello además de quitarles una necesaria herramienta de protección en un contexto de desigualdad productivo.

La autenticidad del sujeto colectivo parte de la tipificación, más o menos correcta, del dato objetivo aglutinante. En otras palabras, la persistencia legal argentina de dar al sindicato una fisonomía productiva (agrupamiento basado en la profesionalidad) y de regular específicamente este sujeto en el ámbito de la dependencia deben obedecer tanto a la necesidad de encauzar el conflicto social prenормativo como al grado de eficacia que dicha solución incorpora.

Como señalara Guibourg, “...el concepto de justicia social tiende a poner de resalto, dentro del conjunto de criterios de justicia, aquellos que se refieren a la protección de intereses colectivos. Estos intereses, claro está, no eran ajenos al tradicional concepto de justicia, que ya incluía los criterios [...] del modo y del grado en que el Estado, por motivos de ‘bien común’, podía interferir en los intereses y asuntos ciudadanos...”⁴⁴ En esa inteligencia, la mediación estatal en el interés legítimo recibe a la justicia social en términos históricos y la delinea en justicia política. Sucede que la ausencia de revisión de esos términos históricos, acompañada del surgimiento de nuevos fenómenos, desnaturaliza la captación estatal, desarticulando la justicia social de la política.

A continuación, proponemos mencionar algunos ejemplos de sujetos colectivos que escapan a la plena proyección de la libertad sindical en la juridificación colectiva legal argentina, habilitando supuestos de fuga de poder sindical.

⁴⁴ GUIBOURG, Ricardo, *Hacia una teoría general del Derecho del Trabajo*, en *Anuario de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo*, Año 1, N° 1, *Teoría general del Derecho del Trabajo*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010.

a) *Los trabajadores de la economía popular*

La resolución 32/2016 del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social⁴⁵ creó el “Registro de Organizaciones Sociales de la Economía Popular y Empresas Autogestionadas” (esta norma tiene, por inmediato antecedente, a la resolución 1727/2015, que no fuera publicada).

En su artículo 2º se ensaya una primera determinación del ámbito de aplicación subjetiva a través de una definición, poco precisa, del centro de imputación objetiva de la norma (“Queda entendido que la definición de trabajo y de trabajadores utilizados en esta norma refieren a la actividad creadora y productiva en sí realizada en la Economía Popular, situación no prevista por la normativa vigente sobre Contrato de Trabajo y por lo tanto no implica sometimiento a dicha ley”). La norma los excluye de la aplicación de la ley 20.744, basando dicha solución en el fenómeno productivo específico llamado economía popular y empresas recuperadas o autogestionadas.

Como se ha señalado⁴⁶, la conceptualización escapa al binarismo dependiente-autónomo, sin que se defina expresamente el centro de imputación objetiva que, con la excepción de las empresas recuperadas y autogestionadas (cuando no mediare fraude en la contratación laboral), parece de difícil acepción concreta.

Se ha definido a las unidades económicas populares como “aquellas en las que los medios de producción –herramientas, maquinarias, establecimientos, espacios, materias primas, conocimientos técnicos, etcétera– son explotados en forma directa por los trabajadores y el proceso productivo está inserto en la cultura popular, sin propiedad previa de un capital considerable”⁴⁷.

A los fines de la presente ejemplificación, allende la complejidad de la determinación del ámbito subjetivo y centros de imputación,

⁴⁵ B. O. del 2-2-2016.

⁴⁶ GRABOIS, Juan, *La personería social. Perspectivas en torno al nuevo régimen de agremiación para los trabajadores de la economía popular*, en *Revista de Derecho Laboral Actualidad*, N° 2017-2, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe; Rubinzal Online, RC D 211/2018.

⁴⁷ *Ibíd.*

debe resaltarse que la resolución crea un registro de entidades representativas, con personería jurídica, cuyo objetivo es “...la protección y formación profesional de los integrantes de la economía popular y de las empresas recuperadas y/o autogestionadas, procurando la adecuada expresión de sus intereses, la satisfacción de sus derechos, la asistencia en el campo de la salud y en el de la seguridad social y facilitando el desarrollo y la justa compensación de las tareas desempeñadas por aquéllos en todos los ámbitos” (cfr. art. 5º). Se trata del reconocimiento de un interés colectivo autodeterminado en el ámbito de un proceso productivo, de reconocimiento impostergable, pero difícilmente encuadrable en la legislación sindical del modelo argentino.

El catálogo de derechos reconocidos a estas nuevas entidades (art. 8º) los ubica –en principio– en una relación bilateral con el Estado que, ajena a la dependencia, no deja de emparentarlas en distinta medida con el sindicato tradicional en relación con sus fines y facultades jurídicas para lograrlos⁴⁸. Se trata de sujetos de Derecho Privado, formados en torno de un interés colectivo específico. En esa lógica, se sostuvo que se trataría de un registro sindical complementario⁴⁹.

⁴⁸ “Artículo 8º – Serán facultades de las organizaciones inscriptas: a) Proponer ante los organismos competentes formas de regulación laboral y protección social que contemplen la especificidad de su problemática. b) Promover la incorporación de sus representados en el sistema previsional, según las modalidades establecidas o que oportunamente establezca la legislación en la materia, teniendo en cuenta su especial situación de laboral. c) Promover los servicios asistenciales de sus representados en el marco de la legislación vigente en la materia. d) Promover la educación general y la formación profesional de los integrantes de la economía popular y de las empresas recuperadas y/o autogestionadas. e) Colaborar, a requerimiento de los organismos estatales competentes, en el perfeccionamiento de la legislación aplicable y el diseño de programas dirigidos a los integrantes de la economía popular y de las empresas recuperadas y/o autogestionadas. f) Solicitar al Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, la implementación de mecanismos voluntarios de solución de conflictos en el ámbito de sus competencias. g) Participar en foros de debate vinculados a su situación. h) Designar representantes para el desempeño de las funciones previstas en los incisos precedentes. En caso de verificarse una situación de pluralidad de entidades, la Secretaría de Empleo podrá agrupar a los representantes de acuerdo al ámbito personal y territorial de actuación y conforme a criterios de representatividad de las entidades”.

⁴⁹ GRABOIS, *La personería social. Perspectivas en torno al nuevo régimen de agremiación para los trabajadores de la economía popular* cit., ps. 251 y ss.

Sin compartir con Grabois que se trate per se de una ampliación de la libertad sindical (pues en su complejidad y múltiple titularidad no podrían válidamente encontrarse incluidos los trabajadores autónomos y no los de la economía popular), lo cierto es que negar el carácter sindical a estas entidades sólo podría hacerse desde el binarismo prototípico autónomo-dependiente o desde un anquilosamiento en el modelo normativo infraconstitucional que considere a éste como fundamento ya no contingente, sino axiomático.

b) *Los trabajadores autónomos*

No es novedoso, ya lo hemos dicho y reiterado desde estas líneas, señalar que el histórico esquema binario de protección (dependencia-autonomía) se encuentra en crisis. Se trata de una crisis de abarcatividad como lógica única de contención tutelar⁵⁰. No sólo los trabajadores típicamente dependientes necesitan de protección.

La autotutela no parece incompatible con el ejercicio de profesiones liberales, ni con la producción autónoma. Antes bien, podría apuntalar la protección dando respuesta a ese interrogante planteado por Goldin y que parece compadecerse con el fin último de un Estado Democrático.

c) *Los trabajadores de las Fuerzas de Seguridad*

La fórmula adoptada por el artículo 2º del Convenio N° 87, que consagra para los trabajadores el derecho de sindicarse sin ninguna distinción y sin autorización previa, establece un principio general que reconoce, como única excepción, la prevista por el artículo 9º del propio Convenio.

El artículo 9º, apartado primero, cuenta con una formulación particular ya que delega a los Estados miembros determinar hasta qué

⁵⁰ Vale aclarar que no se cuestiona aquí su ineficacia total; antes bien, compartimos que "...no parece ya realista suponer que todo el sistema de tutela tendrá que corresponderse con el excluyente esquema histórico binario –autonomía o dependencia–, menos sensato aún me parece que quepa ‘decretar’ su extinción, cuando menos en tanto su *vis tutelar* no hubiere sido reconstruida de modo consistente..." (v. GOLDIN, *Los trabajadores de plataforma y su regulación en Argentina. Informe de la Unidad de Estudio del Empleo de la División de Desarrollo Económico de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe [Cepal]* cit., p. 13).

punto se aplicarán a las Fuerzas Armadas y a la Policía las garantías previstas por el Convenio.

Frente a esta particular locución, se presentan como posibilidades que: a) los Estados permitan sin restricciones a estos colectivos el ejercicio de los derechos propios de la libertad sindical; b) que las Fuerzas Armadas y la Policía tengan derecho a sindicarse, pero que el ejercicio de otros derechos propios del sujeto colectivo (tal la huelga) puedan limitarse; c) que estos otros derechos puedan simplemente excluirse, quedando solamente legitimados a sindicarse, o d) que los Estados prohíban la sindicación y los restantes derechos propios de la libertad sindical.

Las decisiones de los órganos de control admiten como compatible con el Convenio a todas las posibilidades enunciadas⁵¹. No obstante, tanto el CLS como la CEACR han reiterado que esta excepción debe receptarse en las legislaciones nacionales con carácter restrictivo, de modo que el personal civil no se encuentre comprendido en la limitación⁵².

Ahora bien, el derecho de los miembros de la Policía a sindicalizarse fue reconocido por otras normas de jerarquía supranacional⁵³. Empero, estos instrumentos condicionaron el derecho a la sindicalización a que los Estados signatarios de los tratados en cuestión no hubiesen adoptado medidas restrictivas al respecto⁵⁴ o no prohibiesen la sindicación en el caso⁵⁵.

El porqué de la excepción contenida en la norma tripartita se sustenta, principalmente, en las responsabilidades que los miembros de estos cuerpos poseen con relación a la seguridad interior y exterior del Estado. Sin perjuicio de ello, debe destacarse que la exclusión no se funda en la falta de reconocimiento de interés colectivo, ni aun en la falta de dependencia laboral. Estos elementos se encuentran

⁵¹ OIT, *La libertad sindical*, Ginebra, 2006, párrs. 225 y 226.

⁵² Ídem, párrs. 227 a 229.

⁵³ V. gr., artículo 8º, Pidesc; artículo 22, PIDCP; artículo 16, CADH; artículo 8º, Protocolo de San Salvador.

⁵⁴ Artículos 8º, inciso 2º, Pidesc; 22, inciso 2º, PIDCP; 8º, inciso 2º, Protocolo de San Salvador.

⁵⁵ Artículo 16, incisos 2º y 3º, CADH.

presentes, pero según se entiende existen motivaciones de orden público que justifican la factible exclusión.

En líneas generales, la jurisprudencia acompañó las decisiones de la administración que rechazaron el pedido de simple inscripción gremial de sindicatos con vocación de representar los intereses de la fuerza policial⁵⁶.

Tras una audiencia pública el 13 de agosto de 2016, en que el máximo tribunal interpeló a las partes y escuchó distintas posturas de *amicus curiæ*, la Corte dictó sentencia en la causa “Sindicato Policial Buenos Aires c/Ministerio de Trabajo s/Ley de Asociaciones Sindicales” el 11 de abril de 2017.

Con la mayoría mínima de tres votos (jueces Rosenkrantz, Lorenzetti y Highton de Nolasco), la Corte rechazó el pedido de simple inscripción, confirmando el decisorio de la sala V de la CNAT y la desestimación del Ministerio en la resolución 169/98.

Fundó su decisión en la existencia de legislación que expresamente prohíbe la participación en actividades políticas, partidarias o gremiales (ley 21.965, art. 9º, inc. f, y ley 13.982 de la Provincia de Buenos Aires, art. 12). Dicha consideración de la normativa interna fue antecedida por la argumentación de la potestad estatal consagrada en el Convenio Nº 87 y un análisis de los cuadernos de la Convención Constituyente de 1957, donde el convencional Bravo abordó la cuestión del derecho de huelga manifestando la exclusión de las fuerzas policiales. Al exponer que la huelga fue para los constituyentes el derecho sindical “por antonomasia”, el tribunal supremo consideró a este colectivo como excluido de las garantías del segundo párrafo del artículo 14 nuevo.

⁵⁶ Por intermedio de las resoluciones 494/2002 y 500/2002 rechazó, en su rol de autoridad de aplicación, las peticiones efectuadas por la Asociación Profesional Policial de Santa Fe y del Sindicato Policial de Buenos Aires, respectivamente. La Suprema Corte de Buenos Aires, previamente en el año 2000, ya había declarado la incompatibilidad gremial con la función policial (SCJBA, 13-12-2000, T. y S. S. 2001-547). Con posterioridad, el Ministerio de Trabajo de la Nación reiteró su postura frente al pedido del Sindicato de Policías y Penitenciarios de la Provincia de Buenos Aires, con fundamento en la participación de funcionarios con deber de garantizar la seguridad e integridad del Estado.

Sin perjuicio de las consideraciones de derecho efectuadas, las protestas de la Policía de Buenos Aires en septiembre de 2020 dan cuenta de un capítulo no cerrado en relación con la representación, procesos de negociación informal y ejercicio de medidas de acción directa. Trátase de un conflicto subyacente, el cual el ordenamiento no ha podido juridizar a fin de dar una válida interlocución al interés colectivo tan particular de este sector.

d) *Los trabajadores privados de la libertad ambulatoria*

El Sindicato Único de Trabajadores Privados de la Libertad Ambulatoria (SUTPLA) se formó el 13 de julio de 2012, fecha en que se labró el acta constitutiva de la asociación profesional en la sede del Centro Universitario Devoto, sita en el entonces Complejo Penitenciario Federal N° 2, con la finalidad propia de los sindicatos argentinos, esto es, la defensa de una pluralidad de intereses de sus agremiados, que incluía, de forma excluyente, su interés profesional.

La búsqueda de mejoras en el sistema carcelario ha sido y es una lucha dada desde el seno del sindicato como uno de los pilares fundamentales de reivindicación. Ello conlleva un particularismo en relación con el interés colectivo de estos trabajadores, pues sus “condiciones de vida” se encuentran signadas por las condiciones de infraestructura y funcionamiento del servicio penitenciario.

El sujeto empleador, en este caso es el Ente de Cooperación Técnica y Financiera del Servicio Penitenciario Federal (Encope), creado en 1994 por la ley 24.372, como organismo descentralizado del Servicio Penitenciario y cuya finalidad es propender al mejor funcionamiento y a la modernización de los métodos operativos de los talleres de “laborterapia” para los internos alojados en jurisdicción de la Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal. El Encope funciona con el carácter, los derechos y las obligaciones de las personas jurídicas de Derecho Público y su objeto se circunscribe exclusivamente a coadyuvar a la Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal a cumplir lo establecido en el Capítulo VI –*Trabajo*– de la Ley Penitenciaria nacional, decreto-ley 412/58, con los alcances y las limitaciones dispuestas en la citada ley 24.372. Forma parte del Ministerio de Justicia.

La Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad (24.660)⁵⁷ establece que el trabajo de los internos se regirá por la legislación laboral vigente⁵⁸. Sin perjuicio de ello y de haber formado parte de distintas mesas de diálogo⁵⁹, al día de hoy continúa sin inscripción, habiéndosele negado por ello la legitimación procesal para defender el interés colectivo de trabajadores que no cuentan con otro posible encuadramiento sindical.

En el año 2015 la Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la capacidad representativa del sindicato que, a la fecha, cuenta sin simple inscripción. La Corte sostuvo que la falta de inscripción no solamente supone una veda de actuación en los términos de la ley 23.551, sino que también implica la inhabilidad de promover acciones en los términos de los fallos “Halabi” y “PADEC”. En dichos pronunciamientos, el propio tribunal dispuso que la legitimación para demandar en defensa de derechos de incidencia colectiva se encuentra en cabeza de las asociaciones que se encuentren “registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de organización”. De esta forma se convalidó el requisito de existencia del sindicato como persona jurídica, el cual queda supeditado a que la autoridad de aplicación (Ministerio de Trabajo) emita el acto administrativo con el cual reconoce a la entidad sindical.

El fallo desconoce la legitimación activa de la asociación sindical (desconociéndola directamente como sujeto sindical), ratificando en forma indirecta la discrecionalidad ministerial y legitimando la negativa a otorgar la simple inscripción al trámite iniciado en fecha 9 de agosto de 2012 (expte. 1.521.705). Lo cierto es que el retardo en el otorgamiento se erige como una limitación que reconoce fundamentos ajenos a la normativa imperante, vulnerando el derecho de sindicación como derecho humano fundamental en el marco de la libertad sindical. Ésa es una de las principales consecuencias del fallo de la Corte. En esa

⁵⁷ B. O. del 16-7-96.

⁵⁸ Art. 107, inc. g.

⁵⁹ A modo de ejemplo, el sindicato fue convocado el 19 de mayo de 2020 por el Ministerio de Justicia (resolución IF-2020-33084090-APN-MJ) a fin de tratar en forma conjunta la situación sanitaria en los recintos en el marco de la pandemia de COVID-19.

inteligencia no queda sino adherir a la postura del Observatorio de la Central de Trabajadores de Argentina por cuanto sostuvo que “El razonamiento efectuado por la Corte en el caso ‘SUTPLA’ podrá ser extendido a todos los sindicatos que poseen su inscripción gremial en trámite y que padecen dilaciones inaceptables por parte del Ministerio de Trabajo. Por ende, hasta tanto no cuenten con dicha inscripción no podrán, según la Corte, ejercer ninguno de los derechos sindicales, incluyendo aquí la tutela frente a prácticas antisindicales por parte de los empleadores”⁶⁰.

La tipología sindical adoptada no se encuadra en aquellas enumeradas en el artículo 10 de la ley 23.551. No obstante, la conformación de un interés colectivo específico se presenta como evidente. Desde esa perspectiva particular, parte de la doctrina ha sostenido que la sindicalización no sería viable pues, entre otras cosas, el elemento cualitativo que los agrupa no es su condición de trabajadores, sino la de privados de la libertad⁶¹. Sin perjuicio de la postura que se adopte, no deja de verificarse un interés colectivo de compleja juridificación en el ordenamiento vigente en atención a la limitación subjetiva de la morfología sindical y a la presencia, de validación constituyente, de la autoridad de administración.

e) *Los trabajadores de plataformas*

El trabajo en o mediado por las plataformas digitales ha traído una amplia gama de problemáticas a la ciencia jurídica en general y al Derecho del Trabajo en particular.

La discusión sobre el trato homogéneo o diferenciado que legal-

⁶⁰ Observatorio de Derecho Social de la Central de Trabajadores de Argentina, *Alertas y nubarrones provenientes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, en <http://agenciaicta.org/spip.php?article17782>, del 12-11-2015.

⁶¹ RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, debate en *Jornada sobre Derecho del Trabajo y las personas privadas de la libertad*, organizada por el Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Buenos Aires, del 28-4-2014. En el mismo sentido Luis Ramírez Bosco (v. informe del relator Alejandro Sudera acerca del cuestionario efectuado por el Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Buenos Aires a su cuerpo docente, disponible en <http://www.derecho.uba.ar/institucional/2015-personas-privadas-de-la-libertad-sudera.pdf>).

mente debe o conviene efectuar excede la perspectiva propuesta. Ahora bien, no puede desconocerse la dimensión de autonomización que trajo aparejada este tipo de forma de producción.

Esa dimensión que se verifica desde lo discursivo se nutre, además, de una nueva consideración social sobre el trabajo como vehículo para el goce personal. Muy lejos del carácter expiatorio de la antiquísima concepción bíblica, pero alejándose también de la noción de trabajo como valor social (que lo constituía en un fin)⁶², nuevas generaciones de trabajadores reclaman nuevos espacios de libertad. Esos espacios se erigen en torno del ocio y las experiencias culturales, otorgando al trabajo un lugar instrumental en la vida personal. Una herramienta en un plan de vida que parte desde el desarrollo y disfrute individual, cuyas características subjetivas escapan al carácter generalizador de la norma estatal.

Nuevos significantes del trabajo importan una nueva valoración del mismo y una reconsideración sobre la eficacia de sus instituciones. Ese desafío para y hacia el Derecho del Trabajo consiste en la erosión que la falta de eficacia, desde esta particular visión individual, puede acarrear en la validez de los sujetos colectivos rígidos. En otras palabras, un sujeto incómodo con el propio contrato que supone el encuadre en el sujeto colectivo es una invitación al proceso de autonomización e individualización.

Si bien la dimensión social que evanesce al vínculo dependiente no es tan fácilmente verificable en economías en desarrollo como la argentina, no deja de ser un complemento para la idea de nueva vinculación, disruptiva y novedosa que proponen las plataformas⁶³ frente al tradicional mercado de producción e intercambio.

Empero, como bien señaló Rodríguez Fernández, las clasificaciones flexibles de los vínculos y las nominaciones de quienes prestan servicios

⁶² Ver ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel, *La construcción jurídica del contrato de trabajo*, Comares, Granada, 2014, ps. 9 y ss.

⁶³ Éstas aportan, según Joseph Lubin, “la función dinámica en lugar del trabajo fijo tradicional; la autoridad distribuida y no delegada; normas transparentes en lugar de políticas opacas, y rápidas reiteraciones en lugar de grandes reorganizaciones”. V. TAPSCOTT, Don y TAPSCOTT, Alex, *La revolución “blockchain”*, Valletta, Buenos Aires, 2017, p. 139.

(*riders, asociados*, etc.) “no es tan inocente como parece, ya que tales alardes de modernidad persiguen crear una narrativa y enviar un mensaje de ruptura con lo establecido. Pensemos: si todo es tan nuevo, tan rupturista, tan innovador, ¿cómo vamos a someterlo a reglas que ya existen y que estaban pensadas para las situaciones pasadas? El mensaje final es «no, esas reglas de siempre ya no sirven»”⁶⁴.

Es que no se trata de un fenómeno cerrado y elitista sólo al alcance de aquellos que entienden acerca de lenguajes de programación y confían su emprendedurismo o sustento a las prestaciones informáticas; es, ciertamente, un fenómeno de exponencial masificación en el que se ven muchas veces inmersos aquellos que sólo tienen su capacidad de trabajo y a los que nuevamente el capital productivo les sería caro, escaso y ajeno⁶⁵.

En ese marco, la narrativa impresa, las dificultades de calificación y el aislamiento que impone la “cortina de datos” que separa a los trabajadores de un establecimiento físico tradicional plantean serias dificultades a la hora de concebir al interés colectivo en función de un sujeto prefijado y no como un presupuesto de expresión libre. En este caso, el concepto de categoría parece ser adecuado en su apertura de ingreso y egreso para congregarse a los trabajadores, pero el dato de conjunción puede no ser la actividad sino, por ejemplo, el modo de organizarla.

Allende la caracterización del vínculo como autónomo o dependiente, compartimos la reformulación de una necesidad de tutela en este caso, la que surgiría, en palabras de Goldin⁶⁶, de la concepción del binomio de imputación “trabajo + desigualdad contractual”. Ello así ya que, como sostiene el autor, “lo novedoso es que la desigualdad contractual no necesariamente encuentra ya en la faceta jurídica de la

⁶⁴ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, María Luz, *Plataformas, “microworkers” y otros retos del trabajo en la era digital*, disponible en https://www.ilo.org/madrid/fow/trabajo-decente-para-todos/WCMS_548596/lang-es/index.htm, p. 8.

⁶⁵ GOLDIN, Adrián, *Configuración teórica del Derecho del Trabajo*, Heliasta, 2017, ps. 20 y ss.

⁶⁶ GOLDIN, Adrián, *Los trabajadores de plataformas y su regulación en Argentina. Documentos de proyectos*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Naciones Unidas, 2020, p. 18; disponible en https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/45614/1/S2000322_es.pdf.

dependencia su más visible *alter ego* material, su eficaz criterio intermediario”⁶⁷. En esa inteligencia, la autotutela colectiva se presenta como un método de protección eficaz y superador de la dicotomía de imputación tradicional del Derecho del Trabajo.

Para finalizar, en relación con las posibilidades de sindicación, cabe señalar que, aunque el vínculo pueda ser óbice en la inteligencia legal y reglamentaria, en términos constitucionales no se verificaría imposibilidad alguna. En idéntica lógica de prelación normativa, tampoco pareciera existir contradicción entre la autotutela del/de los colectivo/s de trabajadores de plataformas con la Ley de Defensa de la Competencia (ley 25.156, B. O. del 20-9-99)⁶⁸.

V. La perspectiva de género en el interés colectivo y la sindicación

Tutelar no es lo mismo que *paternar*⁶⁹. La tutela no debe partir de una concepción omnipresente y centralista del Estado, ni intentar instalarse desde un afuera androcéntrico⁷⁰. Para evitar lo primero, es necesario superar el entendimiento del conflicto social de intereses como un fenóme-

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ MUGNOLO, Juan Pablo; CAPARRÓS, Lucas y GOLCMAN, Martín, *Análisis jurídico sobre las relaciones de trabajo en los servicios de entrega de productos a domicilio a través de plataformas digitales en Argentina*, Oficina de País de la OIT de Argentina, Buenos Aires, 2020; disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-americas/-ro-lima/-ilo-buenos_aires/documents/publication/wcms_761242.pdf.

⁶⁹ En palabras de Baylos Grau, la tensión entre la visión economicista y social del Derecho del Trabajo, que funciona como espina dorsal de las narraciones sobre las posibles trayectorias de los modelos de Derecho del Trabajo en sus diversas acepciones, no impide (o debería impedir) “que una aproximación ‘emancipatoria’ –no ‘protectora’– como consideración proposicional o metodológica de explicación y crítica de los procesos de formación de las mismas sea adecuada para fundamentar y sostener las políticas del Derecho consiguientes”. Vid. BAYLOS GRAU, Antonio, *Modelos de Derecho del Trabajo y cultura jurídica del trabajo*, en BAYLOS GRAU, Antonio (dir.), *Modelos de Derecho del Trabajo y cultura de los juristas*, Bomarzo, Albacete, p. 17.

⁷⁰ V. FACIO MONTEJO, Alda, *Cuando el género suena, cambios trae (una metodología para el análisis de género del fenómeno legal)*, Ilanud, San José de Costa Rica, 1992; disponible en https://catedraunescodh.unam.mx/catedra/CONACYT/16_diplomadomujeres/lecturas/modulo2/1_alda%20facio_cuando_el_gene_suena_cambios_trae.pdf.

no patológico que requiere una intervención heterónoma, objetiva e iluminada. Para superar lo segundo, el ordenamiento debe repotenciar en clave autónomo-grupal los mecanismos de solución de conflictos.

Evitar la lógica paternalista (que expresa hasta lingüísticamente lo patriarcal) requiere una superación del preconcepto institucional que edifica las normas y soluciones en torno de la figura del varón como trabajador, proveedor y dador de soluciones. En suma, una deconstrucción del “padre” como autoridad regulatoria y parámetro del ámbito subjetivo de aplicación normativa.

En un mundo donde la igualdad es un principio vectorial, tanto como un presupuesto fundamental del Estado de Derecho, el fenómeno jurídico analizado demanda una nueva concepción. Se trata de la necesaria revisión de un aspecto afincado de nuestra cultura jurídica, entendiendo por tal “la totalidad del patrimonio cognoscitivo de los juristas, y en general, de los operadores jurídicos, en el cual, extrayendo de aquélla su principal inspiración, éstos encuentran la justificación sustancial y la razón última de sus opciones interpretativas que proponen o a las que adhieren”⁷¹. Cultura jurídica que, como enseña Romagnoli, no está exenta de prejuicios y dogmatismos.

Judith Butler, en su análisis de Irigara y Beauvoir, sostiene que *la crítica feminista debe explicar las afirmaciones totalizadoras de una economía significativa masculinista, pero también debe ser autocrítica respecto de las acciones totalizadoras del feminismo*⁷².

Federici⁷³ sostiene que la división sexual del trabajo diferenció no solamente las tareas a realizar por varones y mujeres, sino también sus experiencias en relación con el capital y otros sectores de la clase trabajadora. Así, el capitalismo se constituyó en torno de la degradación del trabajo y la posición social de las mujeres.

⁷¹ ROMAGNOLI, Umberto, *Para una historia de la cultura jurídica*, en BAYLOS GRAU (dir.), *Modelos de Derecho del Trabajo y cultura jurídica de los juristas* cit., p. 45.

⁷² BUTLER, Judith, *El género en disputa*, 2ª ed., Paidós, Buenos Aires, 2018, p. 64.

⁷³ FEDERICI, Silvia, *El Calibán y la bruja. Mujeres, cuerpo y acumulación originaria*, trad. de Hendel Verónica y Touza Leopoldo Sebastián, Tinta Limón Ediciones, Buenos Aires, 2015, p. 206.

Las posturas totalizantes, a la hora de prefigurar el fenómeno jurídico, trastocan el diálogo entre las fuentes materiales y formales del Derecho. Implican un proceso inductivo que, sesgadamente, parte de un modelo ideal –el varón industrial– que puede no tener correlato con la realidad fáctica a normar (hecho sindical) o con el deber ser que se intenta consagrar (igualdad real). En otras palabras, pensar la clave adaptativa del sindicato desde una lógica negada a la dimensión demográfica del real sujeto trabajador no captará la real dimensión del fenómeno; por otro lado, plantear un marco de igualdad abstracto que desconozca las dificultades asociativas de parte de esa demografía, que demanda una representación propia, implica imponer un modelo inherentemente falto de eficacia para el altruista fin propuesto.

Facio Montejo⁷⁴ clarifica esta dificultad postulando que el fenómeno jurídico se nutre de tres componentes:

1. El componente formal-normativo (sustantivo).
2. El componente estructural.
3. El componente político-cultural.

El primer componente se condice con la *norma agendi*. Se trata del instrumento normativo propiamente dicho, la norma en sentido formal (ley, tratado internacional, leyes sustantivas y adjetivas, decretos, reglamentos, convenciones colectivas, etc.).

El componente estructural de la norma alude a su contenido en tanto actuación desplegada por los operadores jurídicos (justicia, administración, etc.). Es la materialización de la norma a través de su interpretación y aplicación, que la complementa y reformula en el proceso de paso de la abstracción al hecho jurídico.

El componente político-cultural de la ley es su impacto en el *contenido y significado que se le va dando a la ley por medio de la doctrina jurídica, las costumbres, actitudes, tradiciones y conocimiento que la gente tenga de la ley, así como el uso que la gente haga de las leyes existentes*. De alguna manera, se trata de la incorporación de la norma al accionar colectivo de la sociedad en su conjunto, que a la vez funciona como fuente de Derecho.

⁷⁴ FACIO MONTEJO, *Cuando el género suena, cambios trae (una metodología para el análisis de género del fenómeno legal)* cit., ps. 62 y ss.

La interrelación de estos tres componentes da como resultado el contenido y efectos de una norma. En la lógica del objeto de estudio propuesto nos enfocaremos en el primer componente.

Cuando la norma y su acuerdo a ella se rigen por un arrastre inercial que desconoce la perspectiva de género, acontece un desacople entre la vocación de representatividad real que se plantea para el sujeto sindical y la efectiva realidad obrera.

La juridificación del sujeto colectivo representativo se presenta hoy como aséptica, pero la prescindencia de la categoría social *género* es una opción por el sostenimiento de instituciones intermedias masculinizadas. La minimización de importancia de este fenómeno implica una pérdida de objetividad y una *sobregeneralización* masculina, propias de la ginopia⁷⁵ jurídica.

El esquema binario, productivo y demográfico funcionó como presupuesto para la conformación del sujeto sindical legal. El cuestionamiento de esos conceptos internos o prefigurantes implica una crítica en términos de limitación de la autodeterminación del interés que el sindicato está llamado a representar. Es, nuevamente, una cuestión de origen y proyección desde el interés al sujeto lo que se encuentra limitado⁷⁶.

Nótese que, tomando las categorías de Facio Montejó, puede señalarse que el componente formal normativo carece de perspectiva de género, pues se limita a dar un mínimo espacio a la mujer (art. 18, LAS) en una estructura que reedita instituciones sindicales aun previas a su derecho a la participación política. Por otra parte, el componente estructural, en tanto la proyección de la autoridad de aplicación, ha sido consistente en solventar la persistencia del modelo legal, aun a pesar de sus inconstitucionalidades.

⁷⁵ Neologismo utilizado para visibilizar todo fenómeno que parte desde el falso parámetro objetivo que desconoce la proyección de lo femenino y del género en las relaciones y vínculos (MONTEJO ALDA, *Cuando el género suena, cambios trae [una metodología para el análisis de género del fenómeno legal]* cit., p. 25).

⁷⁶ V. sobre el punto la Opinión Consultiva OC-27/2021 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 5-5-2021.

VI. Conclusión: hacia nuevos sujetos y una nueva necesidad de perfeccionar la democracia

Si a la definición de interés colectivo de Santoro-Passarelli⁷⁷ se le puede reprochar la circularidad gramatical, sobre el denominado principio de especialidad también pueden hacerse varios señalamientos.

El primero es que sólo está llamado a contener el fenómeno sindical desde una visión economicista que prescinde del perfil demográfico de los colectivos y se ata principalmente a un mapa de representación económico. Dicha visión puede ser ordenadora desde la perspectiva de la negociación colectiva, pero la estructura de la negociación colectiva puede ordenarse, también, desde la conformación dinámica de las unidades de negociación⁷⁸, sin que ello importe la predeterminación del sujeto sindical.

Por otra parte, aunque esta prefiguración del sujeto sindical pueda aparentar ser lúbil para captar el interés colectivo, es pasible de recaer en un supuesto de configuración excluyente que no se condice con la lógica igualadora y no discriminadora de constituir al sujeto sobre un dato objetivo.

La constitución del sujeto desde una perspectiva industrial, andro-

⁷⁷ En 1952 (esta fecha se corresponde con la publicación de la 6ª ed. de la obra *Nozioni di Diritto del Lavoro* y ha sido señalada como aquella en que Santoro-Passarelli concibe la definición; cfr. ACKERMAN, Mario, *Interés colectivo*, en ACKERMAN (dir.) y TOSCA (coord.), *Tratado de Derecho del Trabajo* cit., 2ª ed., 2013, t. VII-I, p. 25. No obstante, según Tarello, la noción ya se encontraba presente en obras anteriores, como *Il Diritto del Lavoro* de 1949 (según TARELLO, Giovanni, *Teorías e ideologías en el Derecho Sindical*, trad. de José Luis Monereo Pérez y José Antonio Fernández Avilés, Comares, Granada, p. 28, nota al pie 21); el maestro de la Universidad de Roma definió al interés colectivo como “el interés de una pluralidad de personas hacia un bien apto para satisfacer una necesidad común. No es la suma de intereses individuales, sino su combinación, y es indivisible, en el sentido de que viene satisfecho no ya por varios bienes aptos para satisfacer necesidades individuales, sino por un único bien apto para satisfacer la necesidad de la colectividad. El interés colectivo que no sea un interés general de toda la colectividad organizada, aun siendo un interés distinto del interés individual, es de por sí un interés privado; no es todavía un interés público”.

⁷⁸ MUGNOLO, Juan Pablo, *¿El regreso al “hard law”? El diseño estatal de una estructura negocial funcional*, en Congreso Internacional, ps. 121 y ss.

céntrica y viciada de ginopia⁷⁹ no parece ser una alternativa objetiva, pues prescinde del contexto productivo cambiante donde se pueden verificar cambios en el interés colectivo.

La normativización del sujeto sindical y su accionar no parecen ser la síntesis última entre lo fenomenológico (hecho sindical) y lo normativo (recepción legislativa de ambos). Antes bien, se revela que ese proceso sólo podría considerarse agotado en un marco socioeconómico no cambiante. En otras palabras, el impacto de nuevas formas de producción o distribución de bienes y servicios y el real dimensionamiento social de la igualdad ponen en cuestión la vigencia y eficacia de los espacios de interlocución y la concepción vigente del interés colectivo como elemento configurador del sujeto.

No pareciera admitir mucha discusión el hecho de que el reconocimiento identitario que dio lugar al surgimiento de un interés colectivo trabajador se dio en un contexto productivo y de desigualdad específico que se compadece con el dato productivo industrial. Dicho de otro modo, la forma sindical en función del dato productivo tiene correlación con la materialidad en la que los trabajadores reconocieron la necesidad del colectivo como fuerza negocial.

La forma sindical prefigurada desde lo productivo se demostró hábil para captar cambios en fenómenos productivos, como el paso de la economía de bienes a la de servicios. Ello se revela en la permanencia de la figura sindical y de los sindicatos existentes antes de dicha migración productiva de bienes a servicios.

Sin desestimar la relevancia actual de esa fisonomía sindical, la democratización real del colectivo obrero y el surgimiento de reivindicaciones colectivas que desbordan los tradicionales vínculos laborales parecieran dar cuenta de nuevos intereses colectivos que demandan encuadramientos sindicales de representación propios.

Este fenómeno no es del todo novedoso y ciertos datos de agrupación que desbordan lo meramente productivo pueden encontrarse fácilmente en casos como los repasados.

⁷⁹ La ginopia es la imposibilidad de ver lo femenino o la imposibilidad de aceptar la existencia autónoma de personas del sexo femenino, como expresión del androcéntrismo (FACIO MONTEJO, *Cuando el género suena, cambios trae [una metodología para el análisis de género del fenómeno legal]* cit., ps. 62 y ss.).

De todo lo expuesto se sigue que resulta particularmente relevante replantear el dato asociativo jurídicamente relevante y, al menos, permitir la transferencia de ese dato desde el colectivo hacia el ordenamiento y no a la inversa⁸⁰.

En el caso contrario, debería considerarse si no se está habilitando una fuga de poder sindical hacia nuevas manifestaciones que carecen de comprensión o incorporación jurídica en los sistemas de relaciones colectivas⁸¹.

El interés colectivo es, entonces, confundido en la norma vigente con la pluralidad de fines del sindicato, es decir, con la acción colectiva habilitada a partir de un dato productivo industrial verificable que da forma al sujeto sindical. Se proyecta en la lógica normativa al campo de acción del sindicato y no hacia su autodeterminación.

La ubicación temporal del interés colectivo en la norma está terciada, entonces, por la ley y reforzada por la actuación, al momento de la inscripción, de la autoridad de aplicación.

Las normas argentinas han reflejado una confusión entre interés colectivo y acción colectiva, entendiendo al primero como contenido únicamente en la expresión de la segunda y no como su fundamento. El trato dispensado a esta categoría jurídica es el de manifestación de las posibilidades del sindicato legal, en contraposición al presupuesto fundante del sujeto colectivo. Además, se encuentra ausente la consagración de mecanismos de reválida o reconfiguración de las representatividades que den cuenta de nuevas o distintas captaciones del interés, aun en el marco del sujeto concebido legalmente.

Es por ello que la amplitud de fines del sindicato, generalmente sostenida por la ley argentina, se reconoce en las leyes como la ex-

⁸⁰ No pareciera ser el caso de la legislación argentina que, en el marco de la reciente regulación del teletrabajo (ley 27.555, B. O. del 14-8-2020), encuadra a los teletrabajadores en el sindicato de actividad que se corresponda a su prestación, sin dejar abierta la posibilidad de que esta forma de trabajar pueda dar lugar a la necesidad de un sindicato específico.

⁸¹ Me refiero al caso de agrupaciones como coworker.org, cuyo financiamiento y origen se encuentra en una organización no gubernamental que no parecería tener una legitimidad sustancial en términos de representatividad, sin perjuicio de sus buenas intenciones.

presión del respeto hacia el interés colectivo. No obstante, se trata de una expresión verificable de aquél y no del interés en sí mismo. Las posibilidades de acción del sindicato son los canales permitidos al interés colectivo, mas no el interés en sí, pues éste desborda ese aspecto y requiere, para nutrirse y revalidarse, una proyección hacia el aspecto no sólo asociativo, sino también negocial amplio y de conflicto. En efecto, desborda temporalmente a los fines sindicales reconocidos, dado que los precede y los trasciende en cuanto a su proyección, pues, instrumentalmente, la constitución del sindicato, su morfología, normas internas y ámbito de actuación son todas ellas expresiones auténticas del interés colectivo.

El hecho de que el ordenamiento jurídico delimite la proyección y hasta la prevalencia del interés colectivo no es reprochable en tanto no subsuma a éste en el interés estatal. Esa actitud que, lejos de legitimar, limita y desnaturaliza un interés legítimo en una sociedad democrática y pluralista, se verifica en el mantenimiento del sujeto interlocutor, la atribución monopólica de limitación de derechos y la ausencia de reválidas de representatividad.

Se evidencia en las normas reseñadas la constante intermediación estatal en la prefiguración sindical. Una constante de construcción y deconstrucción legal articulada desde el Estado, antes que desde los sujetos representados.

Una mayor habilitación jurídica a las expresiones del interés colectivo hacia la conformación del sujeto podría permitir mayor canalización de conflictos, acotar el margen de negociaciones informales y promover ámbitos de tutela dinámicos.

Distintos factores abonan al surgimiento de nuevos colectivos que se desenvuelven en el ámbito productivo, cuya colectivización obedece, en distintas medidas, a esos datos legales de aglutinamiento. Esa *desobediencia* de los parámetros tradicionales atenta contra la eficacia del modelo de relaciones colectivas nacional. En palabras de Goldin, se trata de un resquebrajamiento de la unicidad reglamentaria que, fundada en la dependencia y su marco jurídico, da lugar a una pluralización o segmentación del régimen de protección del trabajo⁸².

⁸² GOLDIN, Adrián, *El trabajo de plataformas*, exposición en Jornadas Iberoa-

La relación entre interés colectivo y sujeto sindical debería considerarse, jurídicamente y aun en un esquema de Derecho continental, como la interrelación entre presupuesto fáctico y su expresión más importante, pero en la lógica del fundamento contingente.

En principio, toda identidad se constituye a partir de exclusiones. La del sujeto sindical no escapa a ello. La construcción identitaria es un fenómeno necesario desde lo jurídico para canalizar el conflicto de intereses y normativizarlo. Empero, aunque la deconstrucción constante de los lugares comunes puede resultar nociva por neutralizar el carácter abstracto y general de la norma (además de atentar contra la permanencia que constituye la calidad asociativa del sujeto), la construcción a partir de un único e inamovible fundamento, esencializado, puede llevar a una exclusión que atente contra la eficaz metabolización del conflicto productivo.

En el desarrollo propuesto intentamos referir cómo normativamente se ha implantado y centralizado el modelo de relaciones colectivas en torno de un determinado sujeto sindical. En síntesis, se trata de un modelo estatal de relaciones colectivas, ya que el interés colectivo ha sido demarcado, no ya interpretado, por la autoridad pública y sublimado a la expresión instrumental juzgada como central para el modelo: la proyección productiva y asociativa.

El grado de eficacia o acierto político de dicha normativización que pareciera comenzar a mostrarse, al menos en el contexto argentino actual signado por una economía precarizada y con nuevos sujetos, es cuestionable. No obstante, puede señalarse que la prevalencia relativa en la que se conciben los intereses en una sociedad democrática se encuentra atenuada, en el caso, por una omnipresente discrecionalidad estatal.

La reivindicación del movimiento obrero, en un sentido de pertenencia autodeterminado y con plena eficacia de los instrumentos que garantizan la eficacia y autotutela propia de la libertad sindical, es una necesidad que se inscribe en éste, el escenario del *neo-hecho sindical*.

americanas de Derecho del Trabajo, *Las transformaciones del Derecho del Trabajo*, realizadas mediante plataforma virtual por la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Perú, del 28-10-2020.

ÍNDICE SUMARIO

ÍNDICE GENERAL	7
<i>Prólogo</i> , por HÉCTOR CÉSAR GUIADO.....	9

DERECHO INDIVIDUAL

EL DISPOSITIVO DE PREVENCIÓN DE LA EVASIÓN EN MATERIA LABORAL Y PREVISIONAL: LA REFORMA INTRODUCIDA POR LA LEY 25.345 Y LAS NUEVAS REGULACIONES NECESARIAS

por NAHUEL ANDREU

.....	23
1. Introducción	24
2. Debate legislativo	24
3. Medidas que integran el dispositivo aprobado por la ley 25.345 para eliminar la evasión en materia laboral y previsional	32
3.1. Sanción conminatoria mensual. Artículo 132 bis, LCT	33
3.1.1. Naturaleza del instituto.....	33
3.1.2. Requisitos para su procedencia	34
3.1.3. Retención de aportes.....	35
3.1.4. Falta de ingreso de dichos aportes	39
3.1.5. Requisitos de forma (decreto 146/2001).....	41
3.1.6. Existencia y cuantificación de la sanción	42
3.1.7. Aclaración sobre la naturaleza laboral de la sanción. . .	44

3.1.8. Beneficiario de la sanción	45
3.1.9. Conductas que puede adoptar el deudor frente a la intimación	46
3.1.10. Legitimación para reclamar los aportes y contribuciones no ingresados.....	48
3.1.11. El problema de la falta de facultades judiciales para graduar la sanción	51
3.2. Obligación de la autoridad administrativa o judicial de reportar indicios de irregularidad registral a la Administración Federal de Ingresos Públicos. Artículo 15 de la LCT	52
3.3. Sanción indemnizatoria. Artículo 80 de la LCT	54
3.3.1. Naturaleza del instituto.....	54
3.3.2. Requisitos para su procedencia. Falta de entrega del certificado de trabajo y de las constancias documentadas	55
3.3.3. Requisitos de forma (decreto 146/2001).....	56
3.3.4. Sanción indemnizatoria.....	57
3.3.5. Beneficiario de la sanción indemnizatoria	57
3.3.6. Conductas que puede adoptar el deudor frente a la intimación.....	57
3.4. Obligación del secretario del tribunal de remitir los autos a la Administración Federal de Ingresos Públicos. Artículo 132 de la LO.....	58
3.5. Obligación de informar a la Administración Federal de Ingresos Públicos la intimación cursada en los términos del artículo 11 de la ley 24.013.....	61
4. <i>De lege ferenda</i> . Las reformas que el sistema necesita	62
5. Referencias	65

TRABAJO A DISTANCIA Y TELETRABAJO
ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA LEY 27.555
CON LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

por PABLO CANDAL

..... 67

**LA PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO ARBITRARIO
COMO GARANTÍA DE CONSUMO**

UNA INTERPRETACIÓN DEL MANDATO
CONSTITUCIONAL PROTECTORIO
DESDE LA TEORÍA RELACIONAL
DEL CONTRATO DE TRABAJO

por SEBASTIÁN COPPOLETTA

1. Introducción	99
2. La teoría relacional del contrato de trabajo	100
a) La importancia de la teoría general contractual	100
b) La teoría general relacional del contrato	101
c) El contrato relacional de trabajo	105
d) El despido como especial aspecto del conflicto constitucional que representa la relación de trabajo	109
3. Reinterpretando el mandato constitucional del artículo 14 bis de la Constitución Nacional: la “arbitrariedad” y la “protección” desde la perspectiva relacional	112
a) La “arbitrariedad” como “daño”	112
b) La “protección” como “indemnidad”	116
4. El sujeto protegido y el tiempo de la protección en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional	121
a) La garantía de indemnidad en la capacidad de consumo como condición de efectividad del despido arbitrario	121
5. El argumento político de la protección como indemnidad	123
6. A modo de conclusión: la protección de la democracia como marco de discusión de la protección contra el despido arbitrario	127

DERECHO DEL TRABAJO. “DE LEGE FERENDA”

por GRACIELA A. GONZÁLEZ

.....	133
-------	-----

“LA E-INCLUSIÓN”

por JIMENA RODRÍGUEZ URIZAR

..... 157

DERECHO COLECTIVO

PINCELADAS DE LA OPINIÓN CONSULTIVA CIDH 27/2021 SOBRE EL ESTADO DE LA DISCUSIÓN DEL DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO EN LA ARGENTINA

por GUSTAVO A. CIAMPA

1. Introducción	171
2. El alcance de las opiniones de la CIDH	172
3. El sentido de la libertad sindical	173
4. Autonomía sindical y la democracia interna	184
5. La negociación colectiva y las convenciones colectivas de trabajo	188
a) Titularidad del derecho a negociar colectivamente	188
b) Sentido unidireccional de la negociación colectiva	191
c) Disponibilidad colectiva y principio de progresividad y no regresión	193
6. El derecho de huelga	195
a) Titularidad del derecho de huelga	195
b) Amplitud de contenido y finalidades del derecho de huelga	198
c) No punibilidad del ejercicio del derecho de huelga	200
d) Supresión de normas penales de persecución	201
7. Deberes de respeto, garantía y protección por parte del Estado ...	203

ENCUADRAMIENTOS IMPROPIOS

por HEBE GARCÍA BORRÁS

1. Nociones preliminares	209
--------------------------------	-----

2. La doctrina. Evolución jurisprudencial	210
3. Encuadres impropios. Distintos supuestos	217
a) Constitución del sujeto en la negociación colectiva	217
b) La actuación del Ministerio de Trabajo	219
c) Cobros de aportes y contribuciones	220
4. La CSJN y “Federación Única de Viajantes de la República Argentina y otro c/Yell Argentina SA s/Cobro de salarios”	232
5. Conclusiones	234
6. Bibliografía	235

**INTERVENCIÓN DE LOS ÓRGANOS
JURISDICCIONALES EN EL ÁMBITO
DEL DERECHO DE LAS RELACIONES
COLECTIVAS DEL TRABAJO. ALGUNAS
PROPUESTAS Y REFLEXIONES**

por DIEGO MARCELO LEDESMA ITURBIDE

1. Introducción. La obligación de la autoridad jurisdiccional de garantizar el goce pleno de los DD. HH.	237
2. Dificultades y desafíos de la intervención jurisdiccional en el Derecho de las relaciones colectivas del trabajo. Especificidad y principios propios de dicha particular área del sistema normativo	243
3. El riesgo de criminalización de la huelga. La propuesta de instaurar una intervención de cautelar a cargo de la jurisdicción laboral local	247
4. Conflicto de encuadramiento sindical “impropio” e intervención del órgano jurisdiccional. La problemática de la superposición de ámbitos de representación gremial. Apuntes y reflexiones sobre los sentidos de intervención de la jurisdicción en dicho contexto	253
a) La problemática de la superposición de ámbitos de representación gremial	253
b) Apuntes y reflexiones sobre los sentidos de intervención de la jurisdicción en dicho contexto	255

5. Resolución irregular de un conflicto de encuadramiento sindical por parte de la autoridad administrativa. Impugnación en sede jurisdiccional de la Comisión Negociadora y del acto de homologación de un CCT	259
6. Violaciones a derechos en el marco de los procesos electorales	262

**SOBRE ALGUNOS ASPECTOS CRÍTICOS DEL
SISTEMA ARGENTINO DE NEGOCIACIÓN
COLECTIVA EN CLAVE “DE LEGE FERENDA”**

por JUAN PABLO MUGNOLO

I. Introducción	265
II. La representación empresaria en la negociación colectiva	266
III. La homologación de convenios colectivos de trabajo.....	274
a) El rol del Ministerio de Trabajo.....	274
b) La impugnación del acto de homologación de un convenio colectivo de trabajo.....	279
IV. Las reglas sobre concurrencia de convenios colectivos de trabajo ante la necesaria diversificación de la estructura de la negociación colectiva	280

**SOBRE EL SUJETO SINDICAL TRADICIONAL
Y LA FUGA DE REPRESENTATIVIDAD**

por GUIDO A. SEREN NOVOA

I. Introducción	289
II. El sujeto sindical en la Ley de Asociaciones Profesionales y sus antecedentes.....	294
a) El decreto 2669/43	295
b) El decreto-ley 23.852/45	296
c) El decreto 9270/56.....	297
d) La ley 14.455	297
e) El decreto 969/66.....	299
f) La ley 20.615	300

g) La ley 22.105	301
h) Un primer balance	301
III. La dependencia como requisito de sindicación	302
IV. Supuestos de “fuga” de poder sindical:	
la otredad de sujetos “productivos”	306
a) Los trabajadores de la economía popular	308
b) Los trabajadores autónomos	310
c) Los trabajadores de las Fuerzas de Seguridad	310
d) Los trabajadores privados de la libertad ambulatoria	313
e) Los trabajadores de plataformas	315
V. La perspectiva de género en el interés colectivo y la sindicación	318
VI. Conclusión: hacia nuevos sujetos y una nueva necesidad de perfeccionar la democracia	322

LA COMPOSICIÓN Y DIAGRAMACIÓN SE REALIZÓ EN
RUBINZAL - CULZONI EDITORES Y SE TERMINÓ DE IMPRIMIR
EL 22 DE MARZO DE 2024 EN LOS TALLERES GRÁFICOS DE
IMPRESA LUX S. A., H. YRIGOYEN 2463, SANTA FE

