

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL FALLO ORELLANO c/ CORREO

1.

La sentencia de la Corte en el caso *Orellano* parte de una conceptualización inicial del derecho de huelga que permite advertir tempranamente el desarrollo posterior de la fundamentación jurídica ensayada por los jueces.

Comienza el tribunal por señalar que las medidas de acción directa, al obstaculizar el normal desarrollo de las actividades de producción de bienes o de prestación de servicios en las que los trabajadores se desempeñan, no sólo perjudican al empleador sino que también afectan los intereses de los destinatarios de dichos bienes y servicios, es decir los consumidores o usuarios, forma elíptica de referirse al conjunto de la sociedad.

Así el conflicto no se analiza en el marco de oposición trabajadores-empleadores sino trabajadores-sociedad, donde los intereses de los empleadores, en una suerte de ilusionismo ideológico jurídico, son identificados con los intereses de la población en general mientras que los intereses de los trabajadores son vistos como sectoriales.

Este razonamiento inicial se materializa ya con mayor claridad en un párrafo posterior donde se afirma que el desarrollo de la huelga provoca una evidente tensión con el ejercicio de los derechos del empleador (libertad de comercio, de ejercer industria lícita, etc.) así como también con derechos de terceros o de la sociedad (de transitar, de enseñar y aprender, a la protección de la salud, a la adquisición de bienes para una adecuada alimentación y vestimenta, a la calidad y eficiencia en los servicios públicos, etc., todos bienes que también –lo destaca la Corte- cuentan con protección constitucional.

A este razonamiento podría oponerse la constatación de una historia de conflictos que no refleja precisamente ese cuadro.

Son numerosos los casos de huelgas de trabajadores docentes, de judiciales, de la salud, donde a la par de los reclamos salariales se demandan mejoras para los respectivos servicios, y también se registran conflictos donde estos mismos trabajadores ni siquiera reclaman por haberes sino por una mejor calidad educativa, o del servicio de justicia o de la prestación de salud, que en definitiva les significan mejores condiciones de trabajo, a contramano de políticas irresponsables que retacean presupuesto para las necesidades más básicas de la población.

Cuando los trabajadores del transporte colectivo de pasajeros realizan medidas de acción directa por el estado de las unidades no sólo defienden sus propios (legítimos) intereses sino los de todos los pasajeros que se trasladan en unidades inseguras por el deficiente mantenimiento empresarial¹. Cuando los trabajadores del vestido o

¹ A título de ejemplo, un caso entre otros tantos: en el año 2008 los trabajadores de la línea 60 de transporte colectivo de pasajeros promovieron un fuerte conflicto con la empleadora a raíz de la falta de mantenimiento de las unidades; denuncias ante la Comisión Nacional de Regulación del Transporte y la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, acompañadas de presiones gremiales, fueron elementos determinantes para forzar una inspección de todas las unidades con un resultado escandaloso: casi el noventa por ciento no estaba en condiciones adecuadas de seguridad (problemas en los sistemas de frenos, parabrisas no reglamentarios, problemas en los circuitos eléctricos, deficiencias mecánicas y en neumáticos) y debió abrirse un proceso de renovación de la flota (con cambios en la titularidad de la empresa) beneficiando así los trabajadores a los usuarios del transporte. Los trabajadores de la destilería de Shell en Dock Sud, a través de una comisión gremial interna, presentaron denuncia ante la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, la que constató el manejo inapropiado e inseguro de sustancias

gastronómicos, o de tantas actividades donde la precarización y falta de registración resultan moneda constante, impulsan medidas de acción directa en reclamo por sus condiciones de trabajo están defendiendo a la vez los intereses de toda la sociedad que se perjudica con la falta de pago de aportes de previsión y seguridad social y que debe afrontar con el presupuesto común de los hospitales públicos la atención de cientos de miles de trabajadores que por no estar registrados no cuentan con ART.

La lista es larga y escapa al objeto de este trabajo y supera la previsión de espacio, pero vale tener presente que un gran porcentaje de los conflictos que se producen en el mundo del trabajo tiene que ver con conductas patronales (tanto del empresario privado como del estado empleador) ilícitas y perjudiciales no sólo para los trabajadores de la respectiva actividad sino también para los intereses de la sociedad².

La sentencia de la Corte omite esta realidad y se adhiere al discurso dominante de la lógica del capital: los intereses de los trabajadores son siempre sectoriales y los de los empleadores son comunes al conjunto de la población³.

En este esquema introductorio fácil resulta sospechar el resultado del decisorio. Veamos ahora el posterior desarrollo argumental con el que los jueces del alto tribunal fundaron el fallo.

2.

Una vez conceptualizado el conflicto social, se pasa inmediatamente a analizar el derecho de huelga a través de una fragmentación primaria de lo que constituye la acción de llevar adelante una huelga.

Se afirma en el fallo que la huelga debe considerarse como acto colectivo en la deliberación que lleva a una agrupación de trabajadores a declararla para tutelar sus intereses, y una vez alcanzado el acuerdo sobre la huelga corresponde a cada trabajador un derecho subjetivo de realizarla. Concluyendo que el acto de proclamación es una condición previa para que surja el derecho del particular a abstenerse del trabajo o a retacearlo y que mientras este último es individual aquel acto inicial es necesariamente colectivo.

En este sentido, se señala en el fallo que el ejercicio del derecho de huelga exhibe dos facetas: una individual que se identifica con el derecho del trabajador singular de adherirse o no a una huelga declarada, y otra indudablemente colectiva, que es el llamado o convocatoria a una huelga. Agregando que fijar reivindicaciones, declarar o poner fin a la huelga, o negociar la solución del conflicto son atribuciones que necesariamente se ejercen a través de una agrupación de trabajadores, es decir colectivamente.

riesgosas, algunas cancerígenas y otras inflamables, que perjudicaban a toda la población de la zona. Los trabajadores del transporte subterráneo de Buenos Aires en varias oportunidades realizaron medidas de fuerza por problemas serios de seguridad en las formaciones y vías que no sólo ponían en riesgo las vidas de trabajadores sino también de los pasajeros. La lista es amplia y bien podría ser motivo de un estudio detallado de todos los casos registrados, lo que permitiría comprobar la endeblez del argumento de la identificación de los intereses del empleador con los de la sociedad.

² Por otra parte cabe también señalar que “la sociedad” supuestamente perjudicada por los paros está compuesta a su vez mayoritariamente por otros trabajadores.

³ Ello guarda relación con el carácter de clase que *necesariamente* detenta el poder judicial en una sociedad de clases, lo que no significa que no haya pronunciamientos que no rompan en mayor o menor medida con esa lógica: el ámbito de la justicia es uno de los espacios donde permanentemente se dirimen conflictos que se explican por intereses de clase antagónicos.

A continuación se plantea que es evidente que el ejercicio del derecho colectivo de declarar una huelga condiciona el ejercicio del derecho individual de adherirse o no a ella en un sentido material y en un sentido formal. En un sentido material porque no es posible adherir a una huelga no convocada y en un sentido formal porque el ejercicio individual será legítimo si legítima fuera la convocatoria de la huelga.

En una interpretación exactamente inversa a la lógica desarrollada por la Corte, el Tribunal Constitucional de España afirmó expresamente en su decisorio 11/1981 que el derecho de huelga es un derecho de titularidad individual pero de ejercicio colectivo, lo que viene a significar que la decisión de hacer o no huelga corresponde estrictamente al trabajador individual pero el ejercicio del derecho requiere del concurso de otros trabajadores pues la huelga de un solo trabajador no es tal sino que constituye incumplimiento contractual.

Una lectura atenta de ambos pronunciamientos permite advertir no sólo la abierta oposición en el razonamiento entre uno y otro sino también, y fundamentalmente, la subjetividad que subyace en los mismos y lo arbitrario de la distinción.

Esta distinción entre proclamación como derecho colectivo y ejecución de la huelga como derecho individual (o la caracterización inversa del tribunal constitucional español) no resiste el menor análisis y se explica en los reiterados intentos de contractualizar la huelga modificando su esencia de fenómeno de resistencia social, alterando su real naturaleza jurídica.

Es que cualquier huelga se decide, proclama y ejerce en forma colectiva, resultando impensable y contradictorio con la naturaleza de la misma su ejercicio individual en cualquiera de sus etapas. Tal distinción, de una desconexión absoluta con la praxis, daría lugar a asombro y burla en la misma clase trabajadora que siglos atrás pensó y construyó la huelga como medida de resistencia colectiva ante las conductas patronales abusivas: no existe trabajador que piense la huelga como ejercicio individual; eso sólo es imaginable en alguna doctrina que fácilmente distorsiona la realidad de modo de encuadrarla en las necesidades de los intereses que representa.

Se confunde aquí el sentido de lo colectivo y lo individual, omitiendo que lo colectivo no es ni puede existir al margen o por fuera de lo individual. El acto colectivo es más que la suma de las individuales pero no existe como tal al margen de esa sumatoria, en una relación dialéctica compleja que no admite la disección pretendida.

Lo individual se hace necesariamente colectivo al decidir y realizar una huelga, tanto en su proclamación como en el ejercicio concreto de la misma, y sólo se mantiene como acción individual pura justamente en los casos de no adhesión a la medida⁴, porque es ésta la que le da el carácter colectivo a la conducta individual de cada uno de los trabajadores que la deciden y llevan a cabo.

La huelga se decide, se proclama, se ejerce, se negocia y se levanta colectivamente y a la vez esa decisión colectiva se construye desde la raíz de la participación individual de cada sujeto, sin la cual es impensable lo colectivo.

Cabe agregar que si una medida de acción directa es impuesta por una mayoría de trabajadores a uno o unos trabajadores como individuos la misma pierde licitud como tal⁵ pero aun así quienes impusieran la medida configurarían un colectivo y no meramente una sumatoria mayor de individualidades.

⁴ Aunque aún en estos casos podría tratarse de una acción de carácter colectivo de la minoría, trascendiendo también lo individual.

⁵ Lo que no significa necesariamente que pierda legitimidad como hecho social de resistencia. El conflicto social, el enfrentamiento de clases, suele ser muy duro y los trabajadores a veces se juegan

Es claro que la huelga se piensa como acto colectivo y en ese sentido resulta autocontradictoria cualquier referencia a una huelga de un trabajador⁶.

Pero eso solo significa que se conceptualiza el ejercicio de una medida de acción directa en el marco de una organización o asociación de trabajadores, que no necesariamente debe tener carácter de permanencia y muchos menos constituir obligadamente una persona jurídica, ya que puede ser producto de una contingencia puntual, como es el caso de cualquiera de los cientos de conflictos colectivos que llevan a cabo miles de trabajadores en nuestro país sin apoyo de sus sindicatos⁷. Al respecto se ha señalado acertadamente que la tesis restrictiva sobre la titularidad del derecho de huelga (la que sostiene la Corte en *Orellano*) obliga a trabajadores no afiliados que necesitan o quieren realizar una huelga a afiliarse a la entidad sindical y luego convencer a su dirección de que la lleve adelante, lo que vulnera el principio de libertad sindical y constituye por otra parte un absurdo evidente⁸.

Señala Cornaglia que en la falsa antinomia entre derechos individuales y colectivos con referencia a la huelga, se monta la estructura deslegitimadora de la conducta de los huelguistas, que quedan sin protección⁹.

3.

El razonamiento de la Corte en este punto se complementa con las citas doctrinarias del italiano Santoro Passarelli y de los españoles Sala Franco y Albiol Montesinos, pero aislando las mismas de los contextos normativos en que fueron pensadas y planteadas.

Tanto en el derecho colectivo italiano como en el español es cierto que existen ciertos requisitos en lo que hace a la decisión o proclamación de una medida de acción directa, pero estos tienen que ver con distintas formalidades¹⁰ y no con la titularidad del derecho: en ambos ordenamientos jurídicos la titularidad del derecho de huelga reside en los trabajadores como colectivo pero no necesariamente en sindicatos o asociaciones con personerías jurídicas.

Cuando los autores citados se refieren a la necesidad de que la huelga sea proclamada por un acto colectivo no están haciendo mención necesariamente a una organización sindical inscripta o reconocida, previendo en ambos casos que la misma sea decidida por colectivos espontáneos de trabajadores, lo que permite advertir la distorsión en la sentencia del sentido de sus planteos.

demasiado en la decisión de llevar adelante una medida de acción directa, lo que hace que a veces se presione a una minoría para evitar debilitar la acción colectiva –contracara apenas de la presión habitualmente más fuerte que hace a su vez la parte empleadora justamente en sentido contrario-. Esta presión entre los propios trabajadores puede ser legítima en algunos casos pero le hace perder licitud a la medida y expone al colectivo a sanciones.

⁶ Esto no significa que en casos puntuales no puede darse el fenómeno de un trabajador ejercitando de hecho a título individual su reclamo, incluso afectando la producción (por ejemplo, mediante la retención de tareas prevista en el CCCN), pero en todo caso se trata del ejercicio de otros derechos y garantías constitucionales, también sustentados en principios y normas que resguardan derechos fundamentales pero no encuadrables en lo que entendemos por conflicto colectivo.

⁷ Al respecto y con mayor detalle, Guillermo Pérez Crespo, *Cuestiones sobre el debate alrededor de la titularidad del ejercicio de huelga*, Ponencia Jornadas AAL, Mar del Plata 2015.

⁸ Rodolfo Capón Filas y Martha Rodríguez de Dibb. *Huelga. Una visión desde los derechos humanos*. Edit. Contexto.

⁹ Ricardo J. Cornaglia, *Derecho colectivo de trabajo*, tomo II, *Derecho de huelga*. Edit. La Ley.

¹⁰ Básicamente con los plazos y avisos previos.

4.

El análisis del art. 14 bis CN ocupa un lugar importante en la fundamentación de la sentencia, lo que es lógico, pero basta una lectura rápida para advertir que la interpretación que del mismo hace la Corte es sesgada y contradictoria¹¹.

Cabe señalar con carácter previo que la falta de norma constitucional explícita con anterioridad a la reforma de 1957 no obstaba al ejercicio del derecho de huelga por los trabajadores, reconocido en la realidad y por construcción jurisprudencial. Y, tal como lo señalara Bidart Campos¹², la inexistencia del 14 bis impedía la pretensión de limitar ese derecho a un solo sujeto activo excluyente de otros, es decir era correcto inducir el reconocimiento constitucional del derecho de huelga sin monopolizarlo en un sujeto único.

Señala el mismo autor que si bien el vocablo *gremio* puede prestarse a diversas interpretaciones, aún aquella que lo identifique al sindicato no puede ignorar la necesaria correlación del artículo con todo el texto constitucional, especialmente con el art. 33 CN sobre *derechos implícitos*.¹³ Es que aún si se aceptara la acepción que en el fallo se hace del término *gremio* no existe razón alguna en derecho para negarles a su vez el derecho a los trabajadores como colectivo espontáneo ante una necesidad concreta determinada.

No deja de sorprender en este punto la lectura sesgada que hace el tribunal de las actas de la reforma constitucional de 1957, no sólo omitiendo a algunos de los principales miembros informantes, redactores del artículo, prefiriendo citar frases de convencionales que opinaron en el plenario sin haber participado de la redacción, sino también distorsionando en grado extremo algunas posiciones, como la del convencional Jaureguiberry, al que mediante el recurso del recorte de sus dichos se le hace decir exactamente lo inverso a su posición. Se aprecia en el fallo una selección antojadiza de citas que pareciera dar idea de una posición mayoritaria interpretando que el derecho se concede a los sindicatos excluyendo a los trabajadores, lo que no es cierto¹⁴.

En el fallo se plantea también como una elemento de interpretación del término *gremio* el hecho de que en el diseño normativo del art. 14 bis el derecho de huelga se inserta en el segundo bloque, que contiene a juicio del tribunal el catálogo de los derechos reconocidos a las entidades gremiales, inmediatamente luego de la disposición final del primer bloque que reconoce el derecho de sindicación de los trabajadores.

¹¹ Cabe mencionar que el tribunal se aparta notoriamente del significado del término *gremio* en el diccionario de la Real Academia Española. Si bien se ha pronunciado en reiteradas veces la Corte sosteniendo que el significado literal del vocablo no obliga necesariamente a los jueces, cierto es que no existe ninguna acepción del diccionario que equipare *gremio* a *sindicato*, y que también se ha dicho que el apartamiento debe tener razón en el hallazgo de un sentido más valioso del concepto (CSJN, *Aveiro c/ Consolidar*, diciembre de 2008), lo que resulta en extremo discutible en este caso, salvo que resignemos a aceptar como más valioso lo conveniente a los intereses del capital.

¹² Germán Bidart Campos, *Manual de la Constitución Reformada*, tomo II, Edit. Ediar.

¹³ Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.

¹⁴ Néstor Sagües señala que si bien el debate fue confuso la posición mayoritaria fue a favor de concepto de *gremio* como colectivo de trabajadores. Esa misma interpretación ha sido sostenida históricamente por amplia doctrina: Krotoschin, Cabanellas, Nápoli, Vázquez Vialard, Fernández Madrid, Capón Filas, Cornaglia, Arese, Goyena, López, Ramírez Bosco, y otros, incluso algunos de los que manifiestan sus dudas sobre la conveniencia de la misma.

Es de señalar que en realidad mientras el primer párrafo expresa los derechos del trabajador como individuo¹⁵, el segundo párrafo se refiere a los *derechos de carácter colectivo* (huelga, negociación colectiva, protección del representante gremial) *que no es lo mismo que derechos de los sindicatos o entidades gremiales*. El propio tribunal tiene en la última década una rica historia de pronunciamientos de tutela de activistas no como representantes orgánicos de un sindicato con o sin inscripción sino como representantes gremiales de hecho de trabajadores¹⁶, en nuestro país se registran numerosas experiencias de conciliaciones ante la autoridad administrativa en conflictos no convocados por sindicatos y existe una larga tradición de negociación colectiva por fuera del régimen de paritarias de la ley 14.250, con acuerdos negociados por cuerpos de delegados o por trabajadores organizados en forma espontánea e inorgánica y que son reconocidos por la autoridad de aplicación y la justicia, derechos a los que se les ha reconocido históricamente la protección constitucional del art. 14 bis¹⁷.

Agrega el tribunal en su pronunciamiento que desde una perspectiva de análisis integral de la norma constitucional es indudable que la titularidad del derecho a declarar una huelga pertenece a un colectivo de trabajadores organizados en función de intereses comunes, no al trabajador individual *ni a cualquier grupo de trabajadores*. Qué quiere decir con esto? Porque del texto de la norma no se desprende en absoluto que el grupo de trabajadores deba contar con inscripción como persona jurídica y que se sepa los grupos de trabajadores que impulsan huelgas tienen un interés común vinculado a su realidad laboral¹⁸.

Cabe agregar por otra parte que no existe en el ámbito de las relaciones colectivas de trabajo una norma similar o equiparable a la del art. 22 CN que limite el ejercicio efectivo en forma directa por parte del pueblo de determinados derechos políticos puestos en cabeza de sus representantes¹⁹.

Se agrega en el fallo un elemento que resulta sorprendente: en el entendimiento de los jueces debe reconocerse el derecho de huelga a aquellas entidades profesionales que surgen como fruto del despliegue del derecho a la *organización sindical, libre y democrática*, reconocido en función de la *simple inscripción en un registro especial*, dando a entender que no se justifica reconocerle en forma directa tal garantía a los trabajadores cuando resulta tan sencillo formar un sindicato.

¹⁵ Incluso el de formar organizaciones sindicales, que es a la vez derecho individual y colectivo pero que aparece en el art. 14 bis enfocado básicamente como garantía al trabajador como persona individual.

¹⁶ Entre otros *Cejas, Adrián c/ Fate* (26/3/2013), donde se declaró la nulidad del despido discriminatorio de un activista, representante gremial de sus compañeros que no tenía cargo de representación formal en un sindicato, ya sea con personería gremial o simplemente inscripto.

¹⁷ Por otra parte cabe aclarar que en derecho comparado estas garantías son reconocidas a colectivos de trabajadores sin personería ni inscripción en varios ordenamientos jurídicos.

¹⁸ Salvo que los jueces interpreten que las huelgas llevadas adelante por fuera de sindicatos son impulsadas por grupos de trabajadores nucleados alrededor de la organización de las fiestas de carnaval u otro evento de ese tipo. De otro modo la frase resulta inentendible porque justamente el problema interpretativo radica alrededor de las medidas de acción directa decididas y llevadas adelante por grupos de trabajadores organizados alrededor de un interés común concreto y preciso vinculado a su realidad laboral, con carácter de permanencia o no pero sin contar con inscripción gremial o jurídica. La trampa argumental reside justamente en el salto conceptual de *grupos organizados alrededor de un interés común a sindicatos reconocidos por la autoridad administrativa*, diferencia no menor que el tribunal parece o pretende pasar por alto.

¹⁹ Tampoco aparece en nuestro derecho positivo norma alguna que permita suponer inaplicables las reglas del mandato, donde el mandante puede actuar en forma directa de ser necesario.

Resulta difícil evitar preguntarse si realmente los jueces que dictaron el fallo *Orellano* creen que es posible en nuestra realidad un sindicato mediante la *simple inscripción en un registro especial*. Si bien la profunda crisis del sindicalismo en la Argentina ha llevado a la creación de numerosos sindicatos alternativos, cierto es también que más de mil sindicatos están intentando la *simple inscripción* desde hace años y muchos de ellos debieron recurrir a la justicia del trabajo para forzar la misma²⁰.

En nuestra praxis no existe la *simple inscripción* que menciona el art. 14 bis y esto es de dominio público tanto en el ámbito gremial como en el fuero judicial del trabajo y parece poco creíble que no sea del conocimiento de la Corte²¹.

Por otro lado, el argumento no resiste el menor análisis: si un empleador no cumple en forma adecuada con las normas de seguridad o atrasa el pago de sueldos u hostiga a sus trabajadores y estos no consiguen que la dirección del sindicato llame a una huelga deben –conforme el insólito criterio de la Corte- constituir necesariamente un nuevo sindicato. Tal hipótesis raya en el absurdo y permite comprender la manifiesta endeblez del razonamiento.

5.

Hace hincapié el tribunal en que la normativa proveniente de la Organización Internacional del Trabajo es confusa, discutiéndose aún si la norma del art. 3 del Convenio 87 incluye el derecho de huelga y señalando que refiere a organizaciones sindicales y no a trabajadores.

Es cierto que la normativa de la OIT resulta contradictoria y ambigua; obviamente tal carencia tiene relación con la dificultad, en una organización de carácter tripartito de las características de la OIT, en avanzar en temáticas tan vinculadas al conflicto social, que afectan en forma directa una multiplicidad de intereses que hacen a la reproducción del mismo modelo político social.

En 1948 el convenio 87 sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicalización consagró en su art. 3º el derecho de las *organizaciones de trabajadores* de formular su programa de acción, entendiéndose incluido en tal concepto el derecho de huelga²².

En el art. 10 del convenio se aclara que el término *organización* comprende toda organización de trabajadores o de empleadores que tenga por objeto fomentar y defender los intereses de los trabajadores o de los empleadores. En el marco de esta definición quedan comprendidos tanto los sindicatos inscriptos como personas jurídicas, como aquellos que no lo son (caso Bélgica), incluyendo las coaliciones espontáneas de trabajadores que se organizan para un conflicto determinado (caso España, Francia, Italia, México, Brasil, Uruguay y Perú, por dar algunos ejemplos).

²⁰ Es bien conocido que la autoridad de aplicación decide política y arbitrariamente a quienes les reconoce la posibilidad de la inscripción gremial y a quienes no.

²¹ Un dato no menor es que el Ministerio de Trabajo rechaza cualquier trámite de inscripción gremial donde los fundadores del nuevo sindicato no acrediten en forma debida su actividad a través del CUIL e informe de la ANSeS, lo que deja afuera a los trabajadores no registrados, incluyendo los precarizados a los que se hace aparecer como monotributistas, a todo los cuales los fundamentos del fallo *Orellano* excluyen del derecho de huelga.

²² Aunque los representantes del sector empresario vienen impulsando un intento de revisión de tal conclusión, sosteniendo que el derecho de huelga no se encuentra comprendido dentro del plexo de derechos reconocidos en el convenio 87 y que no son obligatorios en tal sentido los pronunciamientos de la Comisión de Expertos (CEACR) ni los del Comité de Libertad Sindical (CLS).

Es que en la experiencia del derecho social internacional, los sindicatos no son siempre personas jurídicas, y el término *organizaciones* excede en mucho lo que nosotros habitualmente conceptuamos como asociaciones sindicales²³.

A partir del citado convenio los órganos de interpretación constituidos para el control de la aplicación de las normas de la OIT, el Comité de Libertad Sindical (CLS, desde 1952) y la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR, desde 1959), han reconocido el derecho de huelga como *derecho fundamental de los trabajadores y sus organizaciones*²⁴.

Se destaca en el fallo que el Comité de Libertad Sindical se ha pronunciado al respecto afirmando que no parece que el hecho de reservar exclusivamente a las organizaciones sindicales el derecho de declarar una huelga sea incompatible con las normas establecidas en el convenio 87 (CLS párrafo 361, entre otros pronunciamientos similares). Pero ello no permite en modo alguno concluir que el convenio reserva exclusivamente el derecho a las organizaciones sindicales con personería jurídica y lo que omite el tribunal en el caso *Orellano* es que justamente no hay en nuestro derecho positivo norma alguna que reserve exclusivamente ese derecho a las organizaciones sindicales, salvo que se tenga por tal la que acaba de crear pretorianamente la propia Corte.

Se produce aquí la misma cuestión que con el art. 14 bis CN: de varias lecturas posibles la Corte opta por la más restrictiva y añade como criterio interpretativo que lo que no está expresamente permitido no es lícito²⁵.

6.

En lo que hace al examen de las normas de derecho internacional de los derechos humanos, el tribunal reproduce el mismo mecanismo: de todas las interpretaciones posibles recoge la más restrictiva, aun forzando la interpretación de algunos textos.

Cita la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales (Bogotá 1948) para afirmar que *inmediatamente después de referirse al derecho de sindicalización se señala sin aclaración alguna que los trabajadores tienen derecho a la huelga*, cuando del texto de los arts. 26 y 27 se desprende en forma manifiesta que los trabajadores tienen el derecho a sindicalizarse (26) y los trabajadores tienen el derecho a la huelga (27), expuestas ambas garantías en forma separada, autónoma y sin vinculación necesaria entre sí. No falta ninguna aclaración, la que reclama la Corte sólo se sustenta en la necesidad de explicar lo inexplicable.

El mismo mecanismo interpretativo insólito se reproduce al analizar la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Protocolo de San Salvador²⁶, como si el

²³ Asociaciones con personería o con inscripción gremial.

²⁴ Gernigon, Otero y Guido, *Principios de la OIT sobre Derecho de Huelga*, en Revista Internacional del Trabajo – 2000.

²⁵ Parece abandonar así la manda constitucional del párrafo final del art. 19: *Ningún habitante de la nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe*.

²⁶ Respecto de este último destaca que el derecho de huelga aparece mencionado en el capítulo “*Derechos Sindicales*” pero omite que el texto reconoce el derecho de huelga a *todos los trabajadores y sus organizaciones sindicales*, que no es lo mismo que a las organizaciones sindicales de trabajadores. La misma fórmula es utilizada en la Declaración Sociolaboral del Mercosur en cuyo art. 11 se expresa que *todos los trabajadores y las organizaciones sindicales* tienen garantizado el ejercicio del derecho de huelga.

hecho de que el derecho de huelga se exponga en artículo seguido o cercano al de derecho de sindicalización generara un vínculo necesario entre ambas garantías.

7.

De una lectura atenta del fallo cabe concluir que la Corte no analizó realmente el art. 14 bis de la constitución, las normas de la OIT ni los tratados y pactos internacionales sobre derechos humanos y sociales para decidir sobre la titularidad del derecho de huelga sino que decidió sobre la misma y luego adaptó los textos de aquellas a su decisión, no vacilando en forzar la interpretación en algunos puntos de modo de hacerles decir a las normas lo que no dicen y omitir lo que realmente dicen.

Es por lo menos discutible el razonamiento que deduce de la cercanía en el articulado de las normas entre derecho de sindicalización y derecho de huelga la conclusión que supedita este último a su declaración por una organización sindical reconocida por la institucionalidad estatal.

Derecho a sindicalizarse y derecho de huelga están íntimamente unidos pero la deficiencia argumental salta a la vista cuando se advierte que en realidad el derecho a constituir una organización sindical ha nacido como consecuencia del ejercicio del derecho de huelga por parte de los trabajadores, derecho éste que ha precedido a aquél y ha constituido su condición histórica necesaria, y no a la inversa como parece pretender la Corte.

No está en discusión que ambos derechos presentan una ligazón estrecha al punto de ser caras de una misma realidad, pero ello en la concepción que –tal como lo hace el art. 10 del convenio 87 de la OIT- reconoce como organización sindical titular de derechos a toda asociación de trabajadores alrededor de un interés colectivo común, con o sin inscripción, con carácter de permanencia o no.

Lo que resulta inadmisibles en nuestro ordenamiento jurídico es derivar de la relación entre organización colectiva de trabajadores y derecho de huelga la necesidad de que la misma sea declarada por un tipo específico de organización colectiva, el que cuenta con reconocimiento expreso de la institucionalidad estatal.

Corte²⁷ plantea que de la experiencia histórica y comparada del movimiento sindical y su acción resulta posible inducir que ni la defensa del interés de los trabajadores se agota exclusivamente en la figura del sindicato, ni éste, como forma organizativa específica, constituye un elemento constante, necesario y excluyente para el desarrollo de una acción orientada a ese objetivo, agregando que aunque la asociación sindical sea la forma estructural más difundida y relevante, el ejercicio de la autonomía colectiva se ha manifestado en otras modalidades orgánicas, formaciones o grupos que también son o han sido instrumentos idóneos para expresar una voluntad colectiva homogénea, actuando como canales de representación del interés de sus miembros, alternativos o concurrentes.

Entre otros ejemplos cita las *agrupaciones presindicales*, la *coalición*, forma colectiva espontánea y transitoria, de carácter informal, a que los trabajadores recurren para afrontar un determinado reclamo o conflicto, y los que denomina *organismos parasindicales*, tales como las asambleas o consejos de fábrica, los consejos o comités de empresa, los comités de huelga, las comisiones o cuerpos de delegados, los que también ejercitan, paralelamente o al margen de los sindicatos la titularidad de

²⁷ Néstor Corte, *El modelo sindical argentino*, edit. Rubinzal Culzoni.

poderes propios de la autonomía colectiva que se consideran comprendidos dentro del amplio concepto de libertad sindical²⁸.

8.

Dentro de la sustancia claramente regresiva de la sentencia, cabe rescatar siquiera dos aspectos positivos.

Uno tiene que ver con el reconocimiento de la titularidad del derecho de huelga a los sindicatos con simple inscripción, es decir carentes de personería gremial.

Tal conclusión no sorprende y se inscribe en lo mejor de la doctrina sobre derecho colectivo que ha dado esta Corte junto a la tutela antidiscriminatoria²⁹.

El otro punto ha pasado más desapercibido y no carece de importancia. Tiene que ver con el reconocimiento explícito de algunas medidas de acción directa –paros intermitentes, trabajo a reglamento, trabajo a desgano- como asimiladas al derecho de huelga.

Esta mención parece descalificar aquella jurisprudencia que ha venido sosteniendo que tales medidas de acción directa no constituyen propiamente una huelga y en consecuencia se encuentran excluidas de la tutela de la garantía del 14 bis CN³⁰.

9.

Con anterioridad al fallo *Orellano* planteaba ya César Arese³¹ determinadas situaciones en que aún desde la posición restrictiva de la titularidad del derecho de huelga se debía reconocer la misma en forma directa a los trabajadores. El ejemplo más emblemático es el conocido fallo *Leiva c/ Swift Armour*³², donde se consideró lícita una huelga llevada adelante por trabajadores por fuera de su sindicato en un período (el de la dictadura militar) en que la actividad sindical estaba prohibida.

En la nueva realidad que se perfila a partir del precedente *Orellano*, cabe intentar siquiera una aproximación respecto de aquellas situaciones en que debería ser considerada lícita una huelga, al margen obviamente de la declarada por el sindicato con o sin personería gremial.

Se trata de los casos de huelgas convocadas por:

-Seccionales, estructuras sindicales que son y no son propiamente sindicatos pero que habitualmente actúan como tales y tienen a veces más afiliados que muchos sindicatos y un alto nivel de representatividad. No debería haber duda en cuanto a que las seccionales no son propiamente meros colectivos inorgánicos o espontáneos de trabajadores.

²⁸ Corte, ob. cit.

²⁹ Esta última lamentablemente en riesgo.

³⁰ Si bien en retroceso en el último período, tal interpretación persiste en algún sector de la doctrina y jurisprudencia. Entre otros, CNAT, Sala I. *Rocha c/ Ducilo*, 21/6/83; SCBA, *Almirón c/ Bertrán Hnos*, 7/8/79; CNAT, Sala I, *Estevez c/ Clío S.A.*, 14/6/88. Sobre el tema, desde una posición crítica, Ricardo J. Cornaglia, ob. cit., y desde una óptica diferente Eduardo Álvarez, *Conflicto colectivo y derecho de huelga*, en VVAA Derecho colectivo del trabajo, edit. La Ley.

³¹ César Arese. *Derecho de los conflictos colectivos de trabajo*, edit. Rubinzal Culzoni. Este autor hace un interesante recorrido por diferentes situaciones posibles; hoy se hace necesario actualizarlo a raíz del fallo en análisis.

³² SCJBA, 1984.

-Comisiones gremiales o cuerpos de delegados, que tampoco pueden considerarse colectivos inorgánicos o espontáneos; con más razón si cuentan ya con un reconocimiento por parte del empleador, con quien firmaron acuerdos o pactaron de hecho determinadas condiciones de trabajo o premios.

-Comités gremiales que bajo distintas denominaciones carecen, a diferencia de los casos anteriores, de la formalidad institucional prevista en la ley 23.551, pero que han venido, como en el supuesto precedente, siendo reconocidos por el empleador como interlocutores válidos, negociando y pactando con el mismo mejoras o cambios en condiciones de trabajo³³.

-Trabajadores que iniciaron y están tramitando la *simple* inscripción de un nuevo sindicato, con un trámite que se ha demorado meses o años; más allá de no haber obtenido aún el reconocimiento estatal no parece admisible referirse a ellos como meros grupos espontáneos formados alrededor de un interés común.

-Trabajadores que consiguen la adhesión de una central sindical³⁴, que convoca a la huelga con ellos y les da apoyo.

-Trabajadores que deben enfrentar una situación de fuerza mayor y se ven obligados a realizar una huelga ante situaciones extremas, por ejemplo al descubrir una deficiencia en la política de seguridad de la empresa que puede significar un riesgo para sus vidas o que se ven obligados a reclamar por un cambio sustancial en las condiciones de trabajo que constituye una injuria grave ante la cual no puede ser salida obviamente el despido indirecto.

-Trabajadores que reclaman en forma fehaciente³⁵ a la dirección de su sindicato y con motivos fundados que convoque a una huelga sin obtener respuesta o encontrando un rechazo a su pedido.

-Trabajadores no registrados (en negro) imposibilitados de afiliarse por decisión del sindicato.

Esta lista constituye apenas sí un ensayo de exploración de distintos casos donde el fallo *Orellano* no debería constituir obstáculo para convocar lícitamente a una huelga.

En estos supuestos los trabajadores deberán analizar cuidadosamente la relación de fuerzas y los riesgos, y desde los abogados corresponderá asesorar con responsabilidad sobre las distintas alternativas posibles.

10.

La sentencia de la Corte en el caso *Orellano* constituye un evidente mensaje para el conjunto de la sociedad y en especial para los trabajadores.

En un expediente donde el debate sobre la titularidad del derecho de huelga resulta casi marginal y sólo adquiere cierta dimensión a raíz de un discutible encuadramiento de la litis en el fallo de segunda instancia, la Corte ha decidido tomar posición y

³³ Este ejemplo, bastante habitual por cierto en la praxis colectiva laboral en nuestro país, es planteado por Arese (ob. cit.).

³⁴ Este ejemplo parece interesante en virtud del ofrecimiento formulado en forma abierta por la CTA Autónoma a todos los trabajadores, ofreciéndose en tal sentido.

³⁵ El ejemplo podría ser la remisión de una carta documento a la dirección del sindicato exponiendo el grave problema que los obliga a recurrir a una huelga y reclamando convoque a la misma. ¿Puede ser admisible privarles del reconocimiento de ese derecho si el sindicato no responde o se niega?

pronunciarse en forma explícita sobre un tema complejo que no casualmente ha dividido aguas en la jurisprudencia laboral durante décadas³⁶.

La decisión de pronunciarse expresamente sobre el ejercicio del derecho de huelga va acompañada por otra: la de efectuar un desarrollo doctrinario extenso como forma de fundar jurídicamente el desconocimiento a los trabajadores, por fuera del sindicato como persona jurídica o gremial, de la facultad de convocar a una huelga.

En ese sentido el mensaje adquiere una doble dimensión: por un lado el hecho de pronunciarse sobre el punto cuando podría haberlo evitado, y por el otro el amplio desarrollo argumental tendiente a darle solidez a lo resuelto.

Desde alguna doctrina, por cierto con valiosos aportes críticos al decisorio de la Corte, se ha dicho que en definitiva las huelgas se ganan o se pierden conforme las fuerzas de las partes más allá de lo que diga la justicia, verdad de Perogrullo que no aporta mucho y puede dar lugar a confusión: si bien es cierto que los conflictos se ganan o se pierden por relación de fuerzas también lo es que el derecho no reemplaza la relación de fuerzas pero la integra, y muchas veces no en menor proporción.

La sentencia de la Corte en el expediente *Orellano* constituye otra señal preocupante del rumbo que viene adquiriendo la jurisprudencia del tribunal, en evidente coherencia con el devenir del conflicto político y social en los últimos años.

Guillermo E. Pérez Crespo
Bs As, junio de 2016

³⁶ Se ha señalado el hecho de que esta sentencia fuera dictada por una Corte compuesta por tres miembros; si bien son tres los votos necesarios para conformar mayoría, la ley vigente establece un número de cinco para intervenir en cualquier caso, por lo que pareciera que el tribunal debería haberse integrado con dos conjueces.