

El modelo sindical argentino: “Modelo para armar”¹

Por David Duarte

I. Introducción. II. El caso. III. La sentencia de la Cámara. IV. El dictamen de la Procuradora Fiscal ante la Corte. V. La inconstitucionalidad del art. 41 de la ley 23.551 por violación del derecho a la libertad de asociación sindical se proyecta al ámbito público y privado. VI. Los Derechos Fundamentales afectados. VII. El desarrollo progresivo de la libertad sindical y el compromiso de los Estados. VIII. Jerarquía constitucional y operatividad del Convenio n° 87 en el derecho interno jaquean el régimen legal de Asociaciones Sindicales. IX. Las inseparables dimensiones individuales y sociales del derecho de asociación sindical se proyectan a la protección de los delegados de sindicatos simplemente inscriptos. X. Organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción. XI. Criterio de interpretación del sindicato más representativo de los órganos de la OIT no afecta la unidad sindical ni promueve la atomización. XII. La decisión política esperable debe referir sobre la generación de espacios auténticos de diálogo social.

I. Introducción

El tema de la libertad y representación sindical, desarrollado por la Corte en el caso “ATE”², anotado en esta oportunidad, tiene la particularidad que en su formulación intervinieron los tres poderes del Estado. No se trata de posicionar tensiones en torno a la preeminencia de un poder sobre otro sino del equilibrio que debe existir en una República y la función de cada uno de ellos. La cabeza del Poder Judicial cumple un rol esencial en la interpretación y aplicación en el caso concreto de los Derechos Fundamentales por ser supremo (el órgano encargado de realizarlo como los derechos tratados en el pronunciamiento) basta con acatarlo y pensar en la adecuación de las normas inferiores; pues el contenido de los derechos los da la constitución³ y su interprete final se ha pronunciado con la ecuanimidad indispensable en un Estado Social y Democrático de Derecho.

Por cierto, la sentencia del Máximo Tribunal deja poco margen para pensar más de lo que se dijo en ella. Bastaría con transcribir sus párrafos para evidenciar la profundidad con que se abordó un tema cardinal del derecho del trabajo (y no digo del derecho colectivo del trabajo solamente, porque limitaría su proyección en el desarrollo del derecho individual del trabajo, pues entiendo que “la invención de lo colectivo” (Supiot) es imprescindible en la evolución del derecho individual de trabajo).

Entonces bien, si el desarrollo conceptual sobre “libertad sindical” está en este pronunciamiento, por qué habría de comentarlo, sencillamente por la trascendencia y proyección de sus líneas, que van más allá del mero conflicto intersindical en el ámbito

¹ El sub-título está copiado deliberadamente de la expresión utilizada por Antonio Baylos en su libro “Derecho del Trabajo: Modelo Para Armar” quien citaba a Julio Cortazar diciendo “El subtítulo: ‘Modelo para armar’ podría llevar a creer que las diferentes partes del relato se proponen como piezas permutables, Si algunas lo son, el armado a que se alude es de otra naturaleza, sensible ya que en el nivel de la escritura donde recurrencias y desplazamientos buscan liberar de toda fijeza causal, pero sobre todo en el nivel del sentido, donde la apertura a una combinatoria es más insistente e imperiosa. La opción del lector, su montaje personal de los elementos del relato, será en cada caso el libro que ha elegido”.

² Del 11 de noviembre de 2008, *in re*: S.C. A. n° 201, L. XL. RHE Asociación Trabajadores del Estado c/ Ministerio de Trabajo s/ Ley de Asociaciones Sindicales.

³ CSJN en el caso “Vizotti” (considerando 8°) y “Madorrán” (considerando 10°)

público, como se lo pretende minimizar, acotar o circunscribir, pues jaquea el tradicional modelo sindical argentino y cuanto más se crítica este fallo, mayor trascendencia adquiere y enriquece el debate.

Por ese motivo, es que estamos motivados por intentar realizar algunas anotaciones si bien partiendo del fallo estarán dirigidas a sus efectos, consecuencias o posibilidades como intento de reflexión sobre la trascendencia para el desarrollo de la democracia participativa y plural, con proyección en el posible fortalecimiento de la base de la estructura sindical argentina, que por cierto no se encuentra tanto en un modelo legalmente determinado, sino en lo que los propios trabajadores estén dispuestos a construir.

En todo caso, los derechos fundamentales, como el de “libertad sindical”, transitan por andariveles superiores a lo que hasta ahora se venía respondiendo en la coyuntura desde la legislación común. Por esa razón, desde la óptica constitucional, realizada con la reforma de 1994, la Corte interpretó de tal forma el contenido de aquellos derechos que “el modelo sindical argentino”, ha quedado como un “Modelo para armar”.

II. El caso

La Unión del Personal Civil de las Fuerzas Armadas -PECIFA- se opuso ante el Ministerio de Trabajo a que la Asociación de Trabajadores del Estado -ATE-, convocara la elección de delegados en el ámbito del Estado Mayor General del Ejército y Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas. Tal petición fue admitida mediante la resolución del MTESS n° 197 y confirmada por la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo con votos de los Jueces Fernández Madrid, De la Fuente y Capón Filas, desestimó el recurso de la ATE y motivó el recurso extraordinario federal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que desestimado dio origen a la presentación directa ante el Máximo Tribunal.

III. La sentencia de la Cámara

La sentencia de la Cámara tuvo en cuenta que si bien la resolución n° 414/66 -por la cual se otorgó a PECIFA la personería gremial en el ámbito en cuestión- fue dictada en el plano de la ley n° 14.455, con pautas para el otorgamiento de personería distintas a las que se encuentran en rigor (ley n° 23.551), lo cierto -señaló- es que subsisten las otorgadas de conformidad con aquellas exigencias legales, excepción hecha de que se haya verificado un conflicto intersindical (v.gr. disputa de personería o encuadramiento sindical), lo que no se había planteado en el expediente.

Añadió que la resolución n° 414/66 tampoco fue objeto de impugnación. Esta resolución excluye a la ATE del ámbito de Capital Federal y de algunos partidos del Gran Buenos Aires -Vicente López, San Martín, Tres de Febrero, La Matanza, Lanús y Avellaneda en lo referido al personal agrupado en el sindicato PECIFA de Capital Federal; y que es nulo y carente de efectos el llamado a elecciones de delegados realizado treinta y siete años después de dictada aquella resolución.

El juez que votó en primer término –al que adhirió la mayoría-⁴ afirmó, casi como si fuera a título personal: *“he descartado diversos planteos efectuados por ATE porque los considero inoficiosos”*. A poco que se intenta profundizar en la expresión produce cierta perplejidad la utilización del término calificativo de “inoficioso”, si bien no contiene rigor técnico⁵, aún aceptado el vocablo lacónico “inoficioso”, tampoco es suficiente para responder a un planteo federal, si se aprecia que en el caso se estaban invocando normas fundamentales.

La literalidad del término “Inoficioso”, tampoco parece aceptable para este caso⁶. Podríamos aproximarnos al concepto si partimos de la palabra “oficioso” que cuenta con muchas acepciones la primera como adjetivo *“hacendoso y solícito en ejecutar lo que está a su cuidado”*, pero parece que ha sido utilizada en su cuarta acepción en el sentido de *“provechoso, eficaz para determinado fin”*, luego si la completamos con el prefijo “in” (que indica negación o privación), podríamos concluir que se quiso decir que el planteo resultaba ineficaz para su fin. Es decir, que resultaban ineficaces sustentar el planteo con apoyo en los Convenios de la OIT (87 y 98) como la citas de las observaciones de la Comisión de Expertos y las del Comité de Libertad Sindical. A pesar de que al finalizar el párrafo el juez que intervino en primer término admitió *“requerirán –en todo caso y en su momento- una adecuación de la normativa vigente”*. Este punto, precisamente, es el señalado por la actora impugnante cuando denunciaba la “in-adecuación” de la norma de rango inferior, tema que recogió la Corte y dio una extensa respuesta sustentada en la “oficiosidad” del planteo deducido en el “momento” oportuno.

Desde otro ángulo, se podría opinar que la utilización de esa afirmación de la cámara como regla general, en nuestra modesta opinión, es un poco imprudente, en cuanto sería como fijar una premisa inamovible para todos los casos. Siguiendo esa postura se podría deducir de esa aseveración, que todo planteo fundado en normas internacionales ligado con la “libertad sindical y representación” es inoficioso. Enunciación que resulta inaceptable como tesis apriorística en una sentencia y en todo caso debió examinarse el caso a la luz de aquellos principios fundamentales y no por mera inercia repetir solamente porque siempre se hizo así.

Menos aún pudo ignorarse que con posterioridad al dictado de la ley 23.551 (del año 1988), observada en el caso, hubo un cambio trascendental en el mandato constituyente, que los poderes constituidos no pueden soslayar, como es la incorporación de los Tratados, Pactos y Convenciones internacionales de Derechos Humanos en el texto de la Carta Magna, el rango supra-legal de los restantes instrumentos internacionales y los criterios arraigados definitivamente en la Jurisprudencia de la Corte en el sentido que

⁴ El juez que opinó en primer término fue Fernández Madrid, al que adhirió De la Fuente sin reparos y se integró con el voto del juez Capón Filas, quien formuló algunas aclaraciones que se comentarán. Tengo el deber de aclarar que el comentario crítico del fallo de la Cámara de ninguna manera intenta poner en cuestión a estos prestigiosos juristas, de los que he aprendido y sigo aprendiendo. Sin embargo, no puedo dejar de realizar algunos comentarios atrevidos a la sentencia de la Sala VI a fin de comprender el contexto por el cual la Corte no solamente resuelve el caso, sino que se explaya en extenso sobre el indispensable tratamiento por parte de los jueces de los instrumentos internacionales.

⁵ El término “inoficioso” siempre fue empleado desde el lugar del juez que se pronuncia, por ejemplo “es inoficioso pronunciarse” o “es inoficioso el tratamiento del tema”, pero no respecto a la calificación de un planteo sustentado en derecho, por parte de un litigante que podrá ser o no fundado o conducente (o no) para la solución del caso, pero nunca “inoficioso”.

⁶ Según la Real Academia Española en derecho “inoficioso” (Del lat. *Inofficiōsus*): *“Que lesiona los derechos de herencia forzosa”*. *Aplicase a los actos de última voluntad y a las dotes y donación*. Vigésima Primera Edición, 2000, pág. 1171.

esos Documentos supranacionales fueron incorporados en al plexo jurídico que nos rige en “las condiciones de su vigencia”.

Es más grave aún cuando la invocación de la “libertad sindical y representación” se admite expresamente en la sentencia de la Cámara que se encuentran reguladas en los convenios n° 87, 98 y 135 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), así como numerosas citas que señalan las observaciones realizadas a los artículos 38, 39, 41, 48 y 52 de la ley n° 23.551 por la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y del Comité de Libertad Sindical. Al respecto el magistrado opinó que no interesaban para la dilucidación del caso, por encontrarse en juego los alcances de una personería gremial ya otorgada, con la consiguiente exclusión de otra asociación sindical de dicho ámbito de actuación, como si esta situación fáctica coyuntural fuese intocable aún cuando se la estaba cuestionando con base en normas de rango superior. Por tal motivo, la Corte entró en el caso, precisamente a dar respuesta a estos aspectos que fueron soslayados totalmente en el pronunciamiento de la Cámara.

Resulta singular el voto del juez que intervino en tercer término que entre líneas deja entrever su disconformidad con el llamado “modelo” aunque sin entrar a dar respuesta a los planteos constitucionales que fueron articulados, señala *“Mientras la libertad sindical en Argentina circule por autopistas trazadas por el Estado y no por caminos negociados entre las partes sociales o entre los sindicatos mismos, quien discute una resolución administrativa debe atenerse a las normas en juego”*. Reprocha a la ATE no haber cuestionado la resolución ministerial 197, que substancialmente reitera la resolución 414/66 y le señala a dicha asociación que ella *“sabe a ciencia cierta, que su universo de representación ha sido recortado”*. Decisión con cierto determinismo que no asumió, precisamente, el cuestionamiento constitucional, tal como lo destacó con posterioridad el Alto Tribunal. Es paradójico que el juez puntualice que la ATE *“debe atenerse a las normas en juego”*, olvidándose que los derechos y garantías de la primera parte de la Constitución Nacional “juegan” para todos, incluidos los tres poderes del Estado. Por tal razón, cuando están en “juego” normas de Derechos Humanos, reconocidas en documentos supranacionales, los poderes públicos tienen un rol fundamental insoslayable, con más razón para el juzgador a la hora de aplicarlos en cuanto responsabilizan internacionalmente al Estado argentino. Al final, el Juez dejó abierto el debate señalando *“la conveniencia de que se remita copia de la sentencia al Ministerio de Trabajo de la Nación para que se estudie la posibilidad de abrir un amplio debate respecto del actual modelo sindical argentino”*. Seguramente tal sugerencia no tuvo el eco que merecía la cuestión, pues el fallo fue dictado el 17 de septiembre de 2003 y hasta que la Corte se pronunció (cinco años después el 11-11-2008) no parece que hubiese existido tal posibilidad⁷.

IV. El dictamen de la Procuradora Fiscal ante la Corte

El dictamen entendió que el fallo de la Cámara resultaba arbitrario por falta de tratamiento de cuestiones conducentes para la ajustada solución del caso, es decir en violación del principio de congruencia. El reproche fincó en que el fallo omitió decidir peticiones, alegaciones o argumentos oportunamente propuestos a la consideración del tribunal y que deben integrar la resolución del litigio⁸. En concreto, censuró la sentencia de la Cámara por no haber dado respuesta a la pretensión de la accionante fundada en que, en el ámbito de la Administración Pública Nacional, media la posibilidad de

⁷ Ver comentario *infra* en el apartado XII

⁸ Citó Fallos: 312:295, 451; 313:978; 314:313; 315:981.

coexistencia sindical de distintos gremios reconocidos que relativizan el principio de la exclusividad representativa o unicidad promocionada.

Tal afirmación se fundó en la existencia de antecedentes de resoluciones ministeriales que avalaban dicha coexistencia⁹ y en que ello fue reconocido, también, mediante la ley de negociación colectiva en el sector público (n° 24.185), temas sobre los cuales, en rigor, señaló, la cámara no dio respuesta alguna. Recordó que con anterioridad se había admitido a los sindicatos con personería gremial y con actuación en el marco del Estado Nacional, provincial y municipal la retención de cuota sindical y la representación del personal de conformidad a lo determinado en sus estatutos, sin afectar las personerías respectivas oportunamente acordadas¹⁰. A su vez, recriminó al fallo no haber realizado un adecuado tratamiento respecto a las normas invocadas por la recurrente, no sólo del articulado de la ley de negociaciones colectiva de la administración pública, sino también numerosas normas reglamentarias¹¹ que venía anunciando una coexistencia plural y que al menos debían examinarse a fin de evaluar la razonabilidad de la medida adoptada por el ministerio al negar al sindicato simplemente inscripto convocar la elección de delegados.

Es evidente que el tratamiento de la arbitrariedad, por parte del Ministerio Público, se inscribe en la doctrina del Superior Tribunal, que prima el examen del planteo de arbitrariedad, cuando este se encuentre configurado, antes que la cuestión federal con apoyo en normas constitucionales, pues de existir aquella (la arbitrariedad) no habría sentencia propiamente dicha¹².

El planteo de arbitrariedad fue declarado inadmisibile por la Corte con cita del art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Algunos han comentado al respecto que ello significa que para la Corte la decisión de la Cámara no era arbitraria y que se expidió en materia constitucional referida a la libertad sindical. La invocación del art. 280 citado no quiere significar ninguna confirmación por parte del más Alto Tribunal de lo decidido por los jueces de la instancia, pues es indudable que lo referido sobre la interpretación de la Ley de Asociaciones Profesionales de Trabajadores (23.551) trata sobre una norma de derecho común y se encuentra fuera del alcance del recurso de excepción.

Por otra parte, lo propuesto por la Procuración General ante la Corte se refirió sobre omisión de tratamiento de otras normas distinta de aquella, (v.gr. 24.185 y demás normas reglamentarias) y en tal caso habría que entender que el tema fue abordado por la Corte por su trascendencia en relación con las normas fundamentales (*certiorari positivo*), pues no parece que seguir la propuesta del Ministerio Público hubiese dado la posibilidad de examinar el caso con la relevancia que la Corte quiso resolver con apoyo en normas de rango superior que fueron totalmente ignoradas, como aquellas, por los jueces de la Cámara.

⁹ Resoluciones del Ministerio de Trabajo n° 51/87 y 1101/94.

¹⁰ Resolución n° 51/87 -anterior a la ley n°23.551 que fue promulgada en 1988

¹¹ Artículos 4 y 6 de la ley n° 24.185, los decretos n° 1096/00; 757/01 y 760/01; resolución conjunta de la AFIP y la Subsecretaría de Relaciones Laborales n° 103/01 y general n° 1027/01; y resolución MTEySS n° 255/03.

¹² CSJN ver Fallos: 318:189; 322:904; 323:35, entre muchos otros.

V. La inconstitucionalidad del art. 41 de la ley 23.551 por violación del derecho a la libertad de asociación sindical se proyecta al ámbito público y privado.

La Corte conoce en el recurso extraordinario porque entiende que hay cuestión federal aceptando la vía de excepción por estar reunidos los recaudos de admisibilidad haciendo lugar a la queja y al recurso extraordinario (art. 14.3 de la ley 48) en cuanto se planteó que el art. 41, inc. a, de la ley de Asociaciones Profesionales de Trabajadores, vulnera el derecho a una organización sindical libre consagrado por el art. 14 bis de la Constitución Nacional y por diversas normas de raigambre internacional de las que se ha hecho mérito, en la medida en que exige que los "delegados del personal" y los integrantes de "las comisiones internas y organismos similares, en los lugares de trabajo o según el caso, en la sede de la empresa o del establecimiento al que estén afectados" previstos en su art. 40, deban estar afiliados "a la respectiva asociación sindical con personería gremial y ser elegidos en comicios convocados por ésta".

Puso énfasis en que la limitación de dicha norma de rango inferior mortifica la mentada libertad, de manera tan patente como injustificada, en sus dos vertientes. En primer lugar, la libertad de los trabajadores individualmente considerados que deseen postularse como candidatos, pues los constriñe, siquiera indirectamente, a adherirse a la asociación sindical con personería gremial, no obstante la existencia, en el ámbito, de otra simplemente inscripta. En segundo término, la libertad de esta última, al impedirles el despliegue de su actividad en uno de los aspectos y finalidades más elementales para las que fueron creadas.

Recalcó que el monopolio cuestionado en la presente causa atañe nada menos que a la elección de los delegados del personal, esto es, de los representantes que guardan con los intereses de sus representados, los trabajadores, el vínculo más estrecho y directo, puesto que ejercerán su representación en los lugares de labor, o en la sede de la empresa o del establecimiento al que estén afectados. La restricción excede, y con holgura, el acotado marco que podría justificar la dispensa de una facultad exclusiva a los gremios más representativos.

Reflexionó que no se había invocado, ni se advertía la existencia de razón alguna que haga que la limitación impugnada resulte necesaria en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos. Antes bien, sentenció, parece marchar en sentido opuesto a dichos intereses y, principalmente, a las necesidades de una sociedad del tipo indicado, la cual, si algo exige, es que el modelo que adoptó permeabilice los vínculos asociativos, sobre todo aquellos que, como los sindicales, están llamados a coadyuvar, de manera notoria, en la promoción del "bienestar general".

Con todo ello, la Corte mandó a revocar la sentencia apelada en cuanto desconoció el derecho de ATE a intervenir en la celebración de los comicios de delegados del personal en el ámbito del Estado Mayor General del Ejército y el Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas, con base en que, pese a comprender dicho ámbito de actividad, no gozaba en éste de personería gremial¹³.

Con la publicación del pronunciamiento de la Corte en el caso "ATE" se han escuchado voces que afirman con total soltura que el fallo se aplica solamente al sector público, pues la declaración de inconstitucionalidad de la norma del art. 41.1 (ley n° 23.551)

¹³ El fallo lo firman los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco; Fayt; Petracchi; Maqueda y Zaffaroni. La juez Argibay no intervino en el pronunciamiento.

decidió un conflicto intersindical entre dos asociaciones profesionales que disputan la representación en un mismo ámbito del Estado Nacional como es el personal civil de las Fuerzas Armadas.

Tal postura, sería posible si se hubiese seguido la línea desarrollada por la Procuración General de la Nación, que circunscribió el tema a la coexistencia en el ámbito público en virtud de las posibilidades que establece la ley 24.185 (de Negociación Colectiva del Sector Público); reglamentada por el Ministerio de Trabajo mediante la Resolución n° 255/2003 que admitió la coexistencia plural, aspecto que fue omitido por los jueces de la Cámara.

Sin embargo, la revocación del fallo se fundó en la declaración de inconstitucionalidad de la ley sindical, partiendo de admitir para todos los “trabajadores” el derecho a establecer una “organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción”, tesis que se proyecta sin ambages a todos los ámbitos –público y privado-, pues el fundamento radica en la concepto de “libertad sindical” en sentido general.

En razón de lo expresado, cabe reflexionar que si nunca se hizo la distinción público-privado cuando se examinaba la Ley de Asociaciones Sindicales, no habría razón para hacerlo ahora, salvo desde el lugar de quienes defiende un interés sectorial y de coyuntura, que es razonablemente plausible, aunque no aceptable desde el punto de vista jurídico. Esto es así porque la inconstitucionalidad declarada en el fallo comentado sobre la elección de delegados, tiene por telón de fondo una de las tantas incompatibilidades de la ley local con los principios de la libertad sindical. Es decir, la preferencia excesiva por el sindicato con personería gremial transmisibile a cualquier ámbito, con autonomía suficiente como para que se mantenga tanto en la esfera pública como en la privada, pues el ámbito donde deba aplicarse dicho criterio no altera el contenido de la libertad y representación sindical desarrollado en el fallo.

Cabe hacer una advertencia, dado el control de constitucionalidad difuso de nuestro sistema, referido a que no cabe duda que el pronunciamiento de impugnación del precepto es sólo para el caso concreto. Entonces, en cada caso habrá que plantear, desde la primera oportunidad que se tenga, la impugnación correspondiente con fundamento en este precedente. En tal sentido, sería saludable, a fin de evitar el dispendio jurisdiccional y dar seguridad jurídica a los ciudadanos, que los legisladores se hagan cargo de las observaciones puntualizadas por la Corte en su rol de fiel custodio y genuino interprete de la Constitución Nacional y adecuen la legislación común a los derechos fundamentales mencionados en el fallo.

VI. Los Derechos Fundamentales afectados

El considerando 3° del pronunciamiento de la Corte es una enumeración prolija de la totalidad de normas fundamentales que tratan el tema de la libertad sindical y que el pronunciamiento de la Cámara omitió ponderar.

Destacó en primer término el criterio fundante del derecho a la “libertad de asociación” poniendo el acento en el manifiesto doble orden de notas esenciales, como relevantes para decidir el caso de inescindibles dimensiones que encerraba ese derecho tanto en el

plano individual como el social¹⁴. Asimismo la especificidad de la asociación en el campo de los sindicatos, dando lugar a la profundización de la llamada libertad sindical.

De todo ello, da cuenta una sucesión ininterrumpida de numerosos instrumentos internacionales que, desde 1994, tienen jerarquía constitucional (Constitución Nacional, art. 75.22, segundo párrafo) y que la Corte extrajo los derechos vinculados con el caso, a saber:

1. Toda persona tiene el derecho de asociarse para promover, ejercer y proteger sus intereses legítimos de orden sindical¹⁵.
2. La libertad de asociación pacífica y prohibición de pertenencia obligatoria a una asociación y que toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses¹⁶.
3. Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses¹⁷.
4. El derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales¹⁸.
5. Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines laborales¹⁹.
6. Los trabajadores tienen garantizado la "organización sindical libre y democrática"²⁰.

A su vez, desplegó las variadas modalidades de la libertad sindical que detalló:

1. 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 ajenos²¹.
2. Nada de lo dispuesto por el Pacto autorizará a los Estados Partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948 relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación a adoptar medidas legislativas que menoscaben las garantías previstas en dicho Convenio o a aplicar la ley en forma que menoscabe dichas garantías²².

¹⁴ Art. 14 de la Constitución Nacional de 1853-1860 que regula el Derecho a Asociación

¹⁵ Art. XXII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948)

¹⁶ Art. 20 y 23.4 de la Declaración Universal de Derechos Humanos

¹⁷ Art. 22.1 del Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos

¹⁸ Art. 8.1.a. del Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

¹⁹ Art. 16.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969).

²⁰ Art. 14 bis de la Constitución Nacional, introducido en 1957

²¹ Art. 8.1.c. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art 22.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 16.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

²² Art. 8.3. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. 22.3. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art. 16.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

3. Derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección, para la protección y promoción de sus intereses²³ y la prohibición de la pertenencia compulsiva a un sindicato²⁴.

VII. El desarrollo progresivo de la libertad sindical y el compromiso de los Estados

El pronunciamiento, en el considerando 4º, señaló que tales textos de rango superior, mencionados en el párrafo anterior, tributaron al desarrollo progresivo de un designio que ya revistaba en el acto de creación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) con el Tratado de Paz de Versalles (1919), en la que Argentina es miembro desde los orígenes, en cuanto reconoció al principio de libertad sindical como un requisito indispensable para "la paz y armonía universales"²⁵ y que la libertad de asociación es esencial para el progreso constante que fueron reafirmados con, no sólo los principios fundamentales sobre los cuales está basada la OIT, sino, "en especial" por la Declaración de 1998²⁶.

Recordó que, "al incorporarse libremente a la OIT, todos los Miembros han aceptado los principios y derechos enunciados en su Constitución y en la Declaración de Filadelfia, y se han comprometido a esforzarse por lograr los objetivos generales de la Organización en toda la medida de sus posibilidades y atendiendo a sus condiciones específicas", y afirmar que "esos principios y derechos han sido expresados y desarrollados en forma de derechos y obligaciones específicos en convenios que han sido reconocidos como fundamentales dentro y fuera de la Organización", declaró que "todos los Miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios", *inter alia*, "la libertad de asociación y la libertad sindical"²⁷.

Es evidente la profundidad de análisis desde una óptica de avanzada en la progresividad reciente en nuestro país de los Derechos Humanos en el Derecho del Trabajo. Éstos, como categoría conceptual de tercera generación de los derechos fundamentales -que algunos todavía les cuesta aceptar, o no quieren asimilar- se instalaron en un terreno (el derecho colectivo) donde estaba cerrado (o contenido) el debate, con algunas cuestiones rayanas en el mito que impedían abrir la discusión de la situación real de los trabajadores y las posibilidades de partición democrática y plural en la estructura y la acción sindical. Tal vez ésa sea la razón por la cual sus primeros comentarios críticos redundan en epítetos carentes de sustancia jurídica, rayanos en el enojo, más reaccionarios que reflexivos.

Por ejemplo, algunos han reprochado a este pronunciamiento de la Corte un contenido netamente liberal. Sin embargo, a poco que se examina la evolución de los Derechos

²³ Art. 8.1.a del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador, 1988)

²⁴ Art. 8.3 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador, 1988)

²⁵ Sección I de la Parte XIII del Tratado de Versalles, de 1919, y contenido en el Preámbulo de su Constitución

²⁶ I, b. Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales del Trabajo, adoptada en 1998

²⁷ Apartados 1, a y b, y 2.a -el Anexo prevé, además, un régimen de seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo.

Humanos (en este momento de la historia) advertirá que el pensamiento liberal fue superado por los acontecimientos que sobrevinieron en los siglos diecinueve y veinte. Y que la oleada neoliberal de los años ochenta no logró derribar la construcción de los derechos sociales consagrados en el Tratado de Paz de Versalles (1919) y la expansión a escala planetaria del Constitucionalismo Social. Tampoco se ha conmovido la proyección de los Derechos Humanos instalados en la conciencia jurídica universal, después de la segunda guerra mundial, como escudo frente a cualquier intento de totalitarismos. Estos Derechos Humanos, hoy consagrados en nuestra Carta Magna, han servido para demostrar jurídicamente que no es posible concebir una sociedad que se rija por las leyes del mercado (v.gr. doctrina de los Fallos “Vizzoti” y “Aquino”, entre otros), sin perjuicio de la demostración palpable del fracaso de las concepciones económicas liberales expresadas en el consenso de Washington, con los últimos acontecimientos internacionales que son públicos y notorios. Esta evolución histórica superadora del liberalismo no hubiese sido posible sino a partir de los principios de igualdad, libertad y fraternidad, pues son la base de la construcción de una sociedad libre, que ésta última no puede ser concebida de otra manera que con justicia social y que cualquier concepción de gobierno debe respetar los Derechos Humanos Fundamentales y todo ello sólo es realizable en un Estado Social y Democrático de Derechos.

VIII. Jerarquía constitucional y operatividad del Convenio n° 87 en el derecho interno jaquean el régimen legal de Asociaciones Sindicales

El pronunciamiento en el caso “ATE” es una evolución del precedente “Outón”²⁸ en los criterios de interpretación del Convenio sobre libertad sindical y la protección del derecho de sindicación (N° 87) al asignarle a dicho Convenio una jerarquía superior después de la reforma constitucional de 1994. El máximo Tribunal destacó su ratificación (en 1960) y el estar claramente comprendido en la citada Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales del Trabajo (1998), lo cual bastaría para admitir su rango superior a las leyes. Pero lo más significativo es que también ubicó al mencionado Convenio n° 87 en dos Pactos con jerarquía constitucional²⁹, reiterando que constituye un método poco recomendable de exégesis normativa vaciar a éste de contenido o de privarlo de todo efecto útil³⁰. Recordó la recomendación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en cuanto los Estados deben adecuar su legislación al Convenio N° 87³¹ y el criterio que ha hecho en la aplicación del Convenio N° 87 la Corte Interamericana de Derechos Humanos³².

A su vez ratificó que el Convenio N° 87 se inspira en los principios y valores de la Constitución de la OIT y de la Declaración de Filadelfia, en cuanto dispone que todo Miembro de la Organización para el cual esté en vigor, "se obliga a poner en práctica" determinadas "disposiciones" (art. 1), entre las que se destacan, para el presente caso,

²⁸ Fallos: 267:215, 223 – 1967.

²⁹ Art. 8.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y art. 22.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

³⁰ Madorrán c. Administración Nacional de Aduanas, Fallos: 330:1989, 2001/2002 - 2007

³¹ Concluding Observations: Australia, 31-8-2000, E/C.12/1 Add. 50, párr. 29; Concluding Observations: Germany, 31-8-2001, E/C.12/1/Add. 68, párr. 22, y Concluding Observations: Japan, 21-8-2001, E/C.12/1/Add. 67, párrs. 21 y 48, entre otras. Asimismo respecto del art. 22.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “Nowak, Manfred, Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary, Kehl/Estrasburgo/ Arlington, N.P. Engel, 1993, p. 400”.

³² Caso Huilca Tecse vs. Perú, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 3-3-2005, Serie C No. 121, párr. 74.

que: "los trabajadores [...], sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas" (art. 2), así como, que las "organizaciones de trabajadores [...]" tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción". Por otro lado, así como las "autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal" (art. 3.2), la "legislación nacional no menoscabará ni será aplicada de suerte que menoscabe las garantías previstas por el presente Convenio" (art. 8.2). Todo Miembro, añade, también "se obliga a adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores [...] el libre ejercicio del derecho de sindicación" (art. 11). El término "organización", aclara el art. 10, significa: "toda organización de trabajadores que tenga por objeto fomentar y defender los intereses de los trabajadores [...]".

Después que alguna jurisprudencia de tribunales inferiores se lanzaran a minimizar (también en otros temas y sin mucho fundamento) los alcances de las observaciones de los Órganos de Control de la OIT, este nuevo fallo del Tribunal Superior de la Nación viene a ubicar en su justo lugar la relevancia del contenido imprescindible de aquéllas a la hora de interpretar los Convenios y Recomendaciones y su comparación con el ordenamiento nacional. En especial, el Convenio 87 y su operatividad, que el Máximo Tribunal localiza en dos Pactos Internacionales que tienen rango constitucional (v. considerando 3º, párrafo 2º del Fallo ATE). El examen y criterio de interpretación del Convenio 87 examinado por la Corte jaquea todo el régimen central de la Ley de Asociaciones Profesionales que sostiene el modelo de unicidad promocionada, pues habría otras normas que pueden correr la misma suerte que el artículo 40.1. Al año de la sanción de la ley de Asociación Profesional de Trabajadores n° 23.551 (año 1988), tanto la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones y más tarde el Comité de Libertad Sindical vienen observando aspectos puntuales de la ley sindical. En concreto, para estos órganos internacionales no parecen adecuarse al Convenio 87, los Arts.28, 29, 30, 38, 48, 52 y el decreto reglamentario núm. 467/88).

En otra oportunidad (2004)³³, señalábamos que los aspectos puntuales que la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACyR) tratan en sus observaciones son dos problemas básicos: la determinación del grado de representatividad de las organizaciones sindicales y la desigualdad de trato entre las asociaciones sindicales con personería gremial —ASCPG— y las asociaciones sindicales simplemente inscriptas —ASSI—.

En tal sentido podemos realizar un punteo de las disposiciones de la Ley Sindical que discrepan con el Convenio 87 según los órganos de control de la OIT³⁴:

1. *Reconocimiento Legal del Sindicato más representativo* (Art.28, 23.551 y Art. 21 de su reglamentación)³⁵.

³³ Duarte, David, "Promover Los Principios y Derechos Fundamentales a través del Diálogo Social", Oficina internacional Del Trabajo (OIT Oficina Regional para América Latina y el Caribe/ Oficina Argentina) Documento sobre los debates y análisis nacional referidos a igualdad de oportunidades y de trato en el empleo y la ocupación, abolición del trabajo infantil y libertad sindical, 2005. ver pág. 37 a 65.

³⁴ D. D. ob. cit pág. 41 y siguientes. Nos remitimos por razones de brevedad, pues el tratamiento de estos temas merece un desarrollo extenso que excede las notas que nos proponemos en este trabajo.

³⁵ Comentario de la CEACR s/c.r. años 1989, se reitera 1991, 1993, 1996, 1997, 1998, 1998, 2003, 2004. y Caso n° 1924/1998 y n° 1741/1995, Comentarios del Comité de Libertad Sindical,

2. *Constituir las Organizaciones que estimen convenientes y de Afiliarse a elección* (Arts. 29 y 30, 23.551)³⁶.
3. *El derecho de retención de las cotizaciones sindicales y de las exenciones tributarias* (Art.38 y 39, 23,551)³⁷
4. *La protección especial a todos los representantes sindicales* (Arts. 48 y 52, 23.551)³⁸
5. *Los derechos de representar y defender los intereses individuales de los trabajadores* (Art. 31.a., 23.551)³⁹.
6. *Ejercicio de los derechos de libertad sindical, sin sujeción, intervención o injerencia*⁴⁰

El tema más reiterado por los órganos de la OIT es el régimen legal de personería gremial del modelo sindical argentino. Para la Comisión (CEACyR), el reconocimiento de los sindicatos más representativos, adoptado por la Argentina, no es en sí mismo contrario al principio de libertad sindical, y es compatible “*siempre y cuando se respeten ciertas condiciones*”.

Decíamos en aquél informe del 2004⁴¹ que después de más de diez años de vigencia (1988 a 1999) y de reiteradas observaciones, la CEACyR había tomado nota de las informaciones suministradas por el Gobierno —respecto a la garantía de “la libre constitución, registro y adquisición de la personería jurídica de las organizaciones sindicales”—, señalando que sus críticas se centraban en los requisitos para obtener la llamada “personería gremial” y los privilegios que gozan las organizaciones sindicales que poseen dicha personalidad (ASCPG) otorgada por el poder estatal, a diferencia de los menores derechos que se reconocen a las “simplemente inscriptas” (ASSI). Aclarábamos que dicho órgano tampoco se había opuesto a que existan organizaciones sindicales más representativas, denominadas “con personería gremial”, ni a que estas organizaciones gocen de ciertos privilegios. Asimismo, admitía que la multiplicidad excesiva de las organizaciones sindicales puede debilitar el movimiento sindical y menoscabar los intereses de los trabajadores.

También habíamos realizado una recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical (CLS) del Consejo de Administración de la OIT se extraen algunos conceptos generales que merecen ser recordados como preludeo de los temas que más han sido observados respecto de la legislación de Argentina. Principalmente, el derecho de los trabajadores y de los empleadores de constituir libremente las organizaciones que estimen convenientes y de afiliarse a las mismas; el cual, debe desarrollarse evitando el favoritismo o discriminación frente a determinadas organizaciones⁴². El reconocimiento de cierto privilegio a favor de los sindicatos más representativos debe ser de tal manera que no implique la privación de los medios esenciales para la defensa de los intereses de

³⁶ Comentarios de la CEACR s/ r.c. año 1998. (Observaciones sobre los convenios ratificados de la CEACyR Informe III 1A 2003-IB. Doc). Caso 1872/1997 comentario del CLS.

³⁷ Comentarios de la CEACR s/c.r. reitera 2004). Comentarios del CLS : Caso 1832/1996 y Caso n° 2054/2000

³⁸ Observación individual CEACyR ,1989, reiterada en los años: 1991, 1993,1996,1997, 1998,2001, 2003, 2004. En los comentarios del año 1989 la Comisión se remitió al párrafo 146 del Estudio general de la Comisión de Expertos de 1983 y párrafos 234, 235 y 238 de la Recopilación de Decisiones y Principios del Comité de Libertad Sindical. Asimismo ver caso 1953/2000 comentario del CLS

³⁹ Comentario de la CEACyR del año 2001. Informe III (IA) 2003-IB.DOC , Pág.238, (C87).

⁴⁰ Recomendaciones del CLS: Caso n° 1953/2000, y Caso n° 1777/1995; Caso n° 1744/1995.

⁴¹ D.D. ob. cit pág. 39

⁴² D.D. ob. Cit. Pág 39 ver cita 28

los trabajadores representados por las otras entidades sindicales que no posean esa mayor representatividad⁴³.

IX. Las inseparables dimensiones individuales y sociales del derecho de asociación sindical se proyectan a la protección de los delegados de sindicatos simplemente inscriptos.

El Considerando 6° del fallo destacó que el contenido del derecho de asociación sindical cuenta con dos inseparables dimensiones: individual y social⁴⁴: *"quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de asociarse libremente con otras personas, sin intervención de las autoridades públicas que limiten o entorpezcan el ejercicio del respectivo derecho, lo que representa, por lo tanto, un derecho de cada individuo", sino que, "además, gozan del derecho y la libertad de buscar la realización común de un fin lícito, sin presiones o intromisiones que puedan alterar o desnaturalizar su finalidad"* ⁴⁵.

También resaltó que la libertad de asociación en "materia laboral", así como en su dimensión individual *"no se agota con el reconocimiento teórico del derecho a formar sindicatos, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para ejercer esa libertad"*, en su dimensión social resulta *"un medio que permite a los integrantes de un grupo o colectividad laboral alcanzar determinados fines en conjunto y beneficiarse de los mismos"*⁴⁶.

Enfatizó que esta libertad radica "básicamente", en la facultad tanto de constituir organizaciones sindicales, cuanto de *"poner en marcha su estructura interna, actividades y programa de acción, sin intervención de las autoridades públicas que limite o entorpezca el ejercicio del respectivo derecho"*⁴⁷.

En todo caso, son dos dimensiones que "deben ser garantizadas simultáneamente", puesto que *"la libertad para asociarse y la persecución de ciertos fines colectivos son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de asociarse representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de la colectividad de alcanzar los fines que se proponga"*⁴⁸.

Con tales elementos podemos concluir que los candidatos y/o delegados elegidos que pertenezcan a un sindicato simplemente inscripto, contarían con la tutela sindical o fuero sindical. Este es otro de los fantasmas que se asoma entre las líneas críticas del fallo al señalar que estos representantes no tendrían protección.

Cabe señalar que la Comisión de Expertos como también el Comité de Libertad Sindical ha observado la ley 23.551 (artículos 48 y 52) por ser contraria al Convenio n° 87. Se ha

⁴³ D.D. ob. Cit pág. 39, ver cit. 29.

⁴⁴ Señala que los instrumentos internacionales precisados en el considerando 3° del fallo, sobre todo los dos Pactos de 1966, y muy especialmente el que regula los Derechos Económicos, Sociales y Culturales llegan a idéntica conclusiones. Otro tanto se sigue del Convenio N° 87 y de la redacción del art. 14 bis de la CN.

⁴⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, los términos del art. 16.1 de la Convención Americana establecen "literalmente" (Caso Huilca Tecse vs. Perú, cit., párr. 69 y su cita)

⁴⁶ Ídem, párrs. 70/71.

⁴⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 2-2-2001, Serie C No. 72, párr. 156)

⁴⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Huilca Tecse vs. Perú, cit., párrs. 70 y 72.

puntualizado que se benefician con una protección especial únicamente los representantes de las organizaciones sindicales de trabajadores con personería gremial.

Resulta significativa la respuesta del gobierno argentino a los órganos de la OIT, que contestó que aquél tipo de delegado puede recurrir al amparo sindical del Art.47, ley 23.551, también a la protección que surgiría de la Constitución Nacional (Art. 14 bis) para todos los representantes sindicales, o en su caso, al hecho de que si el sindicato estuviese afiliado a una federación que sí posea personería gremial, se le extiende la mayor protección, y en que en definitiva tiene la posibilidad de ampararse en la ley antidiscriminación (n° 23.592)⁴⁹.

Dichos órganos señalaron que el legislador confiere a los sindicatos reconocidos, que de hecho son los más representativos, ciertos privilegios relativos a la defensa de los intereses profesionales en virtud de los cuales sólo ellos son capaces de ejercer útilmente. Agregaron que la concesión de tales privilegios no debe estar subordinada a condiciones de tal naturaleza que influyese indebidamente en la elección por los trabajadores de la organización a la que desean afiliarse⁵⁰ y la legislación no debe discriminar a los dirigentes de las organizaciones simplemente inscriptas con respecto a las que gozan de personería gremial⁵¹.

En nuestra modesta opinión, dichos delegados cuentan con la Constitución Nacional que los protege de manera operativa, disponiendo que *“los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo”*. Esta tutela constitucional no establece ninguna distinción entre gremios con personería gremial y los que no la tengan, pues reconoce a la organización sindical simplemente inscripta. Es una cláusula totalmente operativa que protege a quien además de tener un derecho individual se expresa también con un derecho de los gremios, al encarnar el contenido cualitativo, simbolizando el interés colectivo en la persona del representante. Inclusive tal aspecto constitucional pone en cuestión la posibilidad de extinguir el vínculo pagando una indemnización agravada como la prevista en el art. 52 de la 23.551, porque la estabilidad expresada en el texto constitucional es una sola, absoluta, sin matices de impropiedad o relatividad. La indemnización, aunque sea agravada, atiende el interés individual, pues entonces, de aplicarse esta última, como lo hace la ley sindical, no se correspondería en reciprocidad con el aspecto colectivo que también debe protegerse. En la interpretación de la Corte los derechos que garantizan la libertad sindical se integran en sus dos planos -individual y colectivo- *“recíprocamente complementarios”*⁵².

X. Organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción

La Corte interpretó que la sustancia de los principios a los que debe responder la reglamentación del derecho de asociación sindical, están contenidos con igual vigor que las normas mencionadas en el apartado anterior, en el art. 14 bis de la Constitución

⁴⁹ La Comisión pide al Gobierno que tome medidas para modificar los artículos en cuestión (Art.48 y 52, LAS), y que le comunique en su próxima memoria toda medida adoptada al respecto. OIT; Informe III (IA) 2003-IB.DOC, pág.238, (C87)

⁵⁰ Observación individual CEACyR, 1989, reiterada en los años: 1991, 1993, 1996, 1997, 1998, 2001, 2003, 2004. En los comentarios del año 1989 la Comisión se remitió al párrafo 146 del Estudio general de la Comisión de Expertos de 1983 y párrafos 234, 235 y 238 de la Recopilación de Decisiones y Principios del Comité de Libertad Sindical.

⁵¹ Ver caso n° 1953/2000 comentario del Comité de Libertad Sindical.

⁵² CSJN, *in re* “ATE” considerando 7°, último párrafo

Nacional. Así en el considerando 7° del fallo refirió que dicha cláusula constitucional resultó no sólo un temprano continuador de los documentos internacionales que lo precedieron, al dar cabida a los impulsos del constitucionalismo social desplegados, a escala universal, en la primera mitad del siglo XX⁵³.

Agregó que también se erigió, con no menor significación, como norma anticipatoria de los que le seguirían. Así, puso una precisa y definitoria impronta: "organización sindical libre y democrática". La libertad, en el plano individual, enunciada a fin de que el trabajador sin ataduras disponga afiliarse, desafilarse o no afiliarse y, de ser lo primero, en la organización que escoja. En breve, la "afiliación libre y consciente", que no puede verse herida con "supuestas razones de interés sindical y bien común"⁵⁴.

Por otra parte, planteó que la libertad para los sindicatos, con el propósito de que puedan ser fundados y realizar sus actividades sin obstáculos o limitaciones del Estado, que reduzcan injustificadamente las funciones que les son propias: la promoción, ejercicio, defensa, fomento y protección de los intereses legítimos de orden sindical.

Con cita del debate constituyente reseñó: "*Nosotros no hemos calificado la forma del sindicalismo, y no lo podemos calificar porque somos respetuosos del derecho de asociación y del derecho de los obreros. Deseamos que los obreros agremiados libremente se den la forma sindical que mejor les parezca y que mejor crean que atiende a sus propios intereses*"⁵⁵. El reconocimiento de un sindicato "por la simple inscripción en un registro especial", como también lo dispone el art. 14 bis, resulta un elemento reforzador de esta última finalidad⁵⁶.

En ese contexto, la democracia, a su turno, fue reconocida como prenda de convivencia, de apertura franca y amplia hacia el pluralismo y la participación, tanto para la persona que libremente se incorpora a una organización, cuanto para las relaciones entre todas y cada una de éstas en el concierto de los sindicatos que, no menos libremente, los trabajadores deseen formar. La democracia gremial es un "signo" expresamente consagrado por el art. 14 bis⁵⁷.

Añadió que el precepto constitucional, en consecuencia, manda que el régimen jurídico que se establezca en la materia, antes que impedir o entorpecer, debe dejar en libertad las mentadas actividades y fuerzas asociativas, en aras de que puedan desarrollarse en plenitud, vale decir, sin mengua de la participación, y del eventual pluralismo de sindicatos, que el propio universo laboral quiera darse. Los términos "libre y democrática" que mienta el art. 14 bis, no por su especificidad y autonomía, dejan de ser recíprocamente complementarios.

Desde esa perspectiva, podemos concluir que no es posible que con este fallo se desate la anarquía sindical (otro fantasma que asoma desde las líneas críticas del fallo), pues parte de la existencia de una organización sindical legalmente constituida "*obreritos agremiados libremente*". Resulta impensable que un criterio elaborado por el Máximo

⁵³ Citó el precedente "Aquino" Fallos: 327:3753, 3770, 3788 y 3797 – 2004.

⁵⁴ Citó el precedente "Outón", cit., p. 223.

⁵⁵ Convencional Becerra, Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente Año 1957, Congreso de la Nación, Buenos Aires, 1958, t. II, p. 1356; v. asimismo, entre otras, las intervenciones de los convencionales Jaureguiberry y Peña, ídem, ps. 1222 y 1257, respectivamente

⁵⁶ Convencional Prat, Diario de Sesiones, cit., t. II, p. 1401.

⁵⁷ CSJN *in re*: Alborno c. Nación Argentina, Fallos: 306:2060, 2064 - 1984; Sindicato de Empleados de Comercio Capital Federal, Fallos: 310:1707 - 1987)

Tribunal del país interpretando y aplicando normas de derechos fundamentales puede desatar la anarquía. La decisión de la Corte se enmarca, entre otros temas, en la interpretación del art. 14 bis de la Constitución Nacional en cuanto dispone que las leyes aseguran al trabajador “organización sindical libre y democrática reconocida por la simple inscripción”. Es decir, en primer término se trata de la elección de un delegado en una organización que en el ámbito que se pretende representar se encuentra “simplemente inscrita”. En el caso, supone la existencia de una organización previamente inscrita (control de legalidad) que entró al sistema.

El debate se instala en un conflicto llamado “intersindical” entre uno simplemente inscripto y otro que cuenta con personería gremial y no trata situaciones inorgánicas, sino de entidades reconocidas. Ubicados a mucha distancia de una anarquía, partiendo de la existencia previa de una organización sindical, no habría razón para pensar en una situación descontrolada. Suponiendo que se alentaran posibilidades o alternativas por parte de los trabajadores que se vieran atraídos por la idea de organizarse para constituir un sindicato, debe primar no solamente la suma de voluntades o pluralidad de sujetos, sino el dato cualitativo del interés colectivo, paso previo donde lo individual se conjuga con lo colectivo en una situación fáctica previa a la legalidad, no habría razón para privar del derecho a asociarse libremente y allí lo individual y colectivo "recíprocamente complementarios" debe reconocerse en libertad, pluralidad y democracia.

Otra variante podría plantearse que por fuera de una entidad sindical un trabajador no afiliado pretenda ser delegado, es decir un no afiliado se presenta por fuera, aunque adhiera a uno u otro sindicato (inscripto o con personería), al no estar afiliado no pertenece a la "organización sindical libre y democrática" que posee entidad jurídica a partir de un acto de legalidad que es la "simple inscripción". Hasta aquí se expresa lo individual (primera parte del 14bis), y a partir de esa intervención del registro la personalidad jurídica de lo colectivo, más allá que existe previo y casi inescindible el "interés colectivo" como dato cualitativo, de otra manera se entraría casi sin darse cuenta en las "representaciones parasindicales", que no parece, ni por aproximación, estar alentadas por el fallo.

XI. Criterio de interpretación del sindicato más representativo de los órganos de la OIT no afecta la unidad sindical ni promueve la atomización.

En el considerando 8º, precisó que el orden conceptual reseñado en el considerando anterior se corresponde con la interpretación del Convenio N° 87 y la labor de dos órganos de control internacional de la OIT, el Comité de Libertad Sindical en cuanto examina la violación de la libertad sindical y la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT que ejerce el control regular de la observancia por los Estados Miembros de las obligaciones derivadas de los convenios que han ratificado⁵⁸.

⁵⁸ Recordó que el Comité de Libertad Sindical fue creado por el Consejo de Administración de la OIT en su 1170 reunión de noviembre de 1951C, destinado al examen de las alegaciones relativas a la violación de la libertad sindical (Compendio normativo aplicable al Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, adoptado por el Consejo en su 2920 reunión, marzo de 2005, anexos I y II). Y que por el otro, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, instituido por resolución adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su octava reunión (1926), que ejerce el control regular de la observancia por los Estados Miembros de las obligaciones derivadas de los convenios que han ratificado (Manual sobre procedimientos en materia de convenios y recomendaciones internacionales del trabajo, Sección VI).

Puntualizó que de estas fuentes hizo mérito la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁵⁹ y que tampoco ha faltado la oportunidad para que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales exhortara a un Estado a que revise su legislación laboral con vistas a adaptarla a las observaciones de la Comisión de Expertos relativas al Convenio N° 87⁶⁰.

Sobre el punto entendió de importancia destacar los criterios elaborados por dichos órganos, en particular, los concernientes a los llamados por éstos como "sindicatos más representativos"⁶¹ recordó al Estado argentino que: *"la mayor representatividad no debería implicar para el sindicato que la obtiene, privilegios que excedan de una prioridad en materia de representación en las negociaciones colectivas, en la consulta por las autoridades y en la designación de los delegados ante los organismos internacionales"*⁶².

Afirmó que la Comisión no hacía más que persistir, a la letra, en los límites que ya había enunciado, con alcances generales, respecto de las legislaciones que, *"preocupadas por encontrar un justo equilibrio entre la imposición de la unidad sindical y la fragmentación de las organizaciones, consagran la noción de sindicatos más representativos y suelen conceder a éstos derechos y ventajas de alcance diverso"*⁶³.

Agregó las observaciones sobre la ley 23.551, de la Comisión de Expertos en cuanto advirtió que no parecía estar en conformidad con el Convenio N° 87 la disposición de aquélla, conforme a la cual, *"las funciones de representante de los trabajadores en la empresa sólo pueden ser ejercidas por los miembros de [las] organizaciones que poseen la personería gremial"*, al paso que recordó: *"cuando [...] el legislador confiere a los sindicatos reconocidos, que de hecho son los más representativos, ciertos privilegios relativos a la defensa de los intereses profesionales [...], la concesión de tales privilegios no debe estar subordinada a condiciones de tal naturaleza que influyese indebidamente en la elección por los trabajadores de la organización a la que desean afiliarse"*⁶⁴.

Estos criterios de la mentada Comisión resultan, indudablemente, del todo concordantes con los del Comité de Libertad Sindical: si bien a la luz de la discusión del proyecto de Convenio n° 87 y de la Constitución de la OIT (art. 5.3), *"el simple hecho de que la legislación de un país establezca una distinción entre las organizaciones sindicales más representativas y las demás organizaciones sindicales no debería ser en sí criticable"*, es "necesario" que la distinción no tenga como consecuencia *"conceder a las organizaciones más representativas [...] privilegios que excedan de una prioridad en*

⁵⁹ Tanto en el caso Huilca Tecse (cit., párr. 75) cuanto en el caso Baena (cit., párrs. 157, 164 y 165)

⁶⁰ Citó Concluding Observations: Malta, 26-11-2004, E/C.12/1/ Add. 101, párr. 35, y Concluding Observations: Poland, 29-11-2002, E/C.12/1/Add. 82, párr. 44.

⁶¹ Condición que, en el ordenamiento nacional, es reconocida por la autoridad del trabajo mediante el otorgamiento de la personería gremial (ley 23.551, art. 25)

⁶² Observación individual sobre el Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87), Argentina (ratificación: 1960), Año 2008. El recordatorio alude a anteriores observaciones de la Comisión de análogo contenido que la antedicha (v. Observación individual sobre el Convenio núm. 87, Libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948, Argentina (ratificación: 1960), 1999, punto 2, que reitera, vgr., las observaciones de 1998 y 1989)

⁶³ Libertad sindical y negociación colectiva, Informe de la CEACyR, Conferencia Internacional del Trabajo, 81° reunión, 1994, Informe III, Parte 4B, párr. 97.

⁶⁴ Observación individual sobre el Convenio núm. 87, Libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948, Argentina (ratificación: 1960), Año 1989.

materia de representación en las negociaciones colectivas, consultas con los gobiernos, o incluso en materia de designación de los delegados ante organismos internacionales". En otras palabras, la distinción entre distintos sindicatos (simplemente inscriptos o con personería gremial) no debería "privar a las organizaciones sindicales, que no hayan sido reconocidas como las más representativas, de los medios esenciales para defender los intereses profesionales de sus miembros, ni del derecho de organizar su gestión y su actividad y de formular su programa de acción, previsto por el Convenio núm. 87"⁶⁵.

Expresó que esta repercusión negativa también se proyecta, con pareja intensidad, en el plano individual, por cuanto las funciones limitadas que la legislación reconoce a determinadas categorías de sindicatos, podrían tener por efecto indirecto restringir la libertad de los trabajadores para adherirse a organizaciones de su elección.

Así lo sostuvo el Comité de Libertad Sindical, por las siguientes razones: *"de manera general, la posibilidad para un gobierno de conceder una ventaja a una organización determinada, o de retirársela para beneficiar a otra, entraña el riesgo, aunque no sea esa su intención, de acabar por favorecer o desfavorecer a un sindicato frente a otros, cometiendo un acto de discriminación. Es más, favoreciendo o desfavoreciendo a determinada organización frente a otras, los gobiernos pueden influir en la decisión de los trabajadores cuando elijan una organización para afiliarse, ya que es indudable que estos últimos se sentirán inclinados a afiliarse al sindicato más apto para servirlos, mientras que por motivos de orden profesional, confesional, político u otro, sus preferencias los hubieran llevado a afiliarse a otra organización. Ahora bien, la libertad de los interesados en la materia constituye un derecho expresamente consagrado por el Convenio núm. 87"⁶⁶.*

Resumió que hay una "diferencia fundamental" entre el monopolio sindical "instituido o mantenido por la ley" directa o indirectamente, y el que "voluntaria y libremente" quieran establecer los trabajadores. El primero, cuando trasciende los límites señalados en este considerando, "está en contradicción con las normas expresas del Convenio N° 87", el cual, aun cuando *"manifiestamente no apunta a imponer el pluralismo sindical", sí exige que éste "[sea] posible en todos los casos"*⁶⁷.

En definitiva, no debemos interpretar que el pronunciamiento se declara favorable al pluralismo porque sería como un espejo de lo que se rechaza, es un error interpretar de sus líneas que se está consagrando el modelo de "la atomización promocionada", pues una sana lectura del fallo pone en evidencia que se acepta el sistema de mayor representatividad y que solamente se cuestiona el marcado exceso en la preferencia por éste que puede afectar negativamente el ejercicio de la libertad sindical.

La unidad del movimiento obrero es un ideal de los trabajadores y de eso habla la historia del sindicalismo. Tener una representación sindical monolítica es una aspiración que no se corresponde con la realidad desde que en sus orígenes la división estuvo presente, no precisamente por los reclamos económicos, sino por preferencias ideológicas y hasta por otras razones, como señaló la Corte, elegir uno u otro puede deberse a motivos de orden profesional, confesional, político u otro (v. Considerando 8°). En una apretada síntesis y por razones de espacio nos limitamos a recordar

⁶⁵ Libertad sindical: Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, Ginebra, OIT, 40. ed. revisada, 1996, párr. 309

⁶⁶ Libertad sindical: Recopilación..., cit., párr. 303

⁶⁷ Libertad sindical y negociación colectiva, cit., párr. 91.

brevemente que la creación de una Federación Obrera que uniera a todos los sindicatos de la Argentina fue uno de los principales objetivos de los trabajadores de fines del siglo diecinueve, hasta que fue creada definitivamente la FOA que luego se convertiría en la FORA, pero las divergencia ideológicas, que se traducen en tácticas y estrategias para lograr sus fines, hicieron que las diferentes organizaciones obreras propusieran distintos objetivos y que no logren unirse de manera permanente. Aparece la UGT en el debate del conflicto entre intransigencia y conciliación con quienes estaban frente a los trabajadores. Así comenzó el siglo veinte, con organizaciones de obreros divididas, pero unidas en la lucha en defensa de objetivos comunes como cuando se enfrentaron solidarios contra la ley de residencia (n° 4144) o contra la represión violenta.

Con unicidad y dispersión fluctuaban en distintas centrales los gremios y así llegaron al año 1930, en que se crea la CGT, que también transitó por distintas escisiones hasta que con posterioridad al año 1943, la interlocución en un mismo lenguaje con el gobierno termina definitivamente de unificar la CGT con proyección nacional, en una conjugación inédita en el país de sindicatos y gobierno, llegaron a coincidir en los objetivos. La fragmentación vuelve tras el golpe militar del año 1955 con el repliegue por la persecución a los trabajadores. La resistencia los retorna a la reunificación, hasta que algunos sectores ostentaron acercamientos con militares golpistas y aparece la CGT de los argentinos como nueva central de trabajadores que quiere diferenciarse de aquellos, por no compartir los mismos objetivos. Después del golpe de 1976 y el “proceso” de “normalización sindical” vienen los 25, la CGT Azopardo y la CGT Brasil, distintas expresiones que muestran la división que tiene por base las finalidades que se proponen.

La unidad del movimiento obrero parece estar vinculada con la posibilidad de que las organizaciones obreras coincidan en sus objetivos y no tanto en el diseño de la estructura legal que las regule. La unicidad promocionada legalmente no demostró ser una garantía de la unidad de los trabajadores en una sola central, sino otra cosa. A poco de la sanción de la ley 23.551 en el año 1988 se empezaron a ver disidencias hasta que en el año 1992 aparece una nueva central (CTA) opuesta a las políticas laborales del gobierno. La división interna de la propia CGT ve nacer una nueva división (MTA) que no participa del Acuerdo Marco para Productividad y Empleo del año 1994 firmada por la entonces conducción de la CGT con empresarios y gobierno que significó un paquete de medidas de flexibilidad laboral, nuevamente la disparidad en los objetivos muestra la escisiones. Inclusive hoy aparece una fracción en la CGT (la Azul y Blanca) que no se expresa en igual sentido que los referentes de la conducción de la central.

En resumen, no parece que la ley pueda lograr el interés colectivo necesario de los trabajadores, pues éstos se expresan desde aspectos volitivos y no por imposición, es casi como la concepción de la *affectio societatis* en que la intención de asociarse es con el fin de alcanzar un objetivo común. Con igual sentido debe advertirse que si aparecen factores que dispersan o alejan los fines que se han trazados quienes se unen para lograrlo, seguramente que el desvío de ese objetivo en común que los unió será la causa de la división. El derecho del trabajo nace del conflicto que es previo a la ley y se expresa en la acción colectiva que une a los trabajadores para equilibrar fuerzas frente al empleador y remover los obstáculos que impidan la realización plena de aquéllos, pero los estorbos pueden originarse en medidas políticas del gobierno de turno, por lo tanto no debe ser éste quién incida en las preferencias por una determinada organización sindical, modelo o estructura, sino serán los propios trabajadores en defensa de sus intereses.

XII. La decisión política esperable debe referir sobre la generación de espacios auténticos de diálogo social

Uno de los objetivos estratégicos de la OIT para promocionar el trabajo decente es precisamente el diálogo social, sabiendo que los Derechos Fundamentales que nos rigen como Estado Social y Democrático de Derecho son indiscutibles. La insistencia de los órganos de la OIT respecto de la Ley Sindical se prolongó durante largos años, si bien generó algunas reacciones tenues, por cierto, no tuvieron consecuencias concretas de manera general en el derecho positivo. Hubo una iniciativa de proyecto de modificación de la ley núm. 23.551 iniciado en el año 1993, que involucró al Poder Ejecutivo Nacional con apoyo externo de una misión consultiva de la OIT. Tal empuje tuvo como objetivo la modificación de los Arts. 28, 30, 38 y 39 observados por la CEACyR. No obstante la reforma no preveía nada sobre los Arts. 25, 29, 31, 48 y 52, observados por el CEACyR⁶⁸.

Con posterioridad se creó una comisión tripartita mixta para la modificación de la ley sindical a fin de obtener un proyecto consensuado, teniendo en cuenta los comentarios de la CEACyR sobre la Ley Sindical mediante el Decreto n° 1096 del año 2000. En el año 2001 una Misión de Asistencia Técnica de la OIT prestó asesoramiento al desarrollo de los trabajos preparatorios impulsado por el Poder Ejecutivo Nacional (P.E.N.) sin participación de los legisladores nacionales, por tanto cualquier resultado no tenía efecto vinculante. Al respecto, la Comisión de Expertos de la OIT había tomado nota de que el Gobierno informaba que estaba avanzando paulatinamente en un proceso para generar las condiciones políticas e institucionales que permitan profundizar las coincidencias con la CEACyR⁶⁹.

Ahora es el momento para empezar con el diálogo social postergado que requiere un modelo sindical que se haga cargo del diseño constitucional que se ubica en los derechos del trabajador, individualmente considerado, es decir en el primer apartado del 14 bis, la organización sindical libre y democrática, que necesariamente conjura una relación de lo individual y lo colectivo como “recíprocamente complementarios” tanto para la persona que libremente se incorpora a una organización, o la que desee formarla, cuanto para las relaciones entre todos y cada uno de los sindicatos.

En definitiva, el régimen jurídico que se establezca en la materia, según señaló la Corte: *“...debe dejar en libertad las mentadas actividades y fuerzas asociativas, en aras de que puedan desarrollarse en plenitud, vale decir, sin mengua de la participación, y del eventual pluralismo de sindicatos, que el propio universo laboral quiera darse...”*⁷⁰.

Tras el fallo anotado se han alzado voces que reclaman una decisión política, reiteramos la única posible debe partir del diálogo social, también se han presentado proyectos vinculados con la adecuación de la norma impugnada, aunque una decisión de la democracia representativa referida solamente a la norma impugnada en el fallo, sería insuficiente en atención a las observaciones generales de los órganos de control de la

⁶⁸ D.D. ob. Cit. Pág. 51, nota 66 comentario Caso n° 1551/1993 del CLS.

⁶⁹ El Gobierno comentaba que sobre la base del consenso con los actores sociales, dado que el sistema normativo vigente es el resultado de una ecuación en la que se conjugan factores históricos, socioeconómicos y políticos y por ende la modificación de la norma presupone responder a esos factores y su resultado afecta a los titulares de los derechos por ella consagrados (Comentarios de la CEACR s/ r.c. año 2004).

⁷⁰ Conforme Considerando 7° del Fallo ATE

OIT, mencionados en el punto IX de la presente. Llegó el momento de que los trabajadores decidan el “Modelo para armar”.