

Aportes para el estudio de la tutela sindical en el régimen jurídico vigente

POR ADOLFO NICOLÁS BALBÍN (*)

Sumario: I. A modo de introducción: definición y causa fin de la tutela sindical. — II. Orígenes del modelo sindical argentino. Breve reseña. Constitución paulatina de la propiedad social de los trabajadores. — III. La estabilidad y la teoría de las tres propiedades del trabajador. — IV. Sistemática de la ley 23.551. Incongruencia. — V. Reconocimiento legal de la tutela sindical. Algunas líneas. La tutela como forma de propiedad del cargo. — VI. Incongruencias de la ley en materia de tutela. Crisis. Ampliación del alcance inicial de la ley. Doctrina y jurisprudencia. — VII. Una lamentable y peligrosa regresión: el fallo “Orellano” de la CSJN. — VIII. Conclusiones. — IX. Bibliografía.

Resumen: el presente artículo constituye un sencillo pero claro intento para comprender algunos alcances del instituto de la tutela sindical en el derecho argentino, y a la vez contribuir para su progresiva ampliación, para lo cual trabajaremos con la ley 23.551 que regula de manera principal lo atinente al derecho de las asociaciones sindicales en nuestro país. Sin perder de vista también otras fuentes basales del derecho del trabajo igual o más importantes incluso que la antedicha disposición legal, todo con el afán de nutrir progresivamente nuestros conocimientos acerca de uno de los institutos más importantes de la rama jurídica seleccionada y con ello, construir nuevas conclusiones que a futuro, sirvan para proveer nuevas y mejores herramientas de protección a los trabajadores que son los grandes protagonistas de la historia y el sentido de nuestra disciplina.

Palabras claves: tutela - sindicato - trabajo

Contributions to the study of sindical custody of trade unions in the legal system in force

Abstract: *this is a simple but clear attempt to understand some reaches of the institute of trade union protection under Argentine law, while contributing to its progressive expansion, for which we will work with Law 23.551 that regulates main way it pertains to the right of trade unions in our country, without losing sight also other baseline sources of labor law equally or more important even than the above legal provision, all with the aim of progressively nurture our knowledge about one of the most important institutes of the branch legal selected and thus build new findings that in the future, serve to provide new and better tools to protect workers who are the protagonists of history and the meaning of our discipline.*

Keywords: *tutela - union - labor*

I. A modo de introducción: definición y causa fin de la tutela sindical

No es casual la utilización de un término propio del derecho de las obligaciones para titular este apartado, pues aquí el objeto es exponer algunas ideas que den cuenta sobre la razón de existencia y el objeto principal del reconocimiento de la llamada tutela sindical constituida como herramienta

(*) Prof. Adjunto Derecho Social, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP.

jurídica de protección nacida de un vínculo jurídico obligacional llamado contrato de trabajo, desenvuelto en particulares circunstancias.

En líneas generales, podemos decir que la tutela sindical es un derecho con que cuentan ciertos trabajadores llamados a cumplir funciones de representación —o similares—, de un grupo de obreros, y que se traduce lisa y llanamente en el goce de la estabilidad en su puesto de trabajo por un cierto período de tiempo, o el poder de protección llamado a enervar cualquier conducta tendiente a extinguir su contrato de trabajo, o bien suspenderlo o modificarles algunas de sus condiciones pactadas inicialmente, siempre que no se de alguna causal que justifique, en su caso, proceder de manera contraria al derecho enunciado, todo dentro de los estrictos parámetros legales y constitucionales que tienden siempre a evitar una conducta arbitraria contraria a un derecho de conquista como el explicado en este trabajo.

En este sentido expresa en buen y claro sentido el profesor Ricardo Cornaglia que “en los estados sociales de derecho, la organización de la red de mandatos que constituye el sindicalismo, se fortalece mediante formas de protección establecidas por el instituto de la tutela sindical” (2010: 467).

Efectivamente, el derecho sindical, como rama jurídica perteneciente al derecho colectivo del trabajo, nacido con el afán de regular el fenómeno de agrupamiento o asociación de los trabajadores para la mayor y mejor protección de sus intereses profesionales individuales y colectivos, se hace de un instituto tan importante como la tutela sindical, a fin de resguardar a quienes, actuando en pos de la defensa de esos intereses de clase, se encuentran expuestos a sufrir las presiones provenientes tanto del Estado en sus diversas variantes, como de los empresarios, asociaciones sindicales, entre otros, que pueden afectarlo.

Es que la puesta en práctica de uno de los principios fundantes del derecho sindical, como es la libertad sindical, encuentra indefectiblemente trabas u obstáculos en el ejercicio de la militancia obrera, manifestándose éstas a partir de fuerzas o razones contrarias tanto de orden económico como también político, actuando en diversos momentos del ejercicio profesional como valedores contrarios a los intereses de la clase que se intenta resguardar en atención a sus especiales condiciones.

Así, siendo necesaria la asociación de los trabajadores a fin de poder negociar seriamente con un poder que se torna cada vez más avasallante y dominador, y a partir del reconocimiento de los intereses comunes con sus pares, de necesidades comunes insatisfechas, de iguales condiciones de miseria y explotación traducida después de un cierto tiempo en una verdadera conciencia de clase, paulatinamente fueron gestándose en ese colectivo nuevas formas de reivindicaciones y luchas que, pulidas, comenzaron a representarse como simples reuniones, para pasar luego a formas más desarrolladas que tendieron con el paso del tiempo a configurar las aristas principales de las actuales agrupaciones profesionales, en cuya agenda se incluye de manera permanente la discusión y planificación de ideas tendientes a lograr una mejora en las condiciones de la clase trabajadora.

Esta gesta del movimiento sindical, trajo como influjo la necesaria constitución de mecanismos de coraza, que protegieran a los que intervenían entre los obreros y los demás grupos de poder. Poco a poco este movimiento iba a dar sus frutos.

II. Orígenes del modelo sindical argentino. Breve reseña. Constitución paulatina de la propiedad social de los trabajadores

Mucho antes de la ley 23.551 que estructura el marco actual del sistema sindical argentino, y producto de las innumerables luchas y reclamos de los obreros organizados, se comenzaron a reconocer paulatinamente a los trabajadores ciertos derechos de carácter colectivo que sirvieron para dotar lentamente de legalidad, a un fenómeno que ya se venía gestando desde las masas obreras

desde muchas décadas atrás, y que sin duda fue fruto del desigual e injusto trato conferido por las clases dominantes de la sociedad y de la economía, apropiadores en parte ilegítimos de la energía corporal de una masa de obreros necesitada de empleo como fuente de sustento personal y familiar. Se fue consolidando lo que más adelante explicamos como la propiedad social de los trabajadores.

Así, fue en el año 1943 en que se dictó el decreto 2669/43 siendo ésta la primera normativa regulatoria de las asociaciones sindicales, disponiéndose así un marco general para la organización sindical local.

Es de destacar que hasta ese momento los trabajadores organizados resistieron cualquier intento de regulación normativa que proviniera del Estado y que tratara cuestiones profesionales de su clase, sobre todo en orden a la desconfianza que desde el sector obrero se tenía frente a cualquier disposición pública que los agendara.

Sin duda razones sobradas había para justificar tal comportamiento, más aún si se recuerda la sanción de la llamada Ley de Residencia en el año 1902 (vigente hasta el año 1958), por cuyo intermedio se implementó una política pública tendiente a desbaratar el movimiento sindical en gestación, a partir de la expulsión de aquellos trabajadores que provenían del extranjero y que, según la idea proveniente de ciertos sectores políticos de entonces, podían perturbar las masas obreras locales con la reproducción de ideas de corte revolucionaria o anarquistas.

En rigor de verdad, y sin adentrarnos en profundidad a un análisis que pueda exceder el objetivo de este trabajo, dicha ley otorgaba al Poder Ejecutivo una facultad sin duda inconstitucional tendiente a controlar el ingreso de extranjeros “cuya conducta comprometa la seguridad nacional o perturbe el orden público” (1), pero que en definitiva no fue más que una torpe respuesta al régimen de la huelga de los peones, estibadores y carreros con un claro fin desactivador de las organizaciones sindicales (Cornaglia, 2010: 45).

Varias décadas después a la mencionada ley, más exactamente en el año 1945, se sistematiza la primer normativa que otorga decisiva preeminencia a la entidad más representativa, a la cual se le reconoce el carácter de la personería gremial (Orsini, 2005): el decreto-ley 23.852, luego ratificado por la ley 12.961.

Es a partir de esa norma que quedan diferenciados tres tipos de asociaciones sindicales: sindicatos de hecho, simplemente inscriptos y sindicatos con personería gremial a los que la misma ley les reconoce prerrogativas diferentes.

En cuanto a esto, expresa el profesor Orsini (2005) que “El decreto 23.852/1945 estaba directamente influido por la normativa del régimen fascista italiano, régimen corporativo en el cual se vinculaba al sindicato con la organización estatal, de lo cual se derivaba la natural consecuencia de que la existencia y subsistencia de los sindicatos dependía de la voluntad del Estado”.

Es que el gobierno militar de 1945, y el posterior gobierno constitucional peronista, encontraban su poder inmediato en la masa de trabajadores organizados que, de la manera en que el sistema legal creado se los permitía, era directamente funcional a los intereses del poder de turno.

En efecto, con las regulaciones indicadas *ut supra*, en la década de los cuarenta se inició un modelo sindical rentable a la clase dirigente de entonces, sustentada sobre la fuerza proveniente de la gran masa de trabajadores que bregaban por el reconocimiento de nuevos y mejores derechos de clase, mucho de los cuales fueron consagrados en ese período, vertebrando indirectamente el modelo sindical de base unitaria que rige hasta nuestros días. Todo ello como forma de ampliar el

(1) Artículo 2° de la mencionada ley.

control sobre los obreros dependientes que, representados en definitiva por una asociación profesional, recibían las directivas de un sindicato de neto corte oficialista, coartando la posibilidad de gestar nuevas organizaciones sindicales.

En ese marco, se dictó el decreto 9270/1956 que pretendió imponer un régimen de pluralidad sindical en detrimento de la unicidad promovida por el anterior decreto 23.852, reconociendo igualdad de derechos a todas las asociaciones sindicales (Cornaglia, 2010: 76).

A la par del decreto mencionado, la convencional de 1957 incorporó el artículo 14 bis a la parte dogmática de nuestra Constitución, por cuyo intermedio se le reconoció a los trabajadores el derecho a una constituir una organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial, y la estabilidad de los representantes gremiales.

Sobre dicha base normativa y su arraigo social, ni siquiera la dictadura genocida que usurpó el poder durante los años 1976 a 1983 logró desarticular un modelo sindical ya impuesto en la realidad, en los hechos, no obstante la sanción de diversas normativas contra sindicales, como el decreto 9/76 que directamente las prohibía, o la denominada ley 22.105 que desarticulaba en casi su totalidad los derechos sociales reconocidos por la legislación anterior (Orsini, 2005).

III. La estabilidad y la teoría de las tres propiedades del trabajador

En la definición general aportada en el primer apartado del presente trabajo, dijimos que el efecto más importante que otorga la tutela sindical al representante gremial es el goce de la estabilidad en el puesto de trabajo, es decir le otorga una especie de propiedad.

En este panorama, nos parece interesante hacer mención a los tres tipos de propiedad con que cuenta el trabajador, para finalmente detallar cual es la preponderante frente al instituto en desarrollo y cuál es su sentido elemental.

Como se sabe, el derecho del trabajo se estructura sobre una relación de tipo asimétrica, pues se reconocen principales derechos o prerrogativas al empleador, a quien incluso se lo llega a identificar como el director de la relación laboral.

En efecto, el empleador es el titular de los medios materiales de producción y trabajo, que van desde los más sencillos enceres de labor hasta la propiedad del establecimiento en donde se reproduce el mando del capital sobre cualquier otro tipo de propiedad.

Ahora bien, participamos de la idea de quienes entienden que el trabajador también goza de propiedad, o de propiedades como se detallará seguidamente, las cuales si bien no siempre son advertidas o valoradas como tal por el sistema jurídico así como tampoco por la propia comunidad, constituyen sin embargo, la esencia del contrato de trabajo definido como tal.

De esta manera, entendemos que el trabajador es titular de tres tipos de propiedades, dos de corte individual —propiedad de su cuerpo o energía vital y propiedad de su puesto de trabajo—, y una tercera más de tipo colectivo o profesional, como es la propiedad denominada social.

Desde ahora dejamos aclarado que esta triple clasificación de los tipos de propiedades responde más a un criterio académico pedagógico que a puras concepciones jurídicas pero, no obstante ello, no dejamos de remarcar su utilidad a la hora de proyectar una nueva mirada de la disciplina social tendiente a proteger al sujeto más débil de la relación inmerso en un sistema económico que muchas veces lo aparta de los objetivos primeros que fueron tenidos en cuenta por la comunidad científica al momento de reconocer autonomía al derecho del trabajo como disciplina académica pero también humana.

A continuación, haremos un punteo respecto de los elementos más importantes que cualifican a cada tipo de propiedad, tal cual la identificación anterior.

III.1. La propiedad del cuerpo

Aunque puede resultar obvia la expresión con que se titula el presente apartado, creo que no lo es tanto en la medida en que el propio sistema económico en que campea el contrato de trabajo no brinda al obrero un perfecto reconocimiento de tal titularidad elemental a su condición de persona sino que, contrariamente, lo objetiviza, lo cosifica permanentemente, haciéndolo aparecer únicamente como un sujeto subordinado a las órdenes de otra persona a quien a su vez se reconoce como directora de la relación jurídica denominada contractual, deshumanizando respecto del trabajador el contenido mismo de la mentada vinculación.

Es elemental para el trabajador reconocer este tipo de propiedad. El mismo es titular de su cuerpo, de la energía vital con que se aceita diariamente el contrato de trabajo como relación de apropiación en tanto que, efectivamente, lo que hace el empleador no es alquilar un cuerpo para insertarlo en su proceso productivo, sino mas bien comprar diariamente aquello que únicamente el trabajador aporta a la relación de trabajo y que permite la existencia del contrato como tal. Claramente que dicha compra beneficia en mayor medida al capitalista, pues no sólo éste es retribuido finalmente con la venta de los frutos de la producción alienados a su vez éstos de los trabajadores (el trabajador en la actualidad muchas veces no ve el producto final en que intervino para su elaboración y posterior comercialización), sino que a su vez el beneficio del mismo es poder pagar esa energía humana no sólo a mes vencido, sino también de manera parcializada.

Y es que desde la teoría marxiana del plus valor (o por otros denominada plusvalía), el empleador abonada al obrero solamente una parte de la jornada de trabajo, un porcentaje de ella, acrecentando su riqueza con el restante pecuniario y constituyéndose éste a su vez, en uno de los principales incentivos de la explotación organizada.

Ahora bien, cabría preguntarnos desde cuándo el trabajador es considerado titular de su cuerpo o de su energía vital pues, como se sabe, los antecedentes inmediatos al actual contrato laboral definían la relación de apropiación sobre bases que distan de ser comparables con sus márgenes actuales, considerándose en sistemas precedentes al “subordinado” directamente como una cosa.

Sin duda alguna, la antedicha propiedad va de la mano con el nacimiento mismo del sujeto trabajador como protagonista de la historia hacia fines de la era moderna, con el nacimiento mismo del modelo industrial de producción.

No obstante lo anterior, y coincidiendo en el punto con lo mencionado por Robert Castel en una de sus obras, la sociedad pre industrial (e incluso la medieval), conocieron y desarrollaron formas diversas de situaciones salariales y de hecho el cuerpo de trabajadores manuales cumplía un papel muy importante en la evolución y desenvolvimiento del mercado de por entonces e incluso esa dependencia del mercado respecto de la mano de obra se acentuó de manera considerable a medida que la técnica y las sociedades fueron evolucionando paulatinamente, aunque como sigue el autor de mención, más allá del crecimiento cuantitativo del grupo de salariables, el mismo seguía siendo estructuralmente periférico con relación a las por entonces formas de la división del trabajo (2009: 140).

Y es que el salariado histórico antes mencionado formaba parte de un grupo social fragmentado, dividido, no solamente de manera territorial sino incluso profesionalmente, sobre todo en base a las férreas estructuras del sistema gremial existente en dicha época: limitado ingreso, limitado manejo de la producción, de la comercialización y, por sobre todo, de la profesionalización (fenó-

menos por algunos conocido como el de los salarizados fraccionales). El modelo de la *corvée* seguía siendo el preponderante (2).

Recién con el advenimiento del sistema industrial, el modelo de explotación servil imperante por entonces fue reemplazado pausadamente por la idea de un contrato o negocio jurídico que unía al empleador con su trabajador en base ya no a un vínculo férreo, sino tomando como parámetro una cierta libertad de sus miembros.

Claro que la idea de la libertad fue también una creación ficticia, una creación que impulsaron artificialmente de manera inicial quienes incentivaron el nuevo modelo económico que vendría a gobernar el mercado y con él la circulación de personas y mercancías, pues a través de la idea de la supuesta libertad de las partes contratantes se legitimaba al menos formalmente la apropiación muchas veces arbitraria de la fuerza de trabajo del sujeto trabajador. Y se dice arbitraria no solamente en remisión a la denominada teoría del plus valor —es decir el pago parcial del total del tiempo de prestación de servicios—, sino y más aún teniendo en cuenta las deplorables condiciones de trabajo a que eran sometidos los y las trabajadoras, lo cual hace pensar que más que el gobierno de la libertad, el tracto apropiativo de la energía humana se producía en reales condiciones de necesidad de la clase desposeída de los medios de producción de poder satisfacer sus necesidades elementales en una sociedad en cambio permanente, y en donde el trabajador no lo era solamente de un empleador aislado sino, y por sobre todo, de toda una clase propietaria (Perez Rey, 2004: 31).

Por lo anterior, concordamos con la idea expuesta por Castel en cuanto dice que el salariado no nació de la libertad ni del contrato, sino de la tutela.

En efecto, como se dijo anteriormente, tanto la idea de la libertad como la del contrato habían nacido por entonces como creaciones meramente artificiales para permitir crear el ambiente propicio en momentos en que se deseaba aumentar el flujo de circulación de mercaderías, por lo que en orden a la tutela como factor de liberación a que hicimos referencia en el anterior párrafo, consideramos que debemos encontrar más los primeros mecanismos de real protección de la clase trabajadora en el colectivo obrero aceitado paulatinamente a medida que el sistema fabril se desarrollaba, y no tanto en una política oficial estatal o prácticas profesionales impuestas por los empleadores. De ahí la escasa incidencia positiva que tuvo el modelo decimonónico del Estado liberal sobre la masa de trabajadores.

El salariado industrial se constituía paulatinamente en un estatuto social paradójico pues, más allá de su aparente libertad, lo cierto es que constituía un grupo social progresivamente inestable, menos seguro. Y es que el gran desarrollo de las ciudades y centros de producción, facultó al empresario para poder manejar la mano de obra a su antojo, tanto en orden a las tareas a desarrollar con independencia de sus edades, así como también sus regímenes de jornadas, salarios, condiciones de sanidad y demás. El ejército industrial de reserva le daba al propietario del capital tamaños privilegios.

Castel, citando a Geremek, apuntó que a través del instituto de la contratación laboral primitiva, la mano de obra se exponía en persona en el lugar de cumplimiento del pacto de trabajo, del mismo modo que las otras mercancías, los productos agrícolas o artesanales, y que la contratación era por entonces más una forma más de apropiación puntual de la persona, que un contrato jurídico de venta de la fuerza de trabajo (2009: 154).

En otro orden ideas, pero también relacionado como el sub título que nos convoca en este acápite, nos interesa verter algunas reflexiones sobre la propiedad del cuerpo y el principio de indemnidad.

(2) Este modelo hacía referencia a la división del dominio señorial en dos partes o sectores: el de la “reserva” —que consistía en un espacio de tierra directamente explotada por el señor feudal y los siervos—, y las “tierras de tenencia”, que eran trabajadas por siervos y eventualmente los esclavos que allí habitaban también.

Como se sabe, el principio de indemnidad es considerado como uno de los basamentos elementales y fundantes del derecho del trabajo (Cornaglia, 2001; Orsini, 2010), y sencillamente explicado, puede decirse que tiende a lograr un nivel de protección del trabajador contra los riesgos que hacia su persona le puede provocar el proceso de producción ajena; que el trabajador resulte indemne de los peligros que ocasiona o puede ocasionar la actividad del empleador. Vigencia también de la regla de la ajenidad en su doble sentido: ajenidad en las ganancias, ajenidad en las pérdidas.

Como expresa Ricardo Cornaglia, “no estando asociado el trabajador a la suerte del empleador en lo que hace a la apropiación y aprovechamiento que éste hace de su trabajo, la doctrina lo ajeniza a los riesgos de la actividad apropiatoria” (2001: 51).

Como se advierte, el principio sucintamente explicado tiende a proteger la persona del obrero, claro que ese objetivo bien formulado en abstracto muchas veces no se concretiza de manera suficiente, legitimando, una vez más, los daños que el empleador le provoca al trabajador, y más aún con la vigencia de nuestro actual sistema de riesgos laborales que más allá de la última reforma concretada en el año 2012, no ha perdido su sentido tuitivo en beneficio más que del trabajador, del capital económico que al mismo le es ajeno.

Entonces bien se puede decir que el obrero, contra las reglas de los artículos 14 bis y 19 de la Constitución Nacional (CN), actualmente no solo no resulta ajeno a las ganancias de las empresas, sino que también —y lejos de respetar el paradigma protectorio del derecho del trabajo (DT)—, sigue participando todos los días de un riesgo que no le es propio, desdibujándose cada vez más su condición de ciudadano en la empresa.

Vemos entonces que desde el origen mismo del industrialismo existe una socialización del daño del empleador, contra una privatización del daño del trabajador, en tanto que la regla debería ser la inversa, pues deberíamos proteger a quien menos tiene, a quien en peores condiciones está frente al mercado moderno, o es que lamentablemente nos contaminamos como sociedad de su egoísmo fundante (?).

III.2. La propiedad social

Como apuntamos al inicio de este acápite, de las tres formas de propiedades con que cuenta el trabajador, es en ésta en la que advertimos mayor alcance social o colectivo —para superar cualquier tautología—, pues la misma sobrepasa los intereses propios de un solo trabajador, y se adentra en los derechos de toda una clase profesional.

Podemos decir en pocas líneas que la propiedad social es el reconocimiento normativo —con alcances que también sobrepasan los estrictos marcos del derecho—, de la situación de necesidad de los trabajadores, a la par que, sobre esta nueva reacción, se fueron consagrando los primeros derechos profesionales para la clase obrera. Así, por un lado teníamos la propiedad de los medios de producción en cabeza de los empresarios, en tanto que se fue reconociendo paulatinamente otra titularidad, traducida en un nuevo tipo de derechos que cumplirían en la historia y desarrollo de la instituciones contemporáneas un papel fundamental; la misma no se adhería a los bienes materiales ni a los lujos o suntuosidades, sino que más bien era inmanente a la condición misma de trabajador (3).

(3) Castel, ob. cit. pp. 302 y 303. El autor refiere a la opinión vertida por Harmand, en los debates que precedieron a la sanción de la Constitución de 1793 en Francia, quien dijo en relación a la propiedad social que “los hombres que quieran ser veraces admitirán conmigo que, después de haber obtenido la igualdad política de derecho, el deseo más actual el más activo, es el de la igualdad de hecho. Y digo más, digo que sin el deseo o la esperanza de esa igualdad de hecho, la igualdad de derecho sólo sería una ilusión cruel que, en lugar de los goces que prometió, sólo haría experimentar el suplicio de Tántalo a la porción más útil y más numerosa de los ciudadanos”.

Podemos decir aquí que la propiedad social de los trabajadores resulta ser un homólogo de la propiedad privada del empresario, aunque con diferente contenido y sentido. Esta vez la propiedad tiende a lograr un bien común: el logro de la seguridad.

Ahora bien, hay que aclarar que la solución de la inseguridad social provocada por el industrialismo avasallante no pasó por la supresión o el reparto de la propiedad privada, es decir no se logró lo que Harmand mencionó en su momento como igualdad de hecho más, sobre todo con el cambio en las políticas públicas impulsadas por la creciente presión de las asociaciones de trabajadores alimentadas por una toma de conciencia del estado de explotación generalizada —o conciencia de clase—, lo que sí se logró paulatinamente fue crear una sociedad de semejantes (4), que vendría a redefinir la de por sí desigualdad social estructural.

Se trataba de superar el real fenómeno de la pauperización a partir del cual la inseguridad social no solo mantenía viva la pobreza, sino que a la vez actuaba como principio de desmoralización, de disociación social, a la manera de un virus que impregna la vida cotidiana, disuelve los lazos sociales y socava la estructuras psíquicas del individuo. Induce a una “corrosión” del carácter. En esto, la llave para superar esa situación de indefensión nace con el reconocimiento de un nuevo tipo de propiedad para los trabajadores.

En su conquista progresiva, el proceso de lucha social, las primeras huelgas, los grandes reclamos y revueltas (y con ellas la muchas veces lamentable represión del poder económico), han cumplido en la cimentación de estas nuevas instituciones un papel fundamental. Es decir, la colectivización de los intereses de la clase trabajadora, ocupó desde mediados de siglo XIX la primera fila en el joven espectáculo capitalista.

Paulatinamente al decir de Castel, el salariado se fue convirtiendo en un estatuto por derecho propio, superando su vieja consideración como un estado provisional de poca monta del que se trataba de salir mediante el acceso a la propiedad privada pues, como quedó dicho en los párrafos anteriores, en la nueva realidad social y jurídica comenzó a avizorarse hacia fines el siglo XIX y comienzos del XX un nuevo rumbo en el desarrollo de la sociedad capitalista, dado sobre todo con la superación del primer modelo del Estado, que, atravesando su inicial formulación liberal, inscribe sobre todo desde los años 20 del siglo pasado, un rol eminentemente social.

Paulatinamente se asistirá así a un cambio en el rol del Estado, cambio que irá de la mano con el desarrollo del industrialismo que, no obstante la reconfiguración política gubernamental y de la agenda oficial, seguirá respondiendo en sus postulados esenciales al afán privado de postergación de la igualdad social.

En orden a lo anterior, la mutación en el protagonismo de los trabajadores conllevó progresivamente a la democratización de las relaciones de producción a la par que se desarrollaba la nueva noción de propiedad social.

Y es que en el modelo del puro Estado liberal, con sus premisas de librecambio y engrandecimiento del rol social y político del mercado, bajo la supuesta idea de libertad, se escondía en sí una situación patente de inseguridad humana en perjuicio de los propietarios del cuerpo, es decir, de los trabajadores, quienes en el dinamismo de ese contrato que por el momento quizá resultaba

(4) Coincidiendo con Castel, se debe señalar que uno de los principales factores de cambio en la condición laboral hacia fines del siglo XIX se debió a la participación creciente de obreros en los movimientos profesionales de clase, es decir en su inscripción a colectivos protectores. Y es que ya no importaba tanto, en la configuración del tipo de propiedad a que estamos haciendo mención, lo que se poseía a título individual, sino las adquisiciones colectivas, sucedidas luego de grandes procesos reivindicativos manchados de lucha y sangre de miles de trabajadores que bregaban por la mejora en su condición de empleo y el reconocimiento de derechos de hondo contenido social (ver del autor citado (2008), *La inseguridad social. ¿Qué es estar protegido?* Buenos Aires: Edit. Manantial, p. 50).

innominado (pues no existía acuerdo unánime —en el mejor de los casos—, respecto a su forma y denominación: compraventa, locación de servicios, locación de obras, gestión, entre varios otros) en cierto sentido se encontraban en peor situación a la de los siervos de la gleba, por un lado y, llevándose la comparación quizá a un punto límite, a la situación misma de los esclavos.

En efecto, si bien tanto los esclavos de la antigüedad como los siervos de la gleba —respecto a uno de los modelos estadales de la Edad Media— sufrían reales vejaciones en el tracto apropiativo de su energía corporal, a la vez que se sometían en grado perpetuo al poder de otro sujeto, al menos le era garantizado el acceso a los bienes básicos para la subsistencia, en cambio los obreros del modelo económico decimonónico se enfrentaban no sólo con un poder omnímodo legitimado por el propio modelo de Estado sino, a la vez, con el desarraigo social y cultural a que el nuevo sistema de producción los condujo casi de manera obligada.

Así, el trabajador de los inicios del industrialismo sufría una real situación de inseguridad justificada por un modelo de sociedad en que sólo la propiedad sobre medios materiales valía como estandarte de poder, actuando a su vez dicha premisa en contra de aquellos cuyo único capital lo constituían sus manos raídas por las largas y extenuantes jornadas de trabajo.

En el decir teórico lamentable de algunos autores, los trabajadores constituían una multitud inmensa de instrumentos bípedos sin libertad, sin moralidad, que no poseían más que manos poco gananciosas y un alma absorbida por las preocupaciones de la supervivencia (5).

Para mejorar dicha situación de desamparo, y en orden a la consecuente elevación del estatus profesional obrero, se fueron reconociendo una serie de seguros para algunos optativos y para otros (la gran mayoría de trabajadores) obligatorios, abriendo el camino de los que Henri Hatzfeld denominó como “la difícil mutación de la seguridad-propiedad a la seguridad-derecho” (6).

Con esto, los trabajadores pronto dejarían de ser protagonistas de la relación antagónica entre propiedad y trabajo (o seguridad-inseguridad), para pasar a ser verdaderos titulares en esa relación de intercambio.

Planteado el conflicto en términos de oposición entre propiedad y trabajo, el problema no resultaba insoluble. Su reformulación no consistirá en abolir la oposición entre propietario y no propietario, sino en redefinir dicha vinculación, es decir yuxtaponer a la propiedad privada otro tipo de propiedad, la propiedad social, de manera de que se pueda permanecer por fuera del ámbito de la propiedad privada o material sin que ello conduzca a carecer de la seguridad (Castel, 2009: 302).

Esta yuxtaposición de propiedades no tenía por sentido (ni tampoco el poder para hacerlo), constituir una sociedad de iguales, más sí una sociedad de semejantes, que de por sí seguiría siendo en sí misma una sociedad diferenciada, por lo tanto jerarquizada, pero se habilitaría en esta nueva forma de construcción teórica de sociedad un conjunto de posibilidades para que todos sus miembros pueden mantener relaciones de interdependencia o relación pacífica, ya que todos pasarían a disponer de un fondo de recursos y de derechos comunes.

Y es que la propiedad no solo refiere por extensión a una noción material, ni tampoco es equiparable a los goces privados que permite, sino que además expresa un valor pues da cuenta de las bases sobre la cual se erige toda pertenencia social.

(5) E. J. Sieyes (1985). “Ecrits politiques”. París: Éditions des Archives contemporaines, citado por Castel, “*La inseguridad...*” p. 37.

(6) H. Hatzfeld. “La difficile mutation de la sécurité-propiété á la sécurité-droit”, citado por Castel, “*Las metamorfosis...*”, p. 301.

Estamos hablando aquí de un tipo de propiedad con función social lograda a partir del siglo XIX en que, con la variación paulatina de la función del Estado, varía también el concepto de propiedad, adquiriendo fama la frase de León Duguit quien dijo que “la concepción de la propiedad como derecho subjetivo desaparece para dejar lugar a la concepción de la propiedad como función social”.

Primero servicios públicos y luego una forma de propiedad más personalizada: las de los seguros obligatorios, como forma constitutiva de un tipo de propiedad transferida: en un primer momento a favor del Estado y luego en beneficio del núcleo de trabajadores. La misma lentamente iría asumiendo una nueva función de carácter tutelar (propiedad para la seguridad).

La sociedad a partir de entonces ya no estaría conformada con los propietarios y los no propietarios que formarían juntos una especie de estratificación general insuperable, sino que, paulatinamente, el salariado iría asumiendo una posición estructural en la sociedad, se convertiría pues en un estatuto por derecho propio, en lugar de seguir siendo considerado un estado provisional que se podría suprimir, o del que se trataba de salir mediante el acceso a la propiedad (Castel, 2004: 42; 2009: 314).

En esta circunstancia, el trabajo deja de formar parte de una mera relación de intercambio mercantil, encorsetada en un pseudo contrato del derecho privado, y pasa a ser, al decir de Castel, un empleo, un estado dotado de garantías que escapan al derecho del comercio y que se refieren a derechos de contenido más personal y social como el salario mínimo, la cobertura por accidentes, por enfermedad, el derecho a la jubilación o al retiro, es decir, protecciones éstas dadas paulatinamente por el derecho del trabajo.

III.3. La propiedad como estabilidad: la propiedad del cargo

El trabajador tiene derecho a conservar su puesto de trabajo mientras dure su buena conducta. Lo anterior es sin duda un principio enunciado por nosotros, más dista ciertamente de lo que ocurre en la realidad.

En este punto, y respecto al sub título que nos convoca, bien podríamos materializar el principio de la estabilidad en el derecho que tienen —o deberían tener—, todos los trabajadores de conservar su puesto de trabajo. Y nos referimos a puesto de trabajo no haciendo alusión necesariamente a un lugar concreto dentro de la empresa u organización productiva, sino en relación más que nada al principal derecho que debería cualificar una relación de trabajo verdaderamente protectoria y sería, en tanto reconozca a los obreros el derecho a no ser despedidos de manera injustificada.

En nuestro derecho nacional esta discusión pasa muchas veces inadvertida quizá porque rige hasta la actualidad una gran adhesión a la norma positiva legal, en desmedro de lo que son los principios del derecho del trabajo, y su rica variedad de funciones, además de nuestras bases constitucionales.

Permanentemente se minimizan los derechos sociales consagrados sobre todo a nivel constitucional, dejando paso a otro nivel de regulación, muchas veces contraria al sentido de la norma fundamental.

En el tema en tratamiento nuestra CN garantiza la propiedad del cargo en el artículo 14 bis.

Dicho reconocimiento lo formaliza de tres maneras diferentes: consagrando el derecho de los trabajadores privados a no ser despedidos de manera arbitraria, el de los trabajadores del ámbito público a quienes se le garantiza la estabilidad de su cargo, y similar derecho extensible a los representantes gremiales, esta vez en el segundo párrafo encargado de enmarcar los derechos colectivos del trabajo.

Si comparamos las palabras del artículo 14 bis con el título del presente apartado, bien podríamos decir que la CN solo reconoce expresamente la estabilidad para los empleados públicos y para los representantes gremiales.

Ahora bien: ¿qué sucede con los trabajadores del ámbito privado? Aquí es donde tenemos que analizar la extensión de la “protección” otorgada por el constituyente de 1957.

Tanto en doctrina como en jurisprudencia, se distinguen básicamente dos líneas interpretativas. Por un lado, se engloban aquellos que entienden que la cláusula constitucional en tratamiento refiere a un sistema de estabilidad relativa en tanto se permite o habilita la facultad derogatoria del empleador en orden a la cual puede este extinguir el contrato de trabajo en cualquier oportunidad, apartando al obrero de su empleo, y haciéndolo acreedor solamente de una indemnización por despido que se calcula teniendo en cuenta una tarifa legal y limitada.

En la otra vereda, encontramos a quienes entienden que en verdad se podría limitar el poder derogatorio del empresario dinamizando el precepto constitucional en sentido más positivo para el dependiente, a través del reconocimiento de un verdadero derecho a la estabilidad plena o absoluta de todos los trabajadores. De esta manera, el derecho de protección contra el despido arbitrario se asimilaría en buena medida al derecho a la estabilidad en cabeza de los empleados públicos o de los representantes gremiales.

En esta última vereda bien podríamos colocar la postura doctrinaria de Justo López quien, respondiendo a los que entendían inconstitucional el derecho a la estabilidad de ciertos trabajadores de la actividad privada, e interpretando de manera dinámica el derecho de protección contra el despido arbitrario, argüía que no había mejor manera de proteger a los obreros de los avatares empresariales que reconociéndoles un verdadero derecho a la estabilidad (1973).

En cuanto a la extensión de la garantía de protección enunciada en el primer párrafo del artículo 14 bis nos parece interesante hacer mención a la opinión construida por Germán Bidart Campos quien entendía que cuando el constituyente tuteló al trabajador privado contra el despido arbitrario en el apartado señalado, no prohibió proteger al dependiente contra otras formas de poder empresarial no incluidas claramente entre las causales de extinción del vínculo por justa causa (1981).

El autor de cita menciona tres clases de despidos: despidos con justa causa, despidos sin justa causa o inmotivado, y despidos arbitrarios. En cuanto al primer grupo, se sabe que claramente el trabajador no goza o no podría gozar de algún tipo de protección especial pues ha sido el mismo quien creó o dio lugar a una causa que habilita en su caso la finalización de vínculo jurídico sin derecho indemnizatorio alguno. Más, respecto a los otros dos tipos descriptos, entiende que son diferentes y que la ley (y su aplicador) debía hacer una distinción en cada caso concreto para brindar mayor nivel de protección a los obreros que hubieran sido despedidos de manera arbitraria, lo cual no quita —según agrega el autor—, que se pueda brindar también algún tipo de tutela al trabajador despedido sin justa causa ya que, aún siendo estos casos diferentes a los supuestos calificados como arbitrarios, igualmente podía mediar en este último supuesto algún otro tipo de daño o alteración susceptible de protección.

Ahora bien, si tuviéramos que decidirnos por algunas de las anteriores corrientes interpretativas creemos que la más adecuada es aquella que entiende que la protección contra el despido arbitrario abarcaría el derecho de todo trabajador a no ser despedido si es que el mismo no dio lugar a un tipo de despido por razón justificada, como sería robar bienes de la empresa, o practicar hechos de violencia contra sus compañeros o aún contra el mismo empleador, entre otros ejemplos. Es decir, según este criterio, la protección contra el despido arbitrario del trabajador privado se acercaría al derecho a la estabilidad de los otros dos grupos de trabajadores.

De hecho, el protocolo de San Salvador (protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) vigente en nuestro país luego de la sanción de la ley 24.658(7) refiere en su artículo séptimo —“Condiciones Justas, Equitativas y Satisfactorias de Trabajo”—, que el reconocimiento del derecho al trabajo supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas y equitativas, en orden a lo cual obliga a los Estados partes a que garanticen en sus legislaciones nacionales (...):

“la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional” (inciso d).

De cualquier manera aún para los casos en que existiere alguna duda en relación al alcance de la cláusula que enuncia la protección contra el despido arbitrario, lo cierto es que en función al principio protectorio, y con él la regla del in dubio pro operario, deberíamos estar por la interpretación que mejor resguarde los derechos de los trabajadores, en este caso reconociendo mayor nivel de tutela para los trabajadores del ámbito privado.

Sobre el particular, e interpretando una jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina (CSJN) en donde dicho tribunal había echado por tierra el derecho a la estabilidad en el empleo consagrado por un convenio colectivo aplicable a ciertos profesionales médicos de la ciudad de Buenos Aires (8), Bidart Campos entendió que no creía válido inferir de dicho fallo que el derecho judicial de la Corte repudiese siempre y en forma absoluta la estabilidad propia en el empleo privado refiriéndose a ello en los siguientes términos:

“El temperamento adverso a la estabilidad propia en el empleo privado nos ofrece serias dudas. La restricción a la libertad contractual no nos parece evidentemente arbitraria ni inconstitucional. Es cierto que la cláusula del art. 14 bis sobre protección contra el despido arbitrario no implica prohibir el despido sino disuadirlo. Pero éste es el mínimo que la norma exige, y no creemos que le esté vedado al congreso implantar una tutela máxima que exceda lo rigurosamente impuesto como mínimo” (1981).

En orden a todo lo anterior creemos que es importante reivindicar la propiedad del cargo en cabeza de todos los trabajadores, no como una forma de apropiarse de un bien ajeno del empleador, sino como medio de reconocer una garantía a nuestro modo de ver esencial en procura de dinamizar el apartado del artículo 14 bis de la CN que protege contra el despido arbitrario.

Como se advierte, del análisis de los anteriores tres modelos o tipos de propiedad, estudiando el derecho de tutela sindical bien se puede destacar sobretudo la preeminencia de la propiedad sobre el puesto de trabajo en cabeza del representante gremial pero sin desvincularla de lo se ha conceptualizado siguiendo a Robert Castel como propiedad social ya que, en los términos en que la misma fue desmenuzada, y teniendo en cuenta los márgenes especiales de esta breve investigación, la protección de los representantes gremiales no deja de ser un derecho de conquista incorporado al patrimonio de los trabajadores es decir no deja de ser un tipo de propiedad social, sobre todo con la actual interpretación constitucional que vale hacer respecto del derecho del trabajo desde el marco general brindado por el artículo 14 bis que, partiendo de la cúspide de nuestro ordenamiento jurídico, nutre a todas las disposiciones de inferior jerarquía con su sentido tuitivo y protectorio en beneficio de los trabajadores.

(7) Sancionada el 19 de junio de 1996 y promulgada de hecho el 15 de julio del mismo año. Disponible en: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/35000-39999/37894/norma.htm>

(8) Nos referimos al fallo “Colomer Miguel Ángel c. Colegio Médico de la Ciudad de Córdoba”, aunque también dicho Tribunal de expidió en el mismo sentido en las causas “De Luca c. Banco Francés del Río de La Plata”, “Figueroa Carlos c. Loma Negra”, entre otras.

En efecto, el artículo 14 bis de la CN en su segundo párrafo garantiza el derecho a la estabilidad de los representantes gremiales. Esto es la concreción más acabada de la tutela sindical, por lo que considerando pues al representante gremial como sujeto titular de la propiedad de su cargo, y en orden a una amplia interpretación que efectuamos de esa herramienta, pasaremos a continuación a elaborar un análisis del marco general de la ley de asociaciones sindicales y sus incongruencias, para luego explorar la incidencia de las teorías que hemos esbozado en este apartado, respecto al instituto de la tutela sindical.

IV. Sistemática de la ley 23.551. Incongruencia

Fruto de un acuerdo celebrado entre el radicalismo y el peronismo, logrado sobre todo por el debilitamiento progresivo del primero de los partidos mencionados como consecuencia de la presión ejercida por los grupos de poder empresario y la clase opositora en creciente auge (sobre todo luego de la derrota en las elecciones legislativas de 1987), fue sancionada la Ley de Asociaciones Sindicales actualmente vigente.

Como adelantamos en el subtítulo, nuestra ley 23.551 (en adelante, LAS) adolece ya desde sus inicios de ciertas incongruencias en cuanto a su contenido y sentido jurídico que afectan por extensión, no sólo a su sistematicidad sino lisa y llanamente a su propia utilidad jurídica.

En efecto, si comenzamos a repasar sus primeros artículos, encontramos disposiciones como las que a continuación se transcriben:

- “La libertad sindical será garantizada por todas las normas que se refieran a la organización y acción de las asociaciones sindicales” (artículo 1).
- “Las asociaciones que tengan por objeto la defensa de los intereses de los trabajadores de regirán por esta ley” (artículo 2).
- “Entiéndase por interés de los trabajadores todo cuanto se refiera a sus condiciones de vida y de trabajo. La acción sindical contribuirá a remover los obstáculos que dificulten la realización plena del trabajador” (artículo 3).
- “Constituir libremente asociaciones sindicales” (artículo 4 inc. a).
- “Las asociaciones sindicales tienen los siguientes derechos (...): Inc. c: Adoptar el tipo de organización que estimen apropiado (...). Inc. d: Formular su programa de acción y realizar todas las actividades lícitas en defensa del interés de los trabajadores” (artículo 5° LAS).

Como se habrá observado de la anterior transcripción, sólo nos hemos remitido a una serie de disposiciones generales ubicadas en la primera parte de la ley de asociaciones sindicales, por ser esta la ubicación metodológica elegida por el legislador para consagrar sus principios generales.

Ahora bien, como se podrá observar de la simple lectura de las citas legales destacadas, pareciera que el legislador anotó ciertas ideas generales como puntapié para un posterior desarrollo legal, entre las cuales destaca con preeminencia la libertad sindical, y ciertas ideas tendientes a lograr un sistema abierto y pluralista de asociaciones sindicales. Prueba de ello, son las disposiciones ubicadas en su primera parte, y que reconocen a la libertad sindical como el pilar fundamental para la organización y acción de las asociaciones sindicales, o aquellas que reconocen a las mismas el derecho a formular su programa de acción y realizar todas las actividades lícitas en defensa del interés de los trabajadores (...), esta vez de la mano del artículo 5° incido d.

Sin embargo, a poco de avanzar en el texto de la ley 23.551, se advierte una notable variación en la postura axiológica-jurídica asumida por el legislador, quien pasa de la defensa general de la libertad e igualdad sindical, a la imposición lisa y llana de un modelo basado en la unicidad sindi-

cal, otorgando el ejercicio de sus principales derechos casi de manera exclusiva a un solo tipo de agrupación profesional.

El ejemplo más grave que da cuenta de la contradicción señalada es el artículo 25 que recepta el privilegio más atentatorio de la libertad sindical al reconocerle a las asociaciones que obtengan la personería gremial el derecho exclusivo de intervenir en la defensa de los intereses individuales y colectivos de los trabajadores ante el Estado y los empleadores, así como también la plena intervención en el procedimiento de negociación colectiva laboral, y la administración y control de las obras sociales profesionales (verbigracia, artículos 25, 31 y ccctes., LAS).

Y es que más allá de que legalmente fueron reconocidas dos tipos de asociaciones sindicales —las simplemente inscriptas (artículo 22 LAS) y aquellas que gozan de la personería gremial (artículo 25 LAS)—, lo cierto es que las principales herramientas de lucha fueron otorgadas a las denominadas entidades más representativas, contra los deshidratados derechos atribuidos a las otras formas de asociación. En este último sentido, el artículo 23 enuncia la serie de derechos que corresponden a las asociaciones simplemente inscriptas, entre los cuales podemos citar a la facultad de peticionar y representar, a solicitud de parte, los intereses individuales de sus afiliados (inc. a), representar los intereses colectivos del sector, cuanto en el ámbito de actuación no exista una asociación con personería gremial (inc. b), la promoción de intereses profesionales, tales como la mejora en la legislación laboral y previsional (inc. c), entre otros.

Como se dijo *ut supra*, a poco de elaborar un análisis crítico de la normativa en tratamiento, bien podemos concluir en sentido positivo respecto a la intención del legislador de promover un sistema basado en la unicidad, en detrimento del principio de libertad sindical inicialmente encumbrado por la propia ley de cita, lo cual da cuenta acerca de su seria incongruencia estructural.

Al respecto, dice Adrián Goldín que “en el marco abrumador de las facultades exclusivas con las que cuenta el sindicato con personería gremial, poco sentido tiene la creación de un sindicato impedido de desarrollar toda actividad sindical; entidad tal no es en verdad un sindicato” (1992: 397).

En efecto, la acotada atribución de facultades con que el legislador dotó a las entidades simplemente inscriptas, da cuenta de su escasez de posibilidades para actuar útilmente con poder negociador en el ámbito profesional de su influencia.

En el marco anterior, bien podemos decir que nuestro modelo sindical constituye en sí un sistema perverso, ya que al otorgar las más importantes herramientas de presión a un solo tipo de entidad (poder de negociar un convenio colectivo de trabajo, representar frente a la empresa los intereses colectivos de los trabajadores del sector, la administración y el control de la obra social), indirectamente incentiva y presiona a los trabajadores a que participen en dicho tipo de asociaciones, en claro detrimento de los principios basales enunciados en la primera parte de su articulado.

Sigue diciendo Goldín que “cuando esa tendencia hacia la unidad no proviene de los trabajadores y de la acción de los dirigentes, sino que es impuesta por la ley y sujeta a diversas formas de tutelaje estatal, el sistema pierde el mas eficaz de los mecanismos del control de la actuación de los dirigentes, que es el que protagonizan naturalmente las propias bases de sindicato cuando se les permite expresarse en libertad” (1992: 399).

Sin duda alguna un modelo con instituciones propias de un sistema de base unitaria podría acarrear notables beneficios para el grupo profesional del ámbito, pero siempre y cuando el mismo no sea el resultado de una férrea imposición de parte de un poder heterónimo como es el Estado, sino el fruto de la libre elección de una clase profesional en pleno ejercicio de la libertad sindical.

Como ya se ha dicho en el presente trabajo, el sistema actualmente vigente en materia de derecho sindical no soporta ningún tipo de análisis comparativo con el texto de nuestra constitución

y, de procederse a su confrontación, directamente muchas de las disposiciones de la ley 23.551 perderían valor legal atento la notable discordancia que se advierte en cuanto a la tésis que nutre a dichas fuentes normativo jurídicas.

V. Reconocimiento legal de la tutela sindical. Algunas líneas. La tutela como forma de propiedad del cargo

Fruto de la herencia dada por el artículo 14 bis de la constitución nacional en cuanto manda en su segundo párrafo proteger a los representantes gremiales contra cualquier accionar que atente contra el ejercicio de su gestión sindical otorgándole para ello garantías necesarias, nuestra Ley de Asociaciones Sindicales argentina N° 23.551 haciendo eco de aquella directriz obligatoria, organiza en su título XII un sistema de protección especial denominado tutela sindical, dedicando para ello seis artículos en donde vierte ciertos principios generales que se complementan, a la vez, con otros artículos de la misma ley, así como también de su reglamentación, estructurada por el decreto 467/88.

Su importancia hace decir a Néstor Corte que “La protección jurídica contra las prácticas anti sindicales constituye un capítulo trascendental, no solo en el moderno Derecho Colectivo del trabajo sino también del sistema de garantías de los derechos humanos fundamentales en cualquier ordenamiento jurídico” (1988: 437).

En líneas generales podemos decir que nuestro sistema legal de la tutela sindical otorga una especial protección —traducida en el goce de la estabilidad en el empleo—, a todos aquellos trabajadores que tienen un cargo electivo o representativo en asociaciones sindicales con personería gremial (miembros de comisiones directivas de entidades sindicales, seccionales o filiales, delegados o congresistas a los organismos de grado superior, etc.), en organismos que requieran representación gremial (vgr. comisiones paritarias de negociación o interpretación de convenios colectivos de trabajo, entre otros), trabajadores que ocupen cargos políticos en los poderes públicos (electivos o no, si discriminar el grado de descentralización en donde cumple efectivamente funciones: nacional, provincial o municipal), a los candidatos que se postulan para cargos de representación sindical, y a los representantes sindicales en la empresa.

Como se ve, la tutela abarca tanto a quienes se desempeñan en el sindicato (dirigente, congresales, entre otros), así como también los que ejercen funciones fuera del mismo cualquiera que sea el ámbito de su desenvolvimiento, en especial para quienes son representantes en la empresa.

Pasando en limpio lo anterior, debemos decir que se protege tanto a los representantes que han resultado electos en el proceso eleccionario convocado por la asociación sindical de trabajadores con personería gremial (además de cumplir el recaudo de estar afiliados a la misma, conf. artículo 41 LAS), así como también a quienes resulten postulados para un cargo de representación, es decir aquí incursionamos en la figura de los candidatos, cuya protección está asegurada por el artículo 50 de la ley sindical, y se dinamiza a partir de la oficialización de su propuesta en orden al procedimiento electoral aplicable, y siempre que se haya comunicado al empleador en cuestión dicha candidatura (9).

Como se dijo en uno de los primeros párrafos, dicha protección consiste en el derecho a permanecer en su cargo —salvo que mediara justa causa de despido—, durante el período de su mandato y por un año más (artículo 48 LAS, en concordancia con el artículo 42 de la misma ley), lo que también se extiende al derecho a no ser suspendido o sufrir modificaciones en sus condiciones

(9) El artículo 29 del decreto reglamentario 467/88 precisa el concepto legal de “postulación para el cargo”, prescribiendo que se tendrá por tal al trabajador a partir del momento en que el órgano de la asociación sindical con competencia para ello tenga por recibida la lista que lo incluye como candidato, con las formalidades necesarias para pasar a expedirse acerca de su oficialización, vale decir, cuando se concrete la presentación respectiva con los recaudos legales y estatutarios correspondientes ante la Junta Electoral u organismo similar de la respectiva asociación.

de contratación, siendo considerado ese período como tiempo de servicio con todos sus efectos normales, aunque la ley limita este último efecto respecto de la consideración de los plazos para calcular promedios de remuneraciones (10).

Sobre el ámbito material de protección, a diferencia del sistema anterior, la ley 23.551 tutela no solamente frente a los intentos de despido, sino que como hemos mencionado supra, abarca también otras situaciones tales como las suspensiones o las modificaciones en las condiciones de trabajo (artículo 48 *in fine* y 52, LAS).

En relación con el ámbito instrumental de la tutela sindical, el ordenamiento actual ha sido ensanchado, utilizando para prevenir actos contra tutela no solamente medios sancionatorios o represivos (multas al empleador, entre otros), sino que también se ha incluido en el título XII un mecanismo preventivo de protección consistente en el proceso judicial de exclusión de la tutela, como recaudo previo para que los trabajadores amparados por las garantías previstas en los artículos 40, 48 y 50 de la ley puedan —luego de su trámite—, ser suspendidos, despedidos, o bien variadas sus condiciones de trabajo (artículo 52 LAS).

A su vez, se enlista en el mismo artículo 52 un mecanismo de tipo reparatorio, tendiente al restablecimiento de las garantías afectadas, permitiendo al trabajador demandar judicialmente por la vía sumarísima la reinstalación en su empleo con más los salarios caídos durante la tramitación judicial, o el restablecimiento de las condiciones de trabajo anteriores al acto violatorio de las garantías consagradas.

La propia ley sindical agrava la protección del representante frente a las situaciones violatorias del mecanismo de la tutela sindical, consagrando esta vez en el título XIII referente a las prácticas desleales, un mecanismo que combina efectos del sistema represivo y la conducta patronal, y que se traduce en un incremento o reducción del monto de las multas por prácticas desleales según que el infractor mantenga la conducta antisindical que la hubiere originado o dejare de cumplir los actos tendientes a la cesación de sus efectos, o bien haya cesado en la medida ilícita y realizado los actos idóneos para reparar sus efectos nocivos (artículo 55 inc. 2 LAS).

En cuanto a la extensión temporal de la protección, se mantiene el término de vigencia de las garantías establecidas en los ordenamientos anteriores en tanto se toma en cuenta para ello el tiempo del mandato o el del desempeño de las funciones previstas por la ley, y un año más, a partir de su expiración o de la cesación de dichas funciones. En cuanto a los candidatos, por la especialidad de su situación, se le confiere una protección cuya duración es menor en tanto la tutela rige en este caso

(10) Efectuando un rápido repaso por las normativas antecedentes sobre tutela sindical, diremos que la ley 14.155 del año 1958 instauró el denominado fuero sindical, mediante el cual se confería estabilidad a los trabajadores que ocuparan cargos en asociaciones con personería gremial, o mayormente representativas, criterio este incorporado por primera vez en nuestro derecho nacional por el decreto 23.852 de 1945. En este tramo histórico legal, se amparaba a los trabajadores contra despidos discriminatorios por el tiempo de su mandato y por un año más. Posteriormente la ley 20.615 de 1973, amplió el espectro de sujetos incluidos dentro de la protección especial bajo análisis, incluyendo además del representante gremial, a los subdelegados de empresa así como también a los candidatos a cargos electivos y a los que hubieren participado en la constitución o formación de asociaciones profesionales. Instituyó esta ley el instituto del desafuero sindical como procedimiento preventivo de obligatorio tránsito antes de alterar las condiciones de trabajo de un trabajador tutelado. Por otra parte, en la misma senda protectoria, también se extendió la tutela material del fuero sindical incluyendo no solo la protección contra los despidos del representante, sino también las suspensiones y modificaciones en las condiciones de prestación de los servicios. Lamentable regresión se advirtió con la denominada ley 22.105, de facto, limitándose en mucho el alcance subjetivo y objetivo de la tutela lograda hasta entonces. Así por un lado, este sistema sólo resguardaba los derechos de los trabajadores integrantes de los órganos directivos o titulares de cargos representativos en las asociaciones con personería gremial y a los delegados de personal o cargos similares, en tanto que los candidatos sólo lograron protección hasta el momento en que se produjese el acto comicial, desgarrándole su protección posterior. En cuanto al aspecto objetivo, desapareció el mecanismo preventivo del desafuero incluido en el sistema anterior, consagrándose solamente medios sancionatorios (multas e indemnizaciones) a cargo del empleador culpable, además de limitarse la protección sólo para el caso de situaciones de despidos.

durante los seis meses posteriores a la finalización del proceso eleccionario del que resultó perdidoso (si hubiera ganado, la extensión sería mayor: duraría lo que dura el cargo a cumplir más un año adicional). No obstante lo anterior, la protección del candidato se acerca a la del representante gremial en momentos en que se decide aplicar una sanción por violación a alguno de los principios del proceso de exclusión de libertad sindical, en tanto también se le confiere al postulante afectado un año de remuneraciones (artículo 52 párr. 4to. LAS).

VI. Incongruencias de la ley en materia de tutela. Crisis. Ampliación del alcance inicial de la ley. Doctrina y jurisprudencia

No obstante la importancia destacada del instituto bajo estudio, lo cierto es que aquí nuevamente encontramos repetidas las incongruencias generales señaladas en uno de los subtítulos que preceden. En estos términos, podemos decir que dentro del articulado del título XII existe una separación central entre el sentido que nutre al artículo 47, y las restantes disposiciones del mismo apartado.

Lo anterior nos conduce a uno de los interrogantes más importantes y discutidos del tema de la tutela sindical, que versa sobre la delimitación del tipo de representantes protegidos por la ley.

Un primer idea nos puede llevar a entender que la misma se halla en cabeza de los representantes que han sido elegidos en comicios convocados por una asociación profesional con personería gremial, y que forman parte de las mismas, criterio este impuesto sobre todo por el artículo 48 de la LAS en tanto reza que tienen derecho al goce especial de protección —es decir, a la propiedad del cargo—, ***“los trabajadores que, por ocupar cargos electivos o representativos en asociaciones sindicales con personería gremial, en organismos que requieran personería gremial, o en cargos políticos en los poderes públicos, dejarán de prestar servicios”*** (...)—el destacado y la cursiva no pertenecen al original—.

Dicho criterio legal es una reiteración de lo que el mismo legislador prescribió varios artículos antes, cuando impuso que para ejercer las funciones de representante sindical se requería estar afiliado a la respectiva asociación sindical con personería gremial y ser elegido a su vez en comicios convocados por ésta (artículo 41 de la LAS). A su vez, el mismo sentido parece repetirse en el texto del artículo 52 en tanto detalla las formalidades del procedimiento de exclusión de la tutela sindical —como forma preventiva de obligatorio cumplimiento—, haciendo hincapié sobre todo en los artículos 40, 48 y 50. Como se ve, el otorgamiento de la personería gremial resulta definitorio en esta parte de la ley a la hora de definir el ámbito subjetivo de la tutela sindical.

Una segunda respuesta a la pregunta formulada al inicio de este apartado se puede encontrar en la vereda opuesta, esta vez de la mano del artículo 47 de la LAS, consagrador del denominado instituto del *amparo sindical* como medio idóneo y expeditivo cuyo fin es repeler cualquier práctica y comportamiento antisindical que ponga en jaque el ejercicio regular de los derechos de la libertad sindical enunciados en la primera parte de la ley.

Como se observa de su simple lectura, la ley allí no exige la personería gremial como parámetro para el otorgamiento de la protección legal especial, en tanto se consagra una herramienta de protección en beneficio de *todo trabajador o asociación sindical*, sin hacer, reiteramos, ningún tipo de distinciones.

Interesante resulta preguntarnos el porqué de esta variación legislativa en relación con el cerrado alcance protectorio del artículo 48.

Para esto vale aclarar que el artículo 47 de la LAS, ajena por completo al sentido general perseguido por el legislador al sancionar el capítulo respectivo, fue incorporado a último momento al texto del proyecto de ley que ingresó para su tratamiento en la Cámara de Diputados en el año 1988 a partir de un proyecto de los diputados Cornaglia y Terrile, quienes contaron a su vez con el apoyo de la CGT (Cornaglia, 2010: 471).

En efecto, ninguna duda cabe de que el texto del mentado artículo 47 de la Ley de Asociaciones Sindicales no respondió al ideario de aquellos que trataron de asegurar el modelo de unicidad sindical y defender sus postulados básicos conforme con un programa de acción institucionalizada.

Como se advierte, un espíritu totalmente diferente abraza a los artículos 47 y 48 de la LAS, por lo que resulta útil trabajar en un intento de acercar ambas disposiciones, no para que se interpreten de similar manera, sino para que, sobre la diferencia, se logren construir mejores mecanismos de protección para los trabajadores.

Así, si nos detenemos solamente en el texto frío del artículo 48 —en combinación con el 41—, podríamos concluir que solo gozan de la tutela sindical aquellos trabajadores que pertenezcan a una asociación sindical con personería gremial y hayan sido convocados en comicios convocados por la misma, tal como se dijo algunos párrafos antes.

En este restrictivo sentido de interpretación que criticamos, se ha expresado Héctor Jorge Scotti, quien en cuanto al modelo de unicidad promocionada por la ley, dijo que

“no consideramos constitucionalmente objetable el criterio del legislador de restringir la cobertura solo a los directivos o representantes de las asociaciones con personería gremial. Y si se parte de la razonabilidad del sistema, habrá que convenir que siendo las entidades con personería gremial, las que tiene los derechos exclusivos de representar ante el Estado y los empleadores los intereses individuales y colectivos de los trabajadores (artículo 31 inc. A ley 23.551), son sus miembros quienes, evidentemente, aparecen más expuestos a sufrir represalias o ver afectados o dificultado su accionar; visto desde este punto de vista, la reglamentación legal de la garantía consagrada por el artículo 14 bis de la Constitución Nacional no nos resulta ni ilógica ni, mucho menos, cercenatoria de los derechos sindicales establecidos por la norma suprallegal” (Gatti, 2003).

Ahora bien, desde un punto de vista constitucional, las anteriores posiciones no resisten el mínimo control. En efecto, y como adelantamos anteriormente, siendo el orden jurídico un todo inescindible, sus instituciones deben ser comprendidas y analizadas tomado en cuenta el abanico completo de normas regulatorias sin que ninguna de ellas pueda ser entendida con aptitud suficiente como para configurar compartimientos estancos aislados del resto de sus componentes.

Sobre esto, advertimos que el criterio preceptuado en nuestra constitución nacional en cuanto al tema en debate es muchísimo más amplio que el reconocido por la ley sindical, en tanto expresa el segundo párrafo del artículo 14 bis 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”** (11) (se transcribe la parte que aquí nos atañe, aclarando que el destacado, subrayado e itálica no pertenecen al original).

Como se puede observar, a la hora de atribuir protección en atención a las especiales funciones profesionales cumplidas por ciertos representantes de los trabajadores, no hay en el texto transcrito más distinción que el carácter meramente colectivo del ejercicio profesional del representante legal en atención a la referencia que el texto constitucional hace sobre la “gestión sindical”. En tal sentido, expresa Bidart Campos que “las garantías están deparadas en ese marco estrecho: para

(11) Según las ideas vertidas en la convención constituyente del año 1957, la palabra gremio está tomada en un sentido general y es comprensiva del conjunto de los trabajadores que tienen el mismo o similar oficio o profesión (ver: Jaureguiberry, Luis María. *El artículo nuevo*. Santa Fe: Librería y Editorial Castellví S.A.). En la misma senda, Bidart Campos opina que la palabra gremio puede tener dos alcances, uno amplio, que entiende a gremio como la pluralidad o el conjunto de trabajadores que cumplen una misma actividad, un mismo oficio o una misma profesión, y uno restringido, en donde se lo analiza como la entidad sindical que agrupa organizadamente solamente a los trabajadores agrupados a ella (1981: 514). Como se ve, el sentido del artículo 14 bis en el punto escapa a la lógica restrictiva de la ley 23.551 que intenta imponer un modelo de unicidad sindical, contra la pluralidad consagrada por nuestra CN.

cumplir una gestión sindical, y no fuera de él. Si no, serían un privilegio de la persona del representante, y no una protección a su cargo y a su actividad de representante” (1981: 529).

Pero, volviendo al meollo de la cuestión, en ningún momento la norma suprema condiciona el goce de la garantía al recaudo de la pertenencia a un tipo especial de asociación, coincidiendo con buena doctrina en el sentido de que hay que interpretar la locución representante gremial con realismo, pero también con cierta elasticidad, de modo que ningún trabajador que bajo una u otra denominación desempeña, permanente o transitoriamente, esa función, quede desprotegido (Bidart Campos, 1981: 529).

Desde este prisma jurídico resultaría inválida e inconstitucional la exclusión de los representantes que, formando parte de una asociación simplemente inscripta, no lo son a su vez de la asociación con personería gremial, desde que como bien lo señalara Bidart Campos, la garantía otorgada a los representantes gremiales lo es más en miras del interés de los trabajadores llamados a proteger, que del suyo propio, todo en orden a una real consagración y respeto del encumbrado principio de la libertad sindical, norte elemental de la materia.

En este sentido, expresan Oscar A. Cuatango y Gonzalo O. Cuatango que “la efectiva vigencia de la libertad sindical que, como dijimos, constituye un pilar fundamental del régimen de asociaciones sindicales argentino, requiere de la tutela de todos aquellos trabajadores que desempeñan funciones de representación de los intereses individuales y colectivos del sector, profesión o actividad que representa” (2002: 27).

Sobre esta idea, el siempre recordado profesor Ángel Gatti, elaborando una excelente interpretación del instituto bajo análisis, dijo que se debe hacer una interpretación del instituto vinculando derecho y realidad, es decir, sin olvidar el fin para el que ha sido creada la norma, y los sujetos que a través de ella se intentan proteger, es decir los trabajadores. En este sentido destaca que

“es posible afirmar la necesidad de replantear el alcance de la cláusula del artículo 14 bis de la Ley Fundamental, resguardando su supremacía sobre las limitaciones impuestas por la ley 23. 551 con relación a la garantía de la estabilidad sindical, de modo que, en una razonable conjunción de derecho y realidad, una interpretación adecuada, basada en elementos históricos sociales, políticos y económicos, resignifique valores fundantes del orden jurídico pretendido como modelo del estado social de Derecho” (2003).

Coincidiendo con esta segunda forma de interpretar la norma, se ha pronunciado la CSJN efectuando un análisis notoriamente progresista. Nos referimos al fallo “ATE c. Estado Nacional” (12), del 11 de noviembre de 2008, en el cual, el Superior Tribunal, al tener que fallar respecto del agravio producido a la actora a partir de una literal y restrictiva interpretación que tanto el tribunal de origen como la CNAT en la alzada, hicieron del artículo 41 de la LAS, se expresó en sentido favorable al derecho invocado por la peticionante, en cuanto —según expresó—, resultaba contraria a la disposición constitucional del art. 14 bis la regla que manda elegir a representantes gremiales en elecciones convocadas por la asociación sindical con personería gremial, atento que dicha normativa legal no resultaba respetuosa de la tésis constitucional ni de las bases mismas fijadas por el derecho internacional del trabajo de jerarquía superior a las leyes (a saber, Convenios 87 y 98 de la OIT, entre otros, a cuya indispensable lectura remitimos por razones de brevedad).

Por otra parte, y a fin de fundamentar debidamente la posición amplia adoptada en el fallo, también se cita en el mismo las palabras del Convencional Becerra quien, en 1957, expresó: “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 li-

(12) CSJN, 11/11/08, “Asociación de Trabajadores del Estado c. Ministerio de Trabajo”, LL, 2008-F-700.

brevemente se den la forma sindical que mejor les parezca y que mejor crean que atiende a sus propios intereses” (consid. 7, primer párrafo).

La Corte también manifiesta (en cuanto a la diferenciación que la LAS realiza respecto de los diferentes tipos de asociaciones profesionales) que la distinción 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 sindical, o de formular su programa de acción (consid. 8, párrafo 5).

Finalmente, también señala 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 (consid. 8, último párrafo).

Como resolución final, y por los fundamentos que muy brevemente se han invocado, otorga razón a la parte actora, y ordena dictar nueva sentencia al tribunal de origen de acuerdo a las pautas señaladas.

En la misma senda, nos encontramos con otros dos fallos de la CSJN a saber “Rossi c. Estado Nacional” (13), y “ATE c. Municipalidad de Salta” (14), ocasiones éstas en que el Superior Tribunal se expidió en el mismo sentido que el caso primeramente comentado.

Respecto de la jurisprudencia local, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (SCBA) en octubre del año 2011, superando un prolongado criterio restrictivo anterior (15), se pronunció por el efectivo reconocimiento del derecho de tutela respecto de trabajadores que formaban parte de asociaciones simplemente inscriptas, en dos fallos: “Sandes, Hugo Raúl c/ Subpga S.A s/ indemnización por despido” (16) y “Ferulano, Pio Leonardo y otros c/ FACERA S.A s/ amparo gremial” (17).

En ambos fallos se utilizaron similares argumentos, destacándose, entre muchos otros, los dos párrafos que siguen:

“El reconocimiento constitucional de la libertad sindical camina hermanado con el de la democracia sindical, signo consagrado por el artículo 14 bis de la CN (...), pues 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” (punto 6, ap. a, párrafo 8, “Sandes”).

Por otra parte, también dice que: “La protección de los dirigentes gremiales, del modo en que ha sido plasmada en nuestra legislación positiva vigente, cercena la libertad sindical, privando a las organizaciones sindicales sin personería gremial, es decir, a aquéllas que cuentan con simple inscripción (artículo 21 ley cit.) de los medios esenciales para defender los intereses profesionales de sus miembros, organizar su gestión y actividad y formular su programa de acción (...)” (punto 7, tercer párrafo, “Sandes”).

Ahora bien, la cláusula amplia incorporada al artículo 47 de la LAS no solamente permite extender la protección de la tutela sindical a los representantes sindicales que forman parte de una asociación simplemente inscripta sino que, una sería interpretación de dicha normativa a la luz del

(13) CSJN, 9/12/09 “Rossi, Adriana María c. Estado Nacional”, LL, 2010-A-208.

(14) CSJN, “Asociación de trabajadores del Estado c. Municipalidad de Salta”, del 18 de junio de 2013.

(15) SCBA: “Galarza c. SUBPGA S.A”, LLBA; 2003-803; “Giménez E. c. SUBPGA S.A”, L. 89.438, entre muchos otros.

(16) SCBA, Juba, L 93.122.

(17) SCBA, Juba, L 79.33.1.

prisma constitucional y la más avanzada jurisprudencia aún vigente en la materia, nos permiten resguardar también los derechos de aquellos activistas sindicales que ejercen de hecho funciones de representación de clase con el objetivo de lograr cierto tipo de reivindicaciones colectivas, ampliado de esta manera incluso la interpretación expuesta en los párrafos anteriores sobre la protección del representante miembro de entidades simplemente inscriptas.

En esta última senda protectoria, encontramos el fallo “Villaba, Franco R. c. The Value Brands Company de Argentina”, de la SCBA de fecha 22 de diciembre de 2010 (18). El caso versó sobre un trabajador que habiendo sido despedido sin expresión de causa por la demandada, interpuso una acción de amparo con sustento en el artículo 47 de la ley 23.551 (Ley de Asociaciones Sindicales) y 1° de la ley 23.592 (Ley Antidiscriminatoria), lográndose probar en el caso que el distracto había constituido un supuesto de despido discriminatorio por razones gremiales, condenándose a la demandada a reincorporar al trabajador afectado, a pagarle los salarios caídos entre la fecha del despido y aquella otra en que se había efectivizado la reinstalación, y la reparación del daño moral.

A través del fallo en comentario, se otorgó una protección legal agravada para un trabajador que ejercía de hecho funciones sindicales —es decir, se trató en el caso de un activista de base—, en atención no sólo a una sana interpretación del artículo 47 de la Ley de Asociaciones Sindicales que manda garantizar a todo trabajador la herramienta del denominado amparo sindical, sino que también se dieron especial cabida a otras fuentes jurídicas como el artículo 1 de la Ley Antidiscriminatoria para catalogar al despido como un acto con tales vicios, en tanto se interpretó que la empleadora había roto de manera arbitraria el contrato atento que a la fecha del despido el trabajador realizaba gestiones por ante el sindicato, el Ministerio de Trabajo y en el ámbito de la empresa a fin de que se convocara a elecciones para la selección de delegados de personal, así como también a las directivas emergentes de los Convenios 98 y 87 de la OIT que versan de manera respectiva sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación.

En orden con lo anterior, creemos que resulta válido lograr un tipo de interpretación dinámica del instituto de la tutela sindical que vaya a la par de las nuevas y avanzadas ideas sobre la materia, dejando a entrever que se trata en la especie de una de las propiedades más importantes con que cuenta el trabajador.

Producto de esa interpretación dinámica, y en orden las nuevas miradas provenientes tanto de la doctrina como de la jurisprudencia, podemos concluir este apartado diciendo que la protección otorgada por la tutela sindical no se circunscribe solamente a los representantes que forman parte de la asociación más representativa sino que, con un criterio mayor y constitucionalmente válido, dicha garantía como forma de propiedad del cargo es extensiva también a otros dos tipos de representantes: aquellos que forman parte de una asociación simplemente inscripta y aquel activista de base que, aún sin sindicación oficial, ejerce funciones colectivas o de representación en un ámbito profesional determinado.

Estos tres tipos de trabajadores deben gozar de especial protección, pues concluir de esa manera es además, ir de la mano con el sentido atribuido a la libertad sindical por nuestro derecho internacional y los órganos especializados encargados de interpretarlo.

Realizar una interpretación dinámica de la libertad sindical no significa romper necesariamente con el modelo de unicidad promocionado por la ley sindical local —aunque podríamos llegar a ese resultado—, sino dotar de sentido y mayor valor jurídico a nuestro derecho colectivo argentino.

Es válido decir a esta altura del desarrollo que la utilidad del artículo 47 de la LES es mayúscula, en tanto no sólo consagra una herramienta procesal en defensa de los trabajadores, sino que nos

(18) SCBA, Juba, L. 97.804.

abre una nueva vía para poder proyectar la protección tutelar por fuera de los límites estrictos de la personería gremial. Lo demás, esta dado por los artículos 48 y siguientes del mencionado texto legal.

VII. Una lamentable y peligrosa regresión: el fallo “Orellano” de la CSJN

Con fecha 7 de junio de 2016, la CSJN con las firmas de Ricardo Lorenzetti, Juan Carlos Maqueda y Elena Highton de Nolasco dictó sentencia en los autos caratulados “Orellano, Francisco Daniel c/ Correo Oficial de la República Argentina SA s/ juicio sumarísimo”, mediante la cual, a través de una liviana interpretación de nuestro plexo normativo, avaló el despido del actor Sr. Orellano, empleado del Correo Argentino, en función de su participación en medidas de protesta que no tenían una convocatoria sindical formal. Es de aclarar que el reclamante, había participado en una serie de asambleas y había hecho retención de tareas sin que el sindicato del sector proclamara la medida de fuerza.

Para fundamentar el acto del despido, la empresa argumentó que la desvinculación de Orellano se basaba en que durante dos semanas el mismo había participado en sucesivas “reuniones en el lugar de trabajo y durante la jornada habitual” y que habían “afectado” el desarrollo de las tareas en el centro operativo de Monte Grande, agregando que eso había redundado en “demora, retardo y retención en las imposiciones postales (...)” y que quedó comprometida la entrega de “6.000.000 de piezas postales”.

Vale aclarar que si bien el fallo refiere de manera elemental sobre todo al derecho de huelga y su titularidad, involucra también partes importantes de la presente investigación, toda vez que al sustraerle protección a las formas de sindicalización del movimiento obrero de base —que no cuentan con personería gremial, ni tampoco simple inscripción—, se desprotege gravemente el regular ejercicio de los derechos colectivos a través de (a nuestro modo de ver) una errónea interpretación del plexo legal, sin duda a la luz de un nuevo paradigma liberal de creación y aplicación del derecho, olvidando no ingenuamente muchas conquistas jurídicas de la clase trabajadora y lo que es peor aún, contradiciéndose con su propia doctrina judicial.

Claramente el fallo “Orellano” da base para escribir muchas páginas, pero por una cuestión de congruencia metodológica, en este apartado solamente se tratan algunos puntos que pueden afectar el derecho de la tutela sindical, eje fundamental de este trabajo.

En orden a ello, resulta absolutamente peligroso que la Corte efectúe un distingo entre las asociaciones sindicales que cumplen el requisito mínimo de la simple inscripción en un registro especial, y aquellas literalmente identificadas como “*simples grupos informales*” (v. considerando 8vo., anteúltimo párrafo), como base para reconocer la legitimidad en el ejercicio de ciertos derechos sindicales como la huelga o, por proyección (aunque la Corte no lo trató específicamente, pero se deriva de su doctrina), el derecho de tutela sindical para los representantes o delegados que no pertenezcan a uno de los tipos gremiales reconocidos por el Máximo Tribunal.

La Corte hace una interpretación exegética y restrictiva del término *gremio* receptado en el segundo párrafo del artículo 14 bis de la CN y —con cita de la opinión del convencional Acuña que actuó en la Convención Constituyente de 1957—, llega a decir que la amplitud en el reconocimiento de ciertos derechos a todos los trabajadores (cita la huelga, pero también podemos entender que puede hacer referencia de manera indirecta al goce de la tutela sindical), puede llevar a la anarquía de la clase trabajadora en la postulación de sus reivindicaciones fundamentales, y que la falta del aval responsable del sindicato (con personería gremial o simplemente inscripto) puede llegar a permitir la adopción de resoluciones de fuerza que muchas veces no estuviesen gestionando aquellas reivindicaciones fundamentales que se persiguen a través del último recurso de la clase trabajadora (ver. consid. 9º, 4to. párrafo).

Aunque exceda el tema de este trabajo, es importante decir, además, que lo más peligroso del fallo “Orellano” no es la limitación en el ejercicio de la huelga, o el desconocimiento de derechos sindicales a los representantes de base o a las formas sindicales de hecho denominadas de manera casi despectiva como “*simples grupos informales*,” sino la habilitación para el ejercicio de ciertas formas de despido consideradas discriminatorias por atentar contra el libre ejercicio de los derechos sindicales, restringiendo hasta la muerte de la aplicación del principio de la libertad sindical contra la obligatoria aplicación de normativa legal interna (ley antidiscriminatoria), así como también normativa y jurisprudencia internacional directamente vinculante para nuestro país (19).

La Corte también desoyó las interpretaciones progresistas vertidas por los amigos del Tribunal en la audiencia pública llevada a cabo en septiembre del año 2015, entre cuyas intervenciones —y en primer lugar—, se encontró la defensa del Dictamen elaborado por el Instituto de Derecho Social de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de La Plata, a cargo del Profesor Ricardo Cornaglia y en el que tuvimos el honor de participar junto con otros colegas de la mencionada Casa de Altos Estudios (20).

Entre los párrafos del mencionado dictamen sobresalen los siguientes:

“Los sindicatos acceden al derecho de huelga a partir de ejercer un derecho colectivo, que es básico de la libertad sindical. Pero ese derecho colectivo no se opone en absoluto al derecho de los trabajadores de incidencia colectiva, que constituye el sustrato necesario de la conducta de huelga. Desde esta óptica, pensar la titularidad del derecho de huelga en exclusivo ejercicio por las asociaciones gremiales, desposeyendo a los trabajadores de su ejercicio directo, es una forma de desvirtuar ese derecho humano y social, que corresponde a la espontánea y libre asociación para ejercerlo”.

“La posición antinómica que hace a la titularidad del derecho de huelga, privando a los trabajadores de su ejercicio autónomo y libre, para ponerlo en cabeza de las asociaciones sindicales con personería gremial, encubre una forma represora de la huelga y agravia el principio general de la razonabilidad de la ley, que el artículo 28 de la Constitución Nacional prescribe como parámetro constitucional para guiar al legislador”.

Sencillamente a través de “Orellano” la CSJN fue tras sus propios pasos —más allá de las diferencias que trató de marcar entre el caso en comentario y su jurisprudencia anterior, sobretudo en el considerando 14—, firmó un fallo claramente inconstitucional que potencialmente puede general responsabilidad internacional para nuestro país, abrió las puertas para la legitimación de los despidos discriminatorios basados en razones gremiales, y justificó una vez más la unicidad

(19) A modo de referencia podemos citar los siguientes fallos de la CIDH a saber Caso “Baena, Ricardo y otros Vs. Panamá”, Sentencia de 2 de febrero de 2001, Caso “Huilca Tecse Vs. Perú”, Sentencia de 3 de marzo de 2005, entre otros. Asimismo, y en materia de tratados de Derechos Humanos, podemos citar el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que establece la obligación de velar progresivamente por la plena efectividad de los derechos contenidos en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, cuyo artículo 45 en lo que aquí interesa prescribe que “(...) c) Los empleados y los trabajadores, tanto rurales, como urbanos, tienen el derecho de asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses incluyendo el derecho de negociación colectiva y el de huelga por parte de los trabajadores (...)”; el artículo 27 de la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, cuya eficacia jurídica ha sido expresamente reconocida por el Máximo Tribunal, dispone que “Los trabajadores tienen derecho a la huelga. La ley regula este derecho en cuanto a sus condiciones y ejercicio”; finalmente, el artículo 11 de la Declaración Socio laboral del Mercosur, que constituye la proclamación solemne de los derechos sociales fundamentales reconocidos como tales en el Mercosur, prescribe que “1. Todos los trabajadores y las organizaciones sindicales tienen garantizado el ejercicio del derecho de huelga, conforme a las disposiciones nacionales vigentes. Los mecanismos de prevención o solución de conflictos o la regulación de este derecho no podrán impedir su ejercicio o desvirtuar su finalidad”. En la misma senda encontramos los elementales Convenios 87 y 98 de la OIT, sobre protección del derecho de libertad sindical, libre sindicación y negociación colectiva.

(20) Texto completo del Dictamen disponible en : <https://drive.google.com/file/d/0B8wLyw9SzJJPRIhXOFhING5JbVU/view?pli=1>.

sindical promovida en parte por la ley 23.551 (ver para lo explicado en el punto IV del presente artículo).

En lo que puramente involucra a este trabajo, vale señalar sin embargo que la jurisprudencia sentada por el Máximo Tribunal Nacional en los casos “ATE c. Estado Nacional”, “ATE. c. Municipalidad de Salta” y “Rossi” se mantiene, aunque se limita el futuro reconocimiento del derecho de tutela sindical para el representante sindical de hecho, o que pertenece a una asociación colectiva sin inscripción (contra lo que antes hemos expuesto cuando comentamos en caso “Villalba” de la SCBA, o como lo hizo la propia CNAT en el fallo “Orellano”, que tendría en instancia extraordinaria un fatal destino).

Sin perjuicio de eso, las conclusiones derivadas de toda la investigación efectuada no se perierten, aún cuando hayamos incursionado (algunos) nuevamente en la época de la resistencia jurídico-laboral respecto a los principales derechos alcanzados por la clase trabajadora.

VIII. Conclusiones

A través del presente trabajo se trató de desarrollar un aspecto adicional de la tutela sindical. De esta manera, no solamente fueron expuestos sucintamente ciertos componentes clásicos del instituto seleccionado, sino que también se pensó en combinar dicho material con algunos aportes teóricos complementarios, sobre todo a partir del subtítulo en donde se trabajó sobre lo que denominamos la teoría de la triple propiedad de los trabajadores.

Claro que la tutela sindical —como forma de propiedad del puesto de trabajo— no abarca a todos los trabajadores sino que, como ha quedado aclarado, sólo involucra a cierta categoría de obreros que, por la especialidad de sus funciones, requieren de una protección mayor a la consagrada en la primera parte del artículo 14 bis de la CN.

Sobre lo anterior, y a partir de fundamentos provenientes de la legislación, doctrina y jurisprudencia, se concluyó que la tutela sindical abarca no solamente a los representantes que forman parte de la entidad con personería gremial, sino que por conducto del artículo 47 de la ley de asociaciones sindicales y, en mayor medida, por fuentes de mayor jerarquía —convenios de la OIT y Constitución Nacional—, dicha protección también es atribuible a los obreros que, ejerciendo acción gremial, pertenecen a una entidad simplemente inscripta o bien incluso a quienes ejercen funciones sindicales de hecho, más conocidos como activistas de base, es decir la protección se extiende incluso a quienes, sin pertenecer a una asociación sindical, operan en defensa de los derechos colectivos de su clase profesional, ya sea que trabajen o no para conformar a futuro una entidad que los nuclea. Es de aclarar que esta conclusión no se pervierte con la interpretación dada por la CSJN en el caso “Orellano” (que comentamos brevemente en el apartado VII), desde que un simple control de constitucionalidad y convencionalidad sobre el mismo puede llegar a tener la fuerza suficiente como para hacer caer la mayoría de los argumentos construidos allí por nuestro Máximo Tribunal.

La utilidad de nuestra anterior idea radica en el carácter dinámico con que entendemos se encuentra nutrido el principio de la libertad sindical, que es a nuestro entender el mejor camino para lograr operativizar lo que Durkheim denominó desde otro ángulo como formas de solidaridad orgánica.

A partir de eso, debemos comprender que el instituto de la tutela sindical no debe ser estudiando en el estricto y restrictivo marco de la ley 23.551 sino que, para un mejor entendimiento y posterior aplicación práctica, tenemos obligadamente que completar ese marco legal elemental con principios provenientes de otras y mejores fuentes jurídicas, tal cual se ha tratado de desarrollar en este trabajo.

Y es que el derecho sindical no sólo es lo que dice en nuestro país la Ley de Asociaciones Sindicales. Concluir en ese sentido sería una forma cruel e ignorante de recortar la realidad jurídica y social, sería encuadrarnos en un positivismo extraño por completo al sentido propio del Derecho Social como tal, como herramienta de reconocimiento pero a la vez de conquista de nuevos derechos para la clase trabajadora.

El Derecho Social no es sólo norma, sino realidad. Si entendemos eso, lograremos comprender de mejor manera lo que brevemente se trató de trabajar aquí: efectuar nuevos aportes al instituto de la tutela sindical.

IX. Bibliografía

BIDART CAMPOS, Germán J. (1981). "Principios constitucionales de derecho del trabajo (individual y colectivo) y de la seguridad social en el art. 14 bis", en: *Revista Trabajo y Seguridad Social*, T VIII A.

CASTEL, Robert (2009). *Las metamorfosis de la cuestión social: una crónica del salariado*. 5ª reimpresión. Buenos Aires: Paidós.

— (2008). *La inseguridad social. ¿Qué es estar protegido?* Buenos Aires: Manantial.

CORNAGLIA, Ricardo J. (2001). *Reforma Laboral. Análisis Crítico Aportes para una teoría general del Derecho del Trabajo en la crisis*. Buenos Aires: La Ley.

— (2010). *Derecho Colectivo del Trabajo - Derecho Sindical*. 2da. ed. actualizada. Buenos Aires: La Ley.

CORTE, Néstor (1988). *El modelo sindical argentino*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

CUARTANGO, Oscar A. y CUARTANGO, Gonzalo O. (2002). "La tutela de los trabajadores que desempeñan cargos sindicales en entidad simplemente inscriptas", en: *Revista Derecho del Trabajo*. Tomo 2002- A.

GATTI, Ángel E. (2003). La tutela sindical restringida, en: *Revista La Ley*, Año 10- Nro. 7, Agosto. Buenos Aires: La Ley.

GOLDÍN, Adrián O. (1992). *El sindicato único en la Argentina: un modelo agotado*. DT-LII-A.

JAUREGUIBERRY, Luis María (1957). *El artículo nuevo*. Santa Fe: Librería y Editorial Castellví S.A.

LITTERIO, Liliana H. (1989). "Tutela jurisdiccional de la libertad sindical. La acción del Art. 47 de la ley 23.551", *Revista Legislación del Trabajo*, Tomo XXXVII, Nro. 442. Octubre, p. 731.

LOPEZ, Guillermo A. F. (1973). *Estabilidad y tutela sindical en la ley 23.551*, DT- XLVIII-B.

ORSINI, Juan I. (2005). "El modelo sindical en la ley 23.551 y la tutela de los sindicatos sin personería gremial y de sus representantes", en: *Revista Doctrina Laboral*, Tomo XIX, mes de Julio. Buenos Aires: Errepar.

— (2012). "Nulidad en Ineficacia extintiva de los despidos discriminatorios antisindicales", en: *Jurisprudencia Laboral*, Tomo 2. Buenos Aires: Hammurabi.

PEREZ REY, Joaquín (2004). *Estabilidad en el empleo*. Madrid: Trotta SA.

Fecha de recepción: 28-04-2016

Fecha de aceptación: 13-06-2016