

ACTUALIDAD SOBRE LA REPRESENTACIÓN SINDICAL EN LA ARGENTINA

(A PARTIR DEL FALLO DICTADO POR LA CORTE SUPREMA EN
LOS AUTOS “ATE c. MINISTERIO DE TRABAJO”)*

por Héctor Omar García

Sumario: I. Introducción; II. Precisión entre *representación* y *representatividad*; III. Crítica al modelo argentino de representación de los trabajadores en el lugar de trabajo; IV. Análisis del fallo dictado por la Corte Suprema en la causa “ATE c. Ministerio de Trabajo”; V. Las consecuencias del fallo “ATE”: V.1. *¿Quién representa a los trabajadores en el lugar de trabajo?*; V.2. *¿Es exigible o no la afiliación sindical para postularse?*; V.3. *¿Quién convoca y quién fiscaliza el comicio?*; V.4. *¿Poseen tutela gremial los delegados de las asociaciones simplemente inscriptas?*; V.4.3. *¿Cómo se interpretan los artículos 48 y 52, LAS, a partir de la doctrina del fallo “ATE?”*; V.5. *¿Se mantiene vigente la revocación de mandatos por asamblea de afiliados?: V.5.1. Revocación por asamblea de los trabajadores representados, V.5.2. Revocación por asamblea o congreso de la asociación sindical;* V.6. *¿Afecta el fallo a la representación en la negociación colectiva de empresa?*; V.7. *¿Existen modelos de representación que puedan aportar alguna referencia comparativa para el sistema argentino a partir del fallo?: V.7.1. La representación unitaria de los trabajadores en España (delegados del personal y comités de empresa), V.7.2. Las secciones sindicales en España y Francia, V.7.3. Los delegados sindicales en España y Francia, V.7.4. Los comités de empresa del modelo alemán, V.7.5. La representación sindical unitaria (RSU) del sistema italiano.*

I. Introducción

Todo lector que preste atención a este opúsculo, conoce sin duda las diferencias que existen entre los sistemas de relaciones laborales uruguayo y argentino. La doctrina de ambas orillas se ha ocupado de presentar estas diferencias en medida suficiente¹.

* Ponencia que acompaña la exposición del autor en la Mesa Redonda sobre Modelos de libertad sindical en el Río de la Plata”, en las “XVI Jornadas Rioplatenses de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, organizadas conjuntamente por la Asociación Uruguaya de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y celebradas en Colonia del Sacramento, Uruguay, 24 y 25 de abril de 2009.

¹ Cito, por todos, las investigaciones realizadas por SARTHOU, Helios, MANTERO DE SAN VICENTE, Osvaldo, MANTERO ÁLVAREZ, Ricardo, LÓPEZ LÓPEZ, Adriana, y RACCIATTI, Octavio Carlos, para el INSTITUTO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL – FACULTAD DE DERECHO – UNIVERSIDAD DE LA REPÚBLICA (Héctor-Hugo BARBAGELATA, Director), “*El Derecho Laboral del Mercosur Ampliado*”, 2da edición, FCU – Cinterfor, Montevideo, 2000, pp. 433/529.

Sabe, por tanto, que el sistema uruguayo se caracteriza, desde su origen, por conceder mayores márgenes a la autodeterminación de los trabajadores y que, en cambio, en el denominado “modelo sindical argentino” pervive la impronta del intervencionismo estatal. Está seguramente informado, también, de que el régimen uruguayo de organización sindical reposa —como ha descrito Falchetti— sobre una base de pluralismo gremial y voluntad asociativa estricta², que el legislador republicano evitó restringir, hasta el extremo de desgarnecer la solvencia patrimonial de los sindicatos, que no cuentan con soporte legal para la imposición de las denominadas cláusulas de solidaridad (*agency shop*)³. Mientras que, entre otras diferencias, la Ley de Asociaciones Sindicales argentina (n° 23.551) concede expresamente ésta y otras relevantes habilitaciones con carácter exclusivo⁴ al sindicato “único” —preferentemente constituido por rama de actividad⁵— que obtiene el reconocimiento del Estado como “más representativo” implícito en la personería gremial, instituto que rompe el necesario equilibrio entre concentración⁶ y libertad que requiere la regulación tutelar del derecho fundamental de libertad sindical en su complejidad esencial⁷.

Si se atiende a los innumerables factores culturales y sociales en común que solidifican el histórico vínculo entre Uruguay y Argentina⁸, no deja de sorprender

² El artículo 57 de la Constitución de la República del Uruguay establece: “*La ley promoverá la organización de sindicatos gremiales, acordándoles franquicias y dictando normas para reconocerles personería jurídica. Promoverá, asimismo, la creación de tribunales de conciliación y arbitraje. Declárase que la huelga es un derecho gremial. Sobre esta base se reglamentará su ejercicio y efectividad.*”

³ FALCHETTI MIGNONE, Roberto, “*Los Sindicatos. Curso introductorio a su régimen jurídico*”, Edic. Jurídicas Amalio M. Fernández, Montevideo, 1982, vol. I, pp. 146/150.

⁴ Por todos, vid CORTE, Néstor T., “*El Modelo Sindical Argentino*”, segunda edición actualizada, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 1994, pp. 14/71.

⁵ Véase la caracterización de GOLDIN, Adrián O., “*El trabajo y los mercados. Sobre las relaciones laborales en la Argentina*”, Eudeba, Bs. As., 1997, p. 43.

⁶ Lo dicho aquí no debe interpretarse en sentido de menoscabar el valor de la unidad como factor de fuerza obrera que constituye el principio connatural y rasgo característico del sindicalismo identificado por Plá Rodríguez como “tendencia federativa”. Vid PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, “*Curso de derecho laboral. Derecho colectivo – tomo IV, volumen I*”, Editorial IDEA, Montevideo, 1999, pp. 27/28.

⁷ Esto no se ajusta a lo dispuesto por el art. 14 bis de la Constitución Argentina, que dispone, en sus párrafos primero y segundo: “*El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor; jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial. Queda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo.*”

⁸ La corriente migratoria, predominantemente europea y con orientación ideológica anarquista, que fluyó hacia el Uruguay en los últimos años del siglo XIX y en los primeros del siglo XX, a la que hace referencia Plá Rodríguez, arribó también a la Argentina. Cfr. PLÁ RODRÍGUEZ, A., “*Curso...*”, cit., p. 19.

la notable diferencia que existe entre uno y otro sistema de organización sindical. Diferencia que se traslada a la evolución —en sentido recíprocamente opuesto— que demuestra el tratamiento jurídico recibido por la libertad sindical en ambos países en el breve pero intenso período comprendido por el último lustro.

Lo que mi modesta observación intenta expresar es que, mientras el legislador oriental abandona su atávico *abstencionismo legislativo*⁹ en materia de relaciones laborales colectivas¹⁰ para instaurar —aun de manera “asistémica, fragmentaria y puntual”¹¹— instrumentos de sostén y desarrollo de la organización y la actividad sindical¹², el sistema de organización sindical en la Argentina, tan protegido como intervenido por la regulación del Estado que privilegia la *concentración* por sobre la *libertad* sindical, inicia un recorrido que se podría calificar de inverso en relación con el experimentado en el Uruguay¹³.

Esa evolución comienza tímidamente con el dictado de disposiciones reglamentarias que admiten la pluralidad de personerías gremiales —primero en el sector público¹⁴ y luego en el nivel de federaciones dentro del ámbito

⁹ Cfr. PLÁ RODRÍGUEZ, A., “Curso...”, loc. cit.

¹⁰ Lo dicho no soslaya sino reafirma lo señalado por Garmendia, en cuanto a que “el Estado es un actor esencial en las relaciones laborales del mundo actual, lo que determina que su posición en referencia a las mismas nunca resulte anodina, de tal suerte que incluso en aquellos casos en que la misma posea la apariencia de una absoluta prescindencia, sería pertinente hablar de una actitud de *intervención por omisión*”. Vid GARMENDIA, Mario, “La negociación y el convenio colectivo”, en ACKERMAN, Mario E. (director) y TOSCA, Diego M. (coordinador), “Tratado de Derecho del Trabajo”, Rubinzal-Culzoni Editores, Bs. As. – Santa Fe, 2007, t. VIII – Relaciones Colectivas de Trabajo - II”, p. 33 (itálica en el texto original).

¹¹ Cfr. ERMIDA URIARTE, Oscar, “La nueva legislación laboral uruguaya”, IUSLabor 4/2006; también publicado en GIANIBELLI, Guillermo y ZAS, Oscar (coordinadores) “Estudios de Teoría Crítica de Derecho del Trabajo (inspirados en Moisés Meik)”, Editorial Bomarzo Latinoamericana, Bs. As., 2006, pp. 113/124.

¹² Entre las cuales me permito destacar la “reconvocatoria” a los consejos de salarios en 2005, la ley n° 17.940 (del 2-02-06), denominada “de protección y promoción de la actividad sindical”; y el decreto 105/2006 (del 30-05-06), denominado “de prevención y solución de conflictos colectivos y de reglamentación de las ocupaciones”, que deroga el cuestionado decreto 512/66 y declara, de conformidad con la doctrina y la jurisprudencia uruguayas y las decisiones del Comité de Libertad Sindical de la OIT, que la ocupación es una manifestación de la huelga y, al mismo tiempo, autoriza al Poder Ejecutivo a disponer el desalojo de los ocupantes cuando la continuidad de la medida ponga en grave peligro la vida, la seguridad o la salud de la población o afectará seriamente el orden público. Vid. Los trabajos de ERMIDA URIARTE, Oscar, “La nueva legislación laboral uruguaya”, y BARRETTO GHIONE, Hugo, “Modos de producción del derecho y ordenamiento jurídico: Una contribución al estudio de la regulación de los conflictos colectivos”, publicados en GIANIBELLI, G. y ZAS, O. (coord.) “Estudios de Teoría Crítica...”, cit., pp. 51/ 61.

¹³ La continuidad de estas tendencias recíprocamente inversas, debería generar, como singular consecuencia, un camino hacia la convergencia de ambos sistemas, en la medida que verían estrecharse sus diferencias.

¹⁴ La resolución Gral. MTEySS n° 255/2003, busca apoyatura no en la ley 23.551 sino en la ley 24.185, de negociación colectiva en el sector público nacional. La norma reglamentaria asume, en sus considerandos, la “realidad histórica” de la representación colectiva en los ámbitos estatales — como se argumenta en los considerandos de la resolución— y consolida la pluralidad de personerías gremiales que se verifica en dichos ámbitos. A partir de esta reglamentación, el otorgamiento de una nueva personería a un sindicato de trabajadores estatales —siendo indistinto

privado¹⁵— y se expande a través de la jurisprudencia, que descomprime y distribuye algunos de los más importantes derechos concentrados en la personería gremial por la literalidad de la ley 23.551.

Entre estos derechos, destaco:

– la anulación de despidos y consecuente reinstalación en el puesto de trabajo reconocimiento de tutela gremial a trabajadores no amparados por el “fuero gremial” previsto en los arts. 48 y 52 de la ley 23.551 para representantes de organizaciones con personería¹⁶;

– la admisibilidad de la vía del amparo sindical para declarar la inconstitucionalidad de las cláusulas que establecen cuotas de solidaridad o “agency shop”¹⁷; y

– la declaración de inconstitucionalidad de la obligación de “*estar afiliado a la respectiva asociación sindical con personería gremial y ser elegido en comicios convocados por ésta*” para ejercer las funciones de delegado del personal, impuesta por el art. 41, inciso a) de la ley 23.551¹⁸.

Esto último, que representa, hasta el momento, el punto culminante de la comentada evolución, surge de la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “*Asociación de Trabajadores del Estado ATE c. Ministerio de Trabajo s/Ley de Asociaciones Sindicales*”.

que éstos sean dependientes del Estado nacional, los Estados provinciales, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o de los municipios— no obliga a tramitar el procedimiento de disputa de personería previsto en los arts. 25 in fine y 28 de la ley 23.551. Por lo tanto —según expresa el reglamento en cuestión—, la adquisición de la nueva personería gremial no produce el desplazamiento de las personerías preexistentes, que mantienen los derechos de representatividad colectiva de los trabajadores comprendidos en su ámbito y de recaudación de cuotas por vía de retención en la nómina salarial (arts. 31 y 38, ley 23.551).

¹⁵ CNAT, sala II, “*Ministerio de Trabajo c. Federación de Sindicatos de Trabajadores de la Carne y Afines de la República Argentina s/Sumario*”, SD n° 94.681; 26-12-06; expte. 16.986/05 (voto de la Dra. G. González, siguiendo los fundamentos del Fiscal Gral. del Trabajo, Dr. E. Álvarez, en dictamen n° 43.384).

¹⁶ Vid, entre otros: CNAT, Sala VI, “*Balaguer, Catalina c. Pepsico Snacks s/Amparo*” (10/03/04); Sala IX, “*Greppi, Laura K. c. Telefónica de Argentina S.A. s/Despido*” (31/05/05); sala V, “*Parra Vera, Máxima c. San Timoteo S.A. s/Acción de amparo*” (sent. 68.536; 14-06-06); sala V, “*Arecco, Maximiliano c. Praxair Argentina S.A. s/Juicio sumarísimo*” (21/12/06); sala VIII, “*Cáceres, Orlando Nicolás c. Hipódromo Argentino de Palermo S.A. s/Juicio sumarísimo*” (sent. 34.673; 30-11-07); y sala II, “*Álvarez, Maximiliano y otros c. Cencosud S.A. s/Acción de amparo*” (sent. 95.075; 25-06-07).

¹⁷ La sala V de la CNAT, en autos “*Álvarez, Ricardo Oscar y otros c. Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social y otro*”, por decisión de la mayoría del tribunal, integrada por los Dres. García Margalejo y Zas, juzgó irrazonable el volumen de la cuota solidaria fijada en el CCT n° 351/02, equivalente al 3 % de las remuneraciones del personal de industrias químicas y petroquímicas de Zárate. La sentencia ha sido publicada en DT, 2007-A, p. 171, junto con la sólidamente fundada nota crítica de Pablo Topet. Vid TOPET, Pablo, “*A propósito de un fallo: La libertad negativa de asociación*”, DT, 2007-A, p. 171.

¹⁸ CSJN, 11-11-2008, “*Asociación de Trabajadores del Estado ATE c. Ministerio de Trabajo s/Ley de Asociaciones Sindicales*” (S.C.A. n° 201, L. XL.).

La importancia de esta sentencia, reside en dos aspectos de la doctrina sentada por la Corte Federal:

a) En que el máximo tribunal argentino aplica los tratados internacionales “*en las condiciones de su vigencia*” —cláusula constitucional cuyo sentido y alcance será explicado más abajo— para hacer valer la *libertad de asociación sindical* en su sentido puro¹⁹ conforme a la interpretación de los organismos de control de la aplicación de normas de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), lo que implica adherir a las críticas formuladas por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones y el Comité de Libertad Sindical al régimen legal argentino en términos de su incompatibilidad con el Convenio n° 87.

b) Y por otra parte, en que la declaración de inconstitucionalidad impacta en la base de la estructura del régimen legal de organización sindical argentino.

A modo de introducción del examen del fallo en cuestión, repasaré en primer término las nociones de representación y representatividad. Luego someteré a un breve examen crítico el sistema argentino de representación de intereses colectivos en el ámbito de trabajo, para finalmente exponer la trascendente doctrina sentada por la Corte Suprema en el caso “ATE” e intentar ensayar algunas hipótesis de aplicación de sus consecuencias en su relación con los aspectos inalterados del régimen de organización sindical.

II. Precisión entre *representación* y *representatividad*

No obstante que ambos conceptos son frecuentemente utilizados en forma indistinta, la doctrina jurídica y sociológica —especialmente en Italia—, ha avanzado en la precisión y distinción de los respectivos significados de *representación* y de *representatividad*.

Conforme explica Mimmo Carrieri, la *representación* sindical tiene por fundamento la capacidad de la organización de actuar por cuenta del mundo del trabajo. Esta representación —analiza el mencionado especialista en sociología laboral— es plena cuando es “inclusiva”, es decir, cuando tiene capacidad de expresar a todos los actores reflejando los cambios sociales en evolución. El mismo autor destaca la existencia de dos facetas características de la representación: es ésta el reflejo de la “cercanía sociológica” entre el representante y sus representados y, al mismo tiempo, implica la responsabilidad o capacidad de decisión de aquél por éstos, seleccionando los intereses y las demandas que se encuentren en juego²⁰.

La representatividad, en cambio, mide el grado de consenso de las diversas organizaciones sindicales y es materia generalmente librada a la regulación legislativa o al acuerdo entre los actores sociales. Carrieri destaca, como un

¹⁹ Ello —vale formular la aclaración—, sin descompensar las garantías a los derechos individuales de los trabajadores.

²⁰ Vid CARRIERI, Mimmo, “*L’incerta rappresentanza*”, Il Mulino, Bologna, 1995; y “*Sindacato in bilico*”, Donzelli, 2003.

aspecto trascendente, el umbral dimensional al que se aplican las reglas en esta materia, que puede fundarse sobre un principio electoral o asociativo²¹.

Tal como recoge la extraordinaria investigación de Babace que desarrolla el tema, la doctrina jurídica italiana establece una distinción entre “*representación*” de “*representatividad*” sindical, señalando que aquélla se entiende como la actividad de sustitución legal de los miembros en el ejercicio de la representación negocial, en tanto que la segunda se refiere a la representación de intereses, que no es “*representación*” en sentido estricto pues no da origen a actos cuya eficacia jurídica recaigan en la esfera del representado, sino que ejercita una actividad dirigida a tutelar los intereses de éste. Esta posición se acerca a las teorías civilistas pero indica como elemento caracterizante de la representatividad, la tutela del interés colectivo²².

El citado jurista uruguayo agrega, que la *representatividad* reposa sobre el presupuesto de que el trabajador-representante sindical se encuentra en mejor condición de exponer los intereses de su sector, en la medida que conoce los problemas que afectan al mismo en mayor medida que quien desarrolla actividades diversas, con lo que se vincula así a la representatividad con el reconocimiento del *carácter representativo de la organización* sindical²³.

Babace también explica —con apoyo en la opinión de Branca— que la *representación* puede ser ejercida por cualquier sindicato en las funciones que les son propias, especialmente en el ejercicio de la autonomía colectiva; en tanto que la *representatividad* consiste en atribuirle a una o más asociaciones sindicales el representar los intereses no sólo de sus miembros sino de todo un sector profesional. No obstante tratarse de instituciones diferentes, existe entre ellas un estrecho vínculo, ya que en el campo de la contratación colectiva, la representatividad constituye un antecedente necesario que la organización profesional debe poseer para poder ejercer la representación. Desde esta posición se propicia la *representatividad* como un criterio de determinación del sindicato más representativo pero reconoce que es un atributo indispensable de la representación²⁴.

La representatividad —sintetiza Babace— es una *especie* de la representación, porque es la representación misma. “Podrá hablarse de mayor o

²¹ Por ejemplo, la *representatividad* que habilita a ejercer la *representación* en la negociación colectiva, puede estar condicionada en base al principio asociativo, de lo que resulta la exigencia de un determinado número de afiliados (en el que se basa la personería gremial en la Argentina), o conforme al principio electoral, como se da en el requerimiento de un porcentaje mínimo porcentaje de votos, como en Italia (un 5%).

²² Cfr. BABACE, Héctor, “*La representación sindical*”, 1° edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1993, p. 34, con cita de GRANDI, Mario, “*Rappresentanza e rappresentatività sindacale*”, RIVA SANSEVERINO, L. e MAZZONI, G. “*Nuovo trattato di diritto del lavoro*”, Gedam, Padova, p. 1971, t. I, p. 129.

²³ BABACE, H., “*La representación...*”, 1° edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1993, p., 34, con cita de GIANNINI, Máximo Severo, “*Diritto Amministrativo*”, Giuffré, Milano, 1970, vol. I, p. 281 (itálica agregada).

²⁴ BABACE, H., op. cit., p. 34, con cita de BRANCA, Giorgio, “*L’ Assosiazione sindacale*”, Giuffré, Milano, 1960. p. 124.

menor representatividad comparando una organización con otra o consigo misma en distintos momentos, pero siempre que haya representatividad habrá representación y para que haya representación es indispensable la representatividad”²⁵.

Se estima —prosigue el autor varias veces citado— que una organización es representativa cuando se la reconoce como intérprete de las aspiraciones y las necesidades de la categoría, de las tendencias y corrientes que en ella se manifiestan. En consecuencia —añade siguiendo a Van der Laat— la llamada representatividad sindical es un criterio de valoración de la capacidad de una organización sindical para representar los intereses profesionales, porque en los sistemas en que existe libertad sindical es necesario determinar cuál es el representante más calificado de la profesión. Es, además, una cualidad implícita de la representación asumida por cualquier organización auténtica²⁶.

En definitiva —concluyo con Babace— no puede desconocerse que el término *representatividad* sirve para aludir al poder de convocatoria de los sindicatos implícito en la representación sindical. Aquel término también se utiliza para aludir al imprescindible reconocimiento que debe recibir el sindicato o el grupo de *ad hoc* que asume la representación de la categoría de todos los actores del mundo del trabajo²⁷.

En el régimen legal argentino de asociaciones sindicales, la *representación* sindical sólo puede ser ejercida a partir del reconocimiento de la *representatividad* de la organización de que se trate, implícito en la personería gremial otorgada por el Estado.

III. Crítica al modelo argentino de representación de los trabajadores en el lugar de trabajo

Como he señalado en trabajos anteriores²⁸, los cambios producidos en el contexto social, político y económico durante ya casi dos décadas, particularmente las transformaciones operadas en la configuración de la empresa —interconectada exteriormente y segmentada interiormente en redes de subcontrataciones— y en la conformación del colectivo social susceptible de denominarse hoy “clase trabajadora”, conducen a repensar los mecanismos de implantación sindical en la empresa a fin de readaptarlos al contexto social-económico-productivo de manera que cumpla con mayor eficiencia su función instrumental defensiva de los derechos e intereses de los trabajadores.

²⁵ BABACE, H., op. cit., pp. 34/35.

²⁶ BABACE, H., op. cit., p. 35, con cita VAN DER LAAT ECHEVERRÍA, Bernardo, “Consideraciones en torno a la representatividad sindical”, Rev. de Ciencias Jurídicas, Universidad de San José de Costa Rica, 1979, p. 98.

²⁷ BABACE, H., op. cit., p. 35.

²⁸ “*Sindicalización, representación y conciencia colectiva: notas sobre la actualidad y perspectiva de la libertad sindical*”, ponencia oficial en las Jornadas sobre “El Modelo Sindical Argentino en el Siglo XXI”, organizadas por la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social – Filial Córdoba (Córdoba, 22 y 23 de marzo de 2007), publicada en Revista “Catorce bis”, edición especial dedicada a “*El modelo sindical argentino*”, año XI, n° 37, Córdoba, 2007.

Personalmente, considero que la representación colectiva en el ámbito de trabajo debe adecuarse, más que ninguna otra estructura y función sindical, a las actuales divisiones externas e internas de la nueva configuración de la empresa y también a la segmentación y segregación de intereses generada en el colectivo de trabajadores, no sólo por la atomización de la organización productiva, sino también por la inestabilidad en el empleo, la alta informalidad laboral y la desocupación, entre otros factores que acrecientan la vulnerabilidad económica de aquéllos.

En la Argentina, la ley n° 23.551, ha diseñado un perfil de organización e implantación cristalizado en la era fordista, y por su parte, las organizaciones sindicales no han sabido, hasta el momento, sintetizar en su organización y su acción la heterogeneidad de intereses individuales y colectivos que están llamados a representar en las actuales circunstancias.

Así, por ejemplo, la atribución de la representación con carácter exclusivo al sindicato representativo de los trabajadores afectados a la *actividad principal* de la empresa o establecimiento —aplicado en la resolución judicial de diversos conflictos, principalmente, de encuadramientos sindical y convencional²⁹— comporta una injusta exigencia impuesta a la organización sindical de persistir en configurarse a la manera fordista de la empresa como organización homogénea e integrada verticalmente, que carece de correlato en la realidad económica.

Como consecuencia de tal desajuste entre la nueva configuración de la empresa y la vieja metodología de implantación y representación sindical reconocida en exclusividad a la organización sindical con personería gremial correspondiente a la “actividad principal”, se producen inevitables huecos de representación en las explotaciones de las empresas contratistas y subcontratistas.

Entre las causas jurídicas de las ineficiencias que derivan de la *representación unificada* en la cuestionada figura³⁰, destaco los múltiples mandatos y representaciones acumulados en ella. El delegado es un órgano de la organización sindical con personería gremial, que debe representar, simultáneamente, a dicha organización y al conjunto de los trabajadores de la empresa o establecimiento, sean ellos afiliados o no a la organización sindical.

La crisis de este sistema de representación se hace patente cuando la organización sindical y los trabajadores representados tienen intereses contrapuestos. Además, la persona del delegado, trabajador al fin, se encuentra sometida al poder de organización y dirección del empleador, con quien se halla en situación de subordinación jurídica y dependencia económica.

Por lo demás, la atribución con carácter exclusivo del derecho a la implantación de delegados a los sindicatos con personería gremial, no resulta compatible con la doctrina de los órganos internacionales de control de la vigencia de la libertad sindical, en la medida que constituye un rasgo expresivo

²⁹ De este criterio están imbuidos diversos fallos, tanto de la CNAT, v. gr., el plenario n° 36, “*Risso c. Química La Estrella*.”, como de la CSJN, por ejemplo, en: “*Sindicato de Trabajadores de la Industria de la Alimentación c. Ministerio de Trabajo*” (conocido como caso “*Café La Virginia*”) y “*Rodríguez, Juan c. Compañía Embotelladora y otro*”.

³⁰ Cfr. CORTE, Néstor T. “*El modelo...*”, cit., p. 18.

del sistema de *representación y representatividad* sindical monopólica plasmado en la ley 23.551, incompatible con los Convenios n° 87 y 135 de la OIT.

Estas reflexiones me han llevado a criticar en diversas oportunidades anteriores al factor nuclear del sistema argentino de representación colectiva en la empresa, esto es, la figura del delegado gremial, en tanto institución jurídica y social, que ahora ha sido puesta en crisis por la reciente doctrina constitucional del máximo tribunal nacional.

IV. Análisis del fallo dictado por la Corte Suprema en la causa “ATE c. Ministerio de Trabajo”

La sentencia del título recae sobre un conflicto intersindical suscitado a partir de que la Asociación de Trabajadores del Estado (ATE) —sindicato con personería gremial para representar a todos los trabajadores del sector público nacional, provincial y municipal—, convoca a elecciones de delegados en el Estado Mayor General del Ejército y el Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas, ámbito en el cual dicha personería le había sido recortada como consecuencia del otorgamiento de personería a la Unión del Personal Civil de las Fuerzas Armadas (PECIFA) en tiempos en que se encontraba vigente la ley 14.455 (mediante la res. n° 414/66 de la autoridad de aplicación).

Ante la impugnación presentada por PECIFA a la convocatoria electoral de ATE, el Ministerio de Trabajo hace lugar a la misma, con los siguientes fundamentos: a) el art. 41, inc. a), de la ley 23.551 exige, para ser delegado del personal, la condición de “*estar afiliado a la respectiva asociación sindical con personería gremial y ser elegido en comicios convocados por ésta*”; y b) la única asociación profesional con aptitud para “*convocar, organizar y fiscalizar*” las elecciones de delegados era aquella cuya personería gremial abarcaba al personal del ámbito en cuestión, en alusión a la impugnante PECIFA.

ATE interpone el recurso previsto en el art. 62 de la ley 23.551 ante la CNAT y la resolución del Ministerio de Trabajo es confirmada por la sala VI, que considera nula la convocatoria electoral de ATE y descarta, “*por inoficiosos*”, los planteos fundados en los principios de libertad sindical y representación “*legislados*” en los Convenios 87, 98 y 135 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) así como las “*numerosas citas de decisiones*” del Comité de Libertad Sindical y de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, señalando que “*no interesan para la dilucidación del caso, por encontrarse en juego los alcances de una personería gremial ya otorgada, con la consiguiente exclusión de otra asociación de dicho ámbito*” (del voto del Dr. Juan C. Fernández Madrid).

En el voto minoritario del Dr. R. Capón Filas —que con distintos fundamentos propone también rechazar el recurso— directamente no se encuentra ninguna referencia a los planteos fundados en las normas internacionales y en su metodología de aplicación. El Dr. Capón Filas expresó su opinión en torno a la validez de la resolución administrativa cuestionada por la actora, a la que asoció con la vigencia de la antigua resolución n° 414/66, mediante la cual se había otorgado la personería gremial a PECIFA.

ATE interpone el recurso extraordinario contra la sentencia de segunda instancia, para que sea resuelto por la máxima instancia jurisdiccional federal. Como este recurso le resulta denegado, la agraviada va directamente en queja ante la Corte Suprema. ATE sostiene, entre otros argumentos, que el régimen de personería y exclusividad previsto en la ley 23.551 es incompatible con los Convenios n° 87, 98 y 135 de la OIT, y que mediante el decreto n° 1096/2000 el Gobierno argentino había asumido el compromiso de compatibilizar la legislación nacional con las referidas normas internacionales, en el marco de lo establecido, específicamente, por el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional.

El dictamen de la Procuradora Fiscal ante la Corte, Dra. Marta Beiró de Goncalvez, sin anticipar opinión sobre el fondo del asunto, recomendaba hacer lugar a la queja, con fundamento en que la verificación de falta de tratamiento de cuestiones conducentes para la solución del caso —consistentes en la existencia de antecedentes normativos que relativizaban, para el sector público, la exclusividad de derechos que acarrea la personería gremial, la especial regulación de la ley n° 24.185 y las resoluciones de la autoridad administrativa n° 51/87 y 1101/94 y 255/03— configuran la arbitrariedad de la sentencia de grado, que resultaba, así, violatoria del principio de congruencia.

Sin embargo, la Corte Suprema descarta el camino propuesto por la Procuradora Fiscal y hace lugar a la queja y al recurso extraordinario planteados por ATE, revocando la sentencia de la sala VI con argumentos que constituyen a la sentencia —como he señalado en otro lugar³¹— en algo más que un *leading case*, por cuanto si bien sus alcances y derivaciones aún resultan imposibles de justipreciar, la doctrina sentada permite considerarlo un punto de inflexión en la metodología de interpretación y aplicación de las normas internacionales y particularmente de las que regulan el derecho de libertad sindical. Los fundamentos del fallo recorren las fuentes constitucionales que consagran la libertad sindical, especialmente las de origen internacional, que constituyen el eje argumental a partir del cual el máximo tribunal arriba a la solución del recurso declarando la inconstitucionalidad del art. 41, inciso a), de la ley 23.551, en cuanto esta cláusula exige, para ejercer las funciones de representación indicadas en el art. 40 de la misma ley —delegados del personal, comisiones internas y organismos similares—, “*estar afiliado a la respectiva asociación sindical con personería gremial y ser elegido en comicios convocados por ésta*”³².

La sentencia pone en primer plano el “*desarrollo progresivo* del que ha sido objeto el derecho de asociación”, que —conforme expresa en el considerando 3°— “puso de manifiesto el doble orden de notas esenciales” contenidas por este derecho fundamental, a las cuales la sentencia considera “decisivas para el esclarecimiento del sub lite”. Este proceso, por un lado, “reveló —en palabras del tribunal— las dos incescindibles dimensiones” contenidas en el derecho de asociación, la “individual” y la “social”; y por el otro, “advirtió la especificidad de la asociación en el campo de los sindicatos, dando lugar a la profundización de

³¹ Véase mi trabajo “*La libertad sindical en las condiciones de su vigencia*”, publicado en DT 2008-B, p. 1084.

³² SCJN, “*Asociación de Trabajadores del Estado c. Ministerio de Trabajo s/Ley de Asociaciones del Estado*”, S.C.A. n° 201. L. XL., 11-11-08.

la llamada libertad sindical”. Destaca la evolución progresiva de la tutela del derecho de asociación, desde la garantía plasmada en el artículo 14 del texto constitucional de 1853-1860 hasta la incorporación de la Argentina a la Organización Internacional del Trabajo (OIT), cuya Constitución enuncia en su Preámbulo “*el reconocimiento del principio de la libertad sindical*” como factor “*esencial para el progreso constante*” y condición necesaria y urgente que los Estados miembros deben asegurar a fin de materializar la justicia social, y se expande en la “*sucesión ininterrumpida de los numerosos instrumentos internacionales que, desde 1994, tienen jerarquía constitucional*” por obra del art. 75.22, segundo párrafo, de la CN (considerandos 3º y 4)³³.

La sentencia remite a algunos de los instrumentos internacionales dotados de jerarquía constitucional, como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADyDH); la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH); la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (CADH); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP); y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESyC), de los cuales surge de manera inequívoca la garantía para “*toda persona*” a su “*derecho de asociarse (...) para promover, ejercer y proteger sus intereses legítimos de orden (...) sindical*” (art. XXIII, DADyDH); a la libertad de asociación con fines laborales y sindicales (art. 16.1, CADH, y art. 22.1, PIDCyP) y su consecuente prohibición de pertenecer obligatoriamente a una asociación (art. 20, DUDH); y al derecho —que el decisorio considera “*estrechamente vinculado con la temática sub discussio*”— de toda persona “*a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales*” establecido por el art. 8.1.a) del PIDESyC.

Dentro de estos “*marcados ámbitos de libertad sindical*”, la argumentación de la Corte destaca lo que considera como un “*hito mayúsculo*” en el historial de la garantía universal de la libertad de asociación sindical: los arts. 8.3 del PIDESyC y 22.3 del PIDCyP³⁴, utilizando fórmulas discursivas prácticamente idénticas, coinciden en afirmar que “*nada de lo dispuesto*” en dichas respectivas normas “*autorizará a los Estados Partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948 relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación a adoptar medidas legislativas que menoscaben las garantías previstas en dicho Convenio o a aplicar la ley en forma que menoscabe dichas garantías*”. Esa prioridad otorgada por los dos mencionados Pactos, ubicados en la cima de la escala normativa argentina por el Constituyente de 1994, inaugura la recepción por la jurisprudencia de nuestro mayor tribunal de la tesis de la jerarquía constitucional del Convenio n° 87 de la OIT (considerando 5º, segundo párrafo), anticipada por la doctrina³⁵.

³³ Vid el artículo precedentemente citado, pp. 1084/1085.

³⁴ Ambos Pactos han sido adoptados por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, reunida en Nueva York el 19/12/66, mediante su resolución 2200 A (XXI) y fueron ratificados por la Argentina previa aprobación por la ley n° 23.313.

³⁵ Vid, entre otros: RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, “*Las instituciones del Derecho Colectivo del Trabajo y la Constitución Nacional*” en VV.AA., “*Derecho Colectivo del Trabajo*”, La Ley, Bs.

La doctrina constitucional sentada por la Corte, toma en cuenta las propias reglas de interpretación que prescribe expresamente el Convenio de Libertad Sindical de la OIT. El artículo 3.2 de este instrumento previene contra “toda intervención de las autoridades públicas que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal”. A su vez, el art. 8.2 prescribe que “*la legislación nacional no menoscabará ni será aplicada de suerte que menoscabe las garantías previstas por el presente Convenio*”; y el art. 10 aclara —tautología mediante— que el término “organización” comprende a “*toda organización de trabajadores que tenga por objeto fomentar y defender los intereses de los trabajadores*”.

La interpretación de las cláusulas del Convenio n° 87 se integra con los criterios sustentados por los órganos de control de normas de la OIT. La Corte avanza en el desarrollo de su propia doctrina sobre la interpretación y aplicación de la fórmula constitucional que incorpora los tratados (ratificados) “*en las condiciones de su vigencia*”, plasmada en el art. 75.22, segundo párrafo, de nuestra norma fundamental, inaugurada luego de la enmienda constitucional de 1994 en la sentencia “*Gioldi, Horacio David y otro s/recurso de casación*” (Fallos: 328:514) y sostenida en posteriores fallos, como “*Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales S.A. s/accidentes – ley 9688*” (sent. del 21-09-04)”, “*Simón, Julio Héctor y otros s/Privación ilegítima de la libertad*” (sent. 14-06-05) y “*Madorrán, María Cristina c. Administración Nacional de Aduanas*” (sent. del 3-05-07), conforme a la cual las convenciones internacionales deben ser interpretadas y aplicadas por los tribunales argentinos “*considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación*”³⁶. En “ATE”, el máximo tribunal destaca la importancia de puntualizar los “*criterios elaborados por dichos órganos, en particular, los concernientes a los llamados por éstos ‘sindicatos más representativos’, condición que, en el ordenamiento nacional, es reconocida por la autoridad del trabajo mediante el otorgamiento de la personería gremial (art. 25, ley 23.551)*” y recuerda que, “*en fecha reciente, la Comisión de Expertos ha ‘recordado’ al Estado argentino, ‘que la mayor representatividad no debería implicar para el sindicato que la obtiene, privilegios que excedan de una prioridad en materia de representación en las*

As., 1998, pp. 47 y ss., y “*Derechos fundamentales y relaciones laborales*”, Astrea, Bs. As., 2004, p. 154; SIMON, Julio C, “*La incorporación del derecho internacional al derecho interno, la jerarquía de las fuentes y el Derecho del Trabajo*”, LL 6-06-06; ETALA, Carlos A., “*Derecho Colectivo del Trabajo*”, 2da edición, Astrea, Bs. As., 2007, págs. 16 y sigtes.; y mis trabajos: “*La interpretación y aplicación de las normas internacionales del trabajo como fuentes propias del derecho argentino*”, publicado en DL-Errepar, n° 240, agosto 2005, pág. 713 y sigtes., y el elaborado con motivo de mi debate con el distinguido colega Héctor P. Recalde en torno a “*La personería gremial de la CTA*”, publicado por la editorial La Ley en los suplementos “*Actualidad*” (5-06-08, pág. 1 y sigtes.), y “*Convenios Colectivos*” (junio 2008, pág. 3 y sigtes.).

³⁶ Vid el análisis de esta doctrina en VON POTOBSKY, Geraldo, “*La jurisprudencia de los órganos de control de los instrumentos internacionales – el caso del Convenio n° 87 de la OIT sobre la libertad sindical*”, DT, 2006-B, pp. 1087/1094; GRUPO DE EXPERTOS EN RELACIONES LABORALES (O. VALDOVINOS, presidente), “*Estado actual...*”, cit., pp. 145/148; SIMON, Julio C, “*La incorporación...*”, cit.; y de este mismo autor: “*Crónica de un final anunciado*”, DT edición on line, suplemento especial “*Libertad Sindical*”, 20-11-2008.

*negociaciones colectivas, en la consulta por las autoridades y en la designación de los delegados*³⁷ ante los organismos internacionales”³⁸.

La Corte hace explícito que “el *corpus iuris* de los derechos humanos pone de resalto el contenido del derecho de asociación sindical y sus dos inseparables dimensiones: la individual y la colectiva o “social”. Con citas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los *leading cases* internacionales “*Baena, Ricardo y otros vs. Panamá*” y “*Huilca Tecse, Pedro vs. Perú*”, nuestra máxima instancia judicial sentenció que la libertad de asociación sindical “*no se agota con el reconocimiento teórico del derecho a formar sindicatos, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para ejercer esa libertad*”, que radica “básicamente” en la facultad, tanto de constituir organizaciones sindicales, cuanto de “*poner en marcha su estructura interna, actividades y programa de acción, sin intervención de las autoridades públicas que limite o entorpezca el ejercicio del respectivo derecho*” (considerando 6°).

Ateniéndome a lo que he señalado en comentarios anteriores³⁹, el bien jurídico tutelado por el fallo “*ATE*” no es la libertad individual de afiliación negativa, sino el juego armónico y complementario de la libertad sindical en sus dos dimensiones, individual y colectiva, aunque el sentido del fallo se orienta principalmente a garantizar la segunda, esto es, la libertad de asociación y organización colectiva. La resolución de este caso no consiste en enfrentar una colisión entre las referidas dos dimensiones de la libertad sindical —como ocurriera en el precedente traído lateralmente a colación en la sentencia, “*Outon, Carlos y otros s/Amparo*”⁴⁰—, sino que integra aquellos dos planos, que la Corte considera “*recíprocamente complementarios*”, en la garantía que recibe el referido derecho fundamental desde la normativa constitucional y suprallegal (considerando 7° in fine). En ese sentido, la fundamentación de la sentencia reproduce la doctrina del Comité de Libertad Sindical, que aclara que si bien “*el simple hecho de que la legislación de un país establezca una distinción entre las organizaciones sindicales más representativas y las demás organizaciones*

³⁷ El término “delegado” en términos de la OIT, remite al titular de las “delegaciones” —valga la tautología— compuestas por representantes de los tres sectores del sistema de relaciones laborales de cada país —en este caso, del sector de los trabajadores—; pero no implica que la totalidad de los miembros que integran una lista, como por ejemplo, es el caso de la delegación que concurre a participar de la Conferencia Internacional del Trabajo, corresponda exclusivamente a la central mayoritaria (es decir, la “más representativa”), sino que en los demás lugares correspondientes a “consultores técnicos” y “miembros suplentes” debe admitirse la participación proporcional de las demás centrales o confederaciones, conforme a lo que establece el Reglamento de funcionamiento de la Conferencia y a las interpretaciones del mismo por la Comisión de Poderes de la referida asamblea.

³⁸ Véase la crítica de Goldin a la ley 23.551 en términos de su incompatibilidad con la Constitución Nacional y el Convenio 87 de la OIT, en GOLDIN, Adrián, “*El Trabajo y los Mercados*”, Eudeba, Bs. As., 1997, págs. 43/77.

³⁹ GARCÍA, H. O., “*La libertad sindical en...*”, cit., p. 1089; y también “*La representación sindical en el lugar de trabajo a partir del fallo ‘ATE’: muchas preguntas y algunas respuestas*”, “*Revista de Derecho Laboral – Actualidad*”, Rubinzal-Culzoni Editores, Bs. As. – Santa Fe, t. 2009-1.

⁴⁰ CSJN, “*Outon, Carlos J. y otros s/Recurso de amparo*”, 29-03-67 (Fallos: 267:215,223 -1967).

sindicales, no debería ser en sí criticable”, es “necesario” que la distinción no tenga como consecuencia “conceder a las organizaciones más representativas (...) privilegios que exceden de una prioridad en materia de representación en las negociaciones colectivas, consultas con los gobiernos, o incluso en materia de designación de los delegados ante organismos internacionales”⁴¹. Es decir, que la distinción no debería tener por efecto “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 el derecho de organizar su gestión y su actividad y de formular su programa de acción, previsto en el Convenio núm. 87”⁴².

Toda esta argumentación, conduce al supremo tribunal a encontrar — haciendo propios los conceptos de la Comisión de Expertos de la OIT— una “diferencia fundamental” entre “el monopolio sindical ‘instituido o mantenido por la ley’ directa o indirectamente, y el que ‘voluntaria y libremente’ quieran establecer los trabajadores”. “El primero —completa el magno decisorio—, cuando trasciende los límites señalados en este considerando, ‘está en contradicción con las normas expresas del Convenio N° 87’, el cual, aun cuando manifiestamente no apunta a imponer el pluralismo sindical, sí exige que éste ‘(sea) posible en todos los casos’”⁴³.

Desde toda la precedente argumentación, la sentencia concluye en que “el art. 41, inc. a, de la ley 23.551 viola el derecho a la libertad de asociación sindical amparado tanto por el art. 14 bis de la Constitución Nacional como por las normas de raigambre internacional de las que se ha hecho mérito, en la medida en que exige que los ‘delegados del personal’ y los integrantes de ‘las comisiones internas y organismos similares’ previstos en su art. 40, deban estar afiliados a la respectiva asociación sindical con personería gremial y ser elegidos en comicios convocados por ésta”, en la inteligencia de que la limitación declarada inconstitucional “mortifica la libertad sindical en su dos vertientes, de manera patente e injustificada”. En primer lugar, “la libertad de los trabajadores, individualmente considerados, que deseen postularse como candidatos, pues los constriñe, siquiera indirectamente, a adherirse a la asociación sindical con personería gremial, no obstante la existencia, en el ámbito, de otra simplemente inscripta”. En segundo término, la libertad de las asociaciones con simple inscripción, “al impedirles el despliegue de su actividad en uno de los aspectos y

⁴¹ Siguiendo la misma doctrina internacional, la Corte advierte complementariamente los efectos lesivos en la afiliación que puede acarrear la excesiva concentración de “ventajas” a una organización determinada, que pueden influir —como lo ha advertido el Comité de Libertad Sindical— indebidamente en la decisión de los trabajadores cuando elijan una organización para afiliarse” (considerando 8°, párrafo sexto).

⁴² Cfr. OIT, “Libertad Sindical: Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT”, 4ª edición (revisada), OIT, Ginebra, 1996, párr. 309.

⁴³ La Corte señala que la restricción a la cual la LAS somete a las organizaciones inscriptas, “excede, y con holgura, el acotado marco que podría justificar la dispensa de una facultad exclusiva a los gremios más representativos” (considerando 9°, párrafo segundo); con cita de: OIT, Conferencia Internacional del Trabajo, 81ª reunión, 1994, “Libertad Sindical y Negociación Colectiva”, OIT, Ginebra, 1994, pág. 44, párr. 91.

finalidades más elementales para el que fueron creadas”, como es “la elección de los delegados del personal, esto es, de los representantes que guardan con (...) los trabajadores, el vínculo más estrecho y directo, puesto que ejercerán su representación en los lugares de labor, o en la sede de la empresa o del establecimiento al que estén afectados.”

Es oportuno recordar —con Goldin— que la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, ya desde su informe dirigido a la Conferencia Internacional del Trabajo de 1989 —esto es, tan pronto como tomó conocimiento de la por entonces recién sancionada ley 23.551 y su reglamentación por decreto 467/88—, además de expresar su satisfacción por la sanción de la nueva ley y la simultánea derogación de la norma de facto n° 22.105, procedió de inmediato a señalar, entre los varios artículos que “*no parecen estar de acuerdo con el Convenio*” n° 87, el artículo 41, por cuanto limita a los sindicatos con personería gremial el ejercicio de la representación de los trabajadores en la empresa, junto con los artículos 48 y 52, que sólo benefician a los representantes de esas organizaciones con la protección especial contra las represalias del empleador⁴⁴.

Dentro del necesariamente provisional análisis que es posible realizar sobre el alcance del fallo —dictado en fecha tan reciente y cuya interpretación es difícil de armonizar con el régimen legal alterado por la doctrina del mismo—, me permito entender, en primer lugar, que la Corte ofició a modo de *tribunal constitucional* o *corte de casación*.

Es decir, que hizo más que declarar la inconstitucionalidad de una cláusula legal (integrante del art. 41, inciso “a”, de la ley 23.551); el mayor tribunal dirigió una comunicación recepticia a los tribunales de inferior grado, en la que señaló que los argumentos basados en las normas internacionales que gozan de jerarquía constitucional y en las interpretaciones de los órganos internacionales de control de aplicación, no pueden ser ignorados, y que dichas normas deben interpretarse y aplicarse, como la propia Corte lo ordena, siguiendo la pauta expresa fijada por el Poder Constituyente en el art. 75.22 del texto constitucional en sentido estricto (“*en las condiciones de su vigencia*”).

Luego, lo único que es posible afirmar sin error con respecto a la sentencia, es que declara la inconstitucionalidad del art. 41.a) de la ley 23.551 pero no afecta la validez del artículo 40 ni de las demás normas de la ley 23.551 que regulan, en concordancia, el instituto de la representación sindical en el lugar de trabajo.

No puede atribuirse a la inconstitucionalidad declarada en este fallo un efecto desencadenante de la creación de representaciones *parasindicales*⁴⁵, dado que si se atiende a las normas y la doctrina de sus órganos de control de la OIT se observa que admiten la existencia de representantes “unitarios” o “directos” pero vedan toda posibilidad de que este tipo de representaciones pueda utilizarse con menoscabo de la posición y la acción de los sindicatos, como lo expresa el art. 5 del Convenio n° 135.

⁴⁴ GOLDIN, A., “*Los convenios internacionales...*”, cit.

⁴⁵ GARCÍA, H. O., “*La libertad sindical...*”, cit. p. 1089.

A continuación, ensayare algunas hipótesis de respuesta a las dudas sobre la cuestión precedentemente esbozada y otras que igualmente se originan en torno a la vigencia residual del régimen legal de asociaciones sindicales como consecuencia de la inconstitucionalidad declarada por la Corte en la sentencia objeto de estudio contracorriente de la preceptiva legal, con amparo —cabe insistir—, en las normas constitucionales e internacionales de jerarquía suprallegal y en coherencia con los pronunciamientos emanados de los organismos técnico-normativos de la OIT.

V. Las consecuencias del fallo “ATE”

V.1. *¿Quién representa a los trabajadores en el lugar de trabajo?*

La sentencia dictada por la Corte Suprema en el caso “ATE” no promueve ni justifica un cambio en la titularidad de la representación inmediata de los trabajadores. El ejercicio de esta representación continúa, por tanto, siendo *sindical* y se mantiene en titularidad del delegado y los cuerpos colegiados que éste integre cuando el número de representantes en el establecimiento sea igual o superior a tres (arg. arts. 40 y 45, LAS).

La Corte declaró la inconstitucionalidad —insistimos— de una cláusula del art. 41, inciso a), de la ley 23.551. Es decir, no de todo el artículo 41 de la citada ley; ni siquiera del mencionado inciso en su integridad. La doctrina del fallo afecta —bien podría decirse que “casa” o anula— sólo un fragmento o un aspecto del referido apartado.

Se trata de la cláusula que dispone que, para ejercer las funciones de delegado del personal o miembro de comisiones internas u organismos similares —conforme indica el art. 40 de la citada ley, al que remite el encabezamiento del art. 41—, “*se requiere: a) Estar afiliado a la respectiva asociación sindical con personería gremial y ser elegido en comicios convocados por ésta*” (ver Considerando 2º, tercer párrafo, y Considerando 9º, primer párrafo del fallo citado).

Tal como lo expresa la sentencia en su considerando 9º, la mencionada cláusula del art. 41.a) de la ley 23.551 “*viola el derecho a la libertad sindical amparado tanto por el art. 14 bis de la Constitución Nacional como por las normas de raigambre internacional de las que se ha hecho mérito, en la medida que exige que los ‘delegados del personal’ y los integrantes de ‘las comisiones internas y organismos similares’ previstos en su art. 40, deban estar afiliados ‘a la respectiva asociación sindical con personería gremial y ser elegidos en comicios convocados por ésta’*” (resaltado agregado).

La síntesis expresada en este pasaje de la sentencia respecto del objeto declarado inconstitucional, tiene su secuela en el segundo párrafo del mismo considerando 9º, que revela cuáles son los bienes jurídicos tutelados que dan lugar a la comentada invalidación. Se trata de la libertad sindical, en toda su complejidad —individual y colectiva, positiva y negativa—, puesta a resguardo por la Corte de la “mortificación” que le ocasiona el dispositivo legal declarado inconstitucional.

La sentencia refiere a las “dos vertientes” —individual y colectiva⁴⁶— de este derecho fundamental, correspondientes a sus respectivos sujetos titulares: trabajadores y organizaciones sindicales⁴⁷.

En primer lugar, “*la libertad de los trabajadores individualmente considerados que deseen postularse como candidatos a delegados*”, a los cuales “*constrañe, siquiera indirectamente, a adherirse a la asociación sindical con personería gremial, no obstante la existencia, en el ámbito, de otra simplemente inscripta.*”

En segundo término —completa la sentencia—, “*la libertad de estas últimas (organizaciones simplemente inscriptas), al impedirles el despliegue de su actividad en uno de los aspectos y finalidades más elementales para el que fueron creadas.*” (Resaltado agregado.)

“(P)ara ambos órdenes” —remarca la Corte—, “*el monopolio cuestionado en la presente causa atañe nada menos que a la elección de los delegados del personal, esto es, de los representantes que guardan con los intereses de sus representados, los trabajadores, el vínculo más estrecho y directo, puesto que ejercerán su representación en los lugares de labor, o en la sede de la empresa o del establecimiento al que estén afectados.*” (Resaltado agregado.)

Tenemos, entonces —de acuerdo con lo que expresa la Corte en los párrafos precedentemente extraídos de la sentencia—, que se mantiene intacta la vigencia del art. 40 de la Ley de Asociaciones Sindicales (LAS), cuyo texto se transcribe a continuación.

“*Art. 40 – Los delegados del personal, las comisiones internas y organismos similares, ejercerán en los lugares de trabajo o, según el caso, en la sede de la empresa o del establecimiento al que estén afectados, la siguiente representación:*

a) De los trabajadores ante el empleador, la autoridad administrativa del trabajo cuando ésta actúa de oficio en los sitios mencionados y ante la asociación sindical;

b) De la asociación sindical ante el empleador y el trabajador.”

La inconstitucionalidad decretada por la Corte tampoco afecta al art. 45, LAS, que fija el número mínimo de delegados por establecimiento y, en la cláusula final de su penúltimo párrafo, determina expresamente que “(c)uando la

⁴⁶ Como refiere Ackerman, con rigor, “(l)a presentación de la libertad sindical como un derecho subjetivo *individual y colectivo* anticipa la doble dimensión de su contenido complejo que supone, así, expresiones individuales de los trabajadores (...) y expresiones colectivas, propias de las organizaciones que aquéllos constituyan...”. Vid ACKERMAN, Mario E., “*Libertad sindical*”, capítulo III del “*Tratado de Derecho del Trabajo*”, dirigido por el propio autor y coordinado por Diego TOSCA, Rubinzal-Culzoni Editores, Bs. As. – Santa Fe, 2007, t. VIII, p.46 (también editado como “*Relaciones colectivas de Trabajo*”, t. II).

⁴⁷ También se vería afectada la garantía de la libertad sindical en sus aspectos o manifestaciones “positivos” —elegir libremente a sus representantes y organizar sus actividades, conforme establece el art. 3.1 del Convenio n° 87— así como en los “negativos” —no afiliarse y desafiliarse, “elegir libremente a sus representantes, ser elegidos y postular candidatos”, previstos en el art. 4°, incisos b) y e), LAS.

representación sindical esté compuesta por tres (3) o más trabajadores, funcionará como cuerpo colegiado.”

Es decir, que no cabría atribuir a los efectos del fallo “ATE” la provocación de un *desplazamiento* ni un *desdoblamiento* de la representación de los trabajadores en el lugar de trabajo, hacia órganos “no sindicales” o meramente “unitarios” ni hacia órganos sindicales diferentes de los previstos por la ley. En acuerdo implícito con el fallo, deberán ser las mismas estructuras sindicales enunciadas en el art. 40 —esto es, los “delegados” y “las comisiones internas” u organismos similares integrados por estos representantes— las que deberán continuar ejerciendo dicha función.

La duda surge en términos del número de representantes, dado que si bien el párrafo final del artículo obligaría la unificación de la representación de los trabajadores en una comisión única aunque de integración plural —compuesta por delegados de todos los sindicatos, con personería y con inscripción— la letra inalterada del primer párrafo del art. 45, LAS, establece el número mínimo (a falta de previsión en normas convencionales) de delegados que representen a “*la asociación profesional respectiva en cada establecimiento*”. Esto puede dar lugar a interpretar que el referido piso numérico se mantiene para cada organización que concurra a integrar, con sus respectivos delegados, la comisión interna plural.

En mi opinión, tal hipótesis de constitución de cuerpos electivos sindicales por cauces paralelos, generaría mayores inconvenientes que ventajas. En primer lugar, por cuanto tornaría ilusoria la concurrencia plural en el cuerpo colegiado único, abriendo márgenes a las disputas clientelares, como lamentablemente se observa frecuentemente en la coexistencia de comisiones internas que se verifica en el sector público. Por otra parte, en razón de que la existencia de dos “bloques” sindicales, compuestos por idéntica cantidad de miembros, haría muy dificultoso, sino imposible, el funcionamiento del órgano colectivo y la obtención del consenso en su seno, donde las diferencias intersindicales de intereses o de criterios de acción podrían potenciarse.

Me inclino, entonces, por sostener que —mientras no se dicte una regulación que lo regule específicamente— el número mínimo de delegados que surja del art. 45, LAS, de los convenios colectivos o de otros acuerdos, incluidos los usos y costumbres, es *común para todos los miembros de la comisión interna o “cuerpo colegiado”*, a cuya integración concurrirán los sindicatos con personería y con inscripción implantados en el establecimiento con sus respectivas listas de candidatos en un proceso electoral único.

Lo que sí objeta —claramente a mi juicio— el fallo, es que el ejercicio de la función del delegado quede sujeto al condicionante complejo y circular que comporta el inciso a) del art. 41, en la medida que establece:

- a) la competencia exclusiva del sindicato con personería gremial para *convocar al comicio* en el cual resulte electo dicho representante; y
- b) la *afiliación a ese único sindicato habilitado por la ley como requisito indispensable* para ser elegido en el mismo comicio.

La sentencia de la Corte no ha afectado otras disposiciones del propio inciso a), como la que exige que las elecciones se celebren en horario y lugar de trabajo

y a través del voto directo y secreto de los trabajadores a representar —afiliados y no afiliados.

El derecho —en la práctica, inexistente— de ejercer la función representativa, que el mismo inciso a) del art. 41 concede a las organizaciones simplemente inscriptas, sujeto a la condición suspensiva de que “*no existiera* (con respecto al empleador) *una asociación sindical con personería gremial*”, ha dejado de ser subalterno a partir de la sentencia y podrá ser ejercido entonces *iure proprio* por las entidades sin personería.

Otro dato a tener en cuenta es que el Convenio n° 135 de la OIT —cuya ratificación ha sido por fin registrada por la Oficina Internacional del Trabajo⁴⁸— no admite discriminaciones en beneficio del sindicato más representativo en lo que concierne al ejercicio de los derechos y “facilidades” de los que deben gozar los representantes sindicales en la empresa (véanse, entre otros, los arts. 1 y 3 del citado Convenio).

Corresponde ahora pasar a examinar el alcance de la doctrina del fallo sobre la vigencia de las capacidades —individuales y colectivas, positivas y negativas— de organización del proceso electoral y de afiliación o no afiliación para la postulación al ejercicio del cargo de delegado.

V.2. ¿Es exigible o no la afiliación sindical para postularse?

La Corte no se pronunció por la inconstitucionalidad genérica de la afiliación como requisito para participar activamente en elecciones de delegados. Tal como se ha dicho líneas arriba, la sentencia dictada en la causa “ATE” declaró la inconstitucionalidad de la exigencia de afiliación si (y sólo si) ésta viene ligada a la atribución de competencia excluyente al sindicato más representativo para convocar las elecciones en que habrán de elegirse los mencionados representantes.

Por otra parte, la literalidad expresa del fallo no involucra, al menos directamente, al último párrafo del inciso a) del art. 41 LAS, según el cual “(e)*n todos los casos se deberá contar con una antigüedad mínima en la afiliación de un (1) año*”.

Tampoco dice nada sobre el inciso b) del mismo artículo, que agrega la condición de: “*Tener dieciocho (18) años de edad como mínimo y revistar al servicio de la empresa durante todo el año aniversario anterior a la elección*”⁴⁹, con lo que tales requisitos se mantienen vigentes, al igual que las prescripciones

⁴⁸ Este Convenio fue aprobado por la ley n° 25.801, publicada en el B.O. el 2-12-03. El trámite del registro de la ratificación del mismo, comunicada por el Estado argentino ante la Oficina, resultó demorado por más de cuatro años, a raíz de una cuestión planteada por el Reino Unido en relación con los territorios antártico y de las Islas del Atlántico Sur.

⁴⁹ En el sistema alemán, los trabajadores menores de 18 años no pueden ser ni electores ni elegibles. La legislación prevé, a modo de compensación, la constitución de una *delegación juvenil* en aquellos centros de trabajo que empleen al menos a cinco trabajadores jóvenes (entendiendo por tales, los menores de 18 años de edad y los menores de 25 años vinculados a la empresa a través de un contrato formativo). Conf. ALZAGA RUIZ, Iciar, “*La reforma de la Ley Alemana de Comités de Empresa*”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, N° 43, p. 72.

sobre las circunstancias en que debe llevarse a cabo la elección (en el lugar y en horas de trabajo) y la metodología de voto directo y secreto de los “trabajadores” (no sólo afiliados) a representar.

Esto lleva a preguntarnos por la posibilidad o imposibilidad de compatibilizar el tenor del párrafo final del inciso a) con la inconstitucionalidad decretada en el fallo, que afecta al primer párrafo de dicho apartado. ¿Debe considerarse, el último párrafo, también alcanzado por la invalidación de la Corte? Y, de no ser así, ¿cómo debería interpretarse, dicha cláusula? ¿Sería admisible afirmar que la inconstitucionalidad de la cláusula inicial del inciso a), que exige un año de antigüedad en la afiliación para postularse como delegado, se encontraría enervada para las asociaciones con personería pero se mantendría vigente para las organizaciones simplemente inscriptas, o forzosamente hay que concluir en que el requisito de afiliación con miras a la participación electoral activa en esta elección ha sido abolido para ambas clases de organizaciones?

Dentro de las dudas que genera la interpretación del texto legal que no ha sido objetado en forma directa o específica por la Corte, debe tenerse por cierto que la pervivencia constitucional del párrafo en cuestión queda condicionada a la compatibilización de su interpretación con la doctrina pretoriana del mayor tribunal, que ha descalificado los privilegios establecidos por la Ley de Asociaciones Sindicales a favor de las organizaciones con personería gremial y en detrimento de las organizaciones inscriptas, por considerarlos a su vez incompatibles con la normativa superior (principalmente, art. 14 bis CN y Convenio n° 87 OIT), en la medida que *“excede(n), y con holgura, el acotado marco que podría justificar la dispensa de una facultad exclusiva a los gremios más representativos”* (conf. considerando 9°, párrafo segundo).

Como es sabido, tanto la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones cuanto el Comité de Libertad Sindical de la OIT, han precisado en reiteradas oportunidades los límites dentro de los cuales es admisible el otorgamiento de privilegios o prioridades en materia del ejercicio de ciertos derechos a los sindicatos más representativos, señalando, entre sus principales pautas, las siguientes:

– *“la mayor representatividad no debería implicar para el sindicato que la obtiene, privilegios que excedan de una prioridad en materia de representación en las negociaciones colectivas, en la consulta por las autoridades y en la designación de los delegados ante los organismos internacionales”;*

– (la concesión de tales prioridades) *“no debería tener por consecuencia privar a las organizaciones sindicales, que no hayan sido reconocidas como las más representativas, de los medios esenciales para defender los intereses profesionales de sus miembros ni del derecho de organizar su gestión y su actividad y de formular su programa de acción”;* y

– “la intervención de los poderes públicos en materia de ventajas no debería ser de tal naturaleza que influyese indebidamente en la elección por los trabajadores de la organización a la que desean afiliarse”⁵⁰.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que, tanto las normas como los *principios* de los órganos de control de la OIT, se limitan a garantizar la libertad de organización sindical del modo que los trabajadores estimen conveniente y, en su caso, a observar las incompatibilidades que surjan entre las legislaciones de los países y aquellas normas y principios; pero tal garantía implica la inhibición, tanto para las normas como para los órganos de la OIT, de dictar pautas o recomendaciones sobre un virtual diseño preferente de organización de los trabajadores, dentro y fuera del lugar de trabajo.

Asumiendo las notas precedentes —y sin perjuicio de admitir la existencia de fundamentos que dan lugar a opiniones distintas⁵¹—, considero que el requisito de afiliación a los efectos de participar *activamente* en elecciones de delegados se encuentra anulado por la doctrina de la Corte Suprema —en todo de acuerdo con los órganos de control de normas de la OIT— si, y sólo si, es exigido en un marco de exclusividad —o de “monopolio”, utilizando los términos del Tribunal— del sindicato con personería gremial para efectuar la convocatoria al respectivo comicio.

Partiendo de la base de considerar que la solución que plantea la Corte conduce a que en la elección de miembros del *cuero único de delegados* deban participar *todos* los sindicatos implantados en el establecimiento o centro de trabajo —es decir, con y sin personería, como lo he sostenido en un comentario precedente⁵²—, la aparente laguna o dificultad interpretativa debe superarse acudiendo a las normas internacionales y el acervo de principios y decisiones de los órganos de control de normas de la OIT, conforme lo ordena la Constitución (art. 75.22, 2º párrafo) y lo ha hecho la Corte Suprema al declarar la inconstitucionalidad que ha removido los cimientos del régimen de organización y representación de los trabajadores.

Ello, teniendo presente además que la Corte fundó la inconstitucionalidad del “privilegio inadmisibles” concentrado en la personería gremial que nos ocupa, en la incompatibilidad de la cláusula del art. 41.a), LAS, y la garantía de autonomía organizativa que el art. 14 bis y el Convenio nº 87 consagran en beneficio conjunto del “trabajador” y “los gremios” —o de “los trabajadores” y sus “organizaciones”, en expresión del Convenio nº 87.

⁵⁰ Vid Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Estudio General, 1994; CLS, ## 346, 390 y 354; y bibliografía citada en la nota 4 de este trabajo.

⁵¹ Véase la opinión sustentada por José TRIBUZIO en su trabajo “El fallo “ATE” y la reconfiguración constitucional de la representación sindical en el lugar de trabajo”, publicado en este mismo número de RDL Actualidad.

⁵² “La libertad sindical en las condiciones de su vigencia”, DT on line, suplemento especial “Libertad Sindical”, 20-11-2008.

En tal sentido, adhiero a la opinión de Geraldo von Potobsky⁵³, en cuanto afirma que: “la Corte ha extrapolado la libertad sindical individual reconocida en el Convenio n° 87 y en la Convención Americana de Derechos Humanos. El primero establece el derecho de los trabajadores de constituir las organizaciones que estimen convenientes y de afiliarse a ellas, con la sola excepción de observar sus estatutos (art. 2); y la convención Americana también se refiere al derecho y la libertad de asociarse libremente con otras personas (art. 16.1). Es decir — prosigo con el maestro citado—, el derecho de crear y afiliarse a sindicatos, pero no de representarlos”. Estos textos internacionales —explica el mismo jurista— “no cubren el derecho a postularse como delegados sindicales o a ejercer dicha función. Las condiciones a dicho efecto, como ser la afiliación sindical, dependen de la ley, de los estatutos sindicales o de los acuerdos concertados por los sindicatos en esta materia.”

En síntesis, si —estando de acuerdo con von Potobsky— las condiciones de elegibilidad de los representantes dependen de la ley y de los estatutos, debo afirmar que el requisito de un año de antigüedad en la afiliación (previsto en el art. 41, inc. “a”, primero y último párrafos, de la ley 23.551 para la postulación al cargo de delegado) se mantiene vigente, en la medida en que, a partir del fallo “ATE”, el derecho a convocar el comicio respectivo ha dejado de constituir un privilegio exclusivo del sindicato con personería gremial y pueden participar de este derecho, en igualdad de condiciones, las entidades simplemente inscriptas.

Por lo demás, conviene recordar que la jurisprudencia del Comité de Libertad Sindical se expresa con preferencia por la regulación de los procedimientos y condiciones electorales prioritariamente a través de los estatutos asociativos: “*La reglamentación de los procedimientos y modalidades de la elección de dirigentes sindicales debe corresponder prioritariamente a los estatutos sindicales.*” Como lo ha dicho en reiteradas oportunidades, el mismo Comité, “*la idea fundamental del artículo 3 del Convenio núm. 87 es que los trabajadores y los empleadores puedan decidir por sí mismos las reglas que deberán observar para la administración de sus organizaciones y para las elecciones que llevarán a cabo*”⁵⁴.

Puntualmente, en lo que respecta a las condiciones de elegibilidad, el Comité ha señalado que: “*La determinación de las condiciones para la afiliación o la elegibilidad para cargos directivos sindicales es una cuestión que debería dejarse a la discreción de los estatutos de los sindicatos y que las autoridades públicas deberían abstenerse de toda intervención que podría obstaculizar el ejercicio de este derecho por las organizaciones sindicales*”⁵⁵. Y en idéntico

⁵³ VON POTOBSKY, Geraldo, opinión vertida en correspondencia electrónica con el autor de este trabajo.

⁵⁴ OIT, “*La Libertad Sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*”, quinta edición (revisada), OIT, Ginebra, 2006, p. 88, # 392.

⁵⁵ CLS, # 405.

sentido: “Corresponde a las organizaciones de trabajadores y de empleadores la determinación de las condiciones de elección de sus dirigentes sindicales...”⁵⁶.

Resta una observación para finalizar con lo relativo al problema de la vigencia del requisito de afiliación para el ejercicio de la función de delegado. Teniendo en cuenta, por un lado, los precisos criterios de los órganos de control de normas de la OIT —atendiendo siempre a la eficacia vinculante que la Constitución Nacional y la jurisprudencia de nuestro más alto tribunal le otorgan a los mismos—, y por otro, que los delegados continúan siendo estructuras internas de las organizaciones sindicales, debo concluir en que el requisito de un año de antigüedad en la afiliación sindical para la postulación al cargo de delegado, que se encuentra previsto en el último párrafo del inciso a) del art. 41, LAS, se mantiene vigente pero con carácter dispositivo para la autonomía estatutaria, siempre en el sentido que resulte favorable a la libertad sindical y no menoscabe sus garantías (arg. art. 8.2, Conv. 87).

El último párrafo del apartado en cuestión sobrevive a la inconstitucionalidad decretada en el fallo “ATE”, pero sujeto a la *disponibilidad* de los estatutos asociativos que podrían prever, expresamente en su articulado, la supresión de la exigencia de afiliación o su modificación, como por ejemplo, la reducción del período de antigüedad establecido en la ley (no así la ampliación de dicho plazo ni otra alteración que implique agravar el referido condicionante legal). Ello, a mi entender, permite articular la vigencia parcial del inciso a), en cuanto no fue afectada por la interpretación constitucional de la Corte Suprema, con la doctrina de los órganos de control de normas de la OIT y el contenido expreso del art. 2 del Convenio n° 87, que garantiza el derecho de los trabajadores a “constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse” a ellas, “*con la sola condición de observar los estatutos de las mismas*”.

Será privativo, entonces —desde este punto de vista—, de los estatutos de las organizaciones sindicales, con personería y con inscripción, que participen en la contienda electoral presentando sus respectivas listas de candidatos a delegados o miembros de la comisión interna, la decisión de mantener el requisito del año de antigüedad en la afiliación o relevar a los candidatos del cumplimiento del mismo. Ejemplo de esto existen en los sistemas comparados, como es el caso de la “*representación sindical unitaria*” (RSU) del régimen italiano, al que me referiré más abajo.

V.3. ¿Quién convoca y quién fiscaliza el comicio?

La doctrina de la Corte en el fallo “ATE” no da respuesta completa a esta pregunta.

Sí está claro, a mi juicio, que no es compatible con la doctrina del fallo, ni con la normativa constitucional e internacional ni con los criterios interpretativos de la Comisión de Expertos y del Comité de Libertad Sindical, que la convocatoria al comicio y el control del proceso electoral —en el que deberán participar todos los sindicatos representativos del mismo conjunto de

⁵⁶ CLS, # 390.

trabajadores— permanezca bajo la competencia excluyente de un solo sindicato, sea éste el sindicato con personería gremial o el que posee sólo inscripción.

De acuerdo con los pronunciamientos de los órganos técnico-normativos de la OIT, la convocatoria y la fiscalización tampoco podría quedar en manos de la autoridad administrativa, como se observa en esta decisión del Comité de Libertad Sindical: “*El derecho de los trabajadores a elegir libremente a sus representantes debería hacerse efectivo de acuerdo con los estatutos de las distintas asociaciones profesionales y no debería subordinarse a la convocatoria de elecciones por vía de resolución ministerial*”⁵⁷.

Sí sería necesario el dictado de una regulación específica de este aspecto, que podría tener lugar por vía legislativa, reglamentaria o concertada (camino éste seguido en Italia a principios de los años noventa para recrear la representación sindical en el ámbito de trabajo). Obvio es advertir que, cualquiera sea el método de regulación, deberá mantener cabal respeto por las garantías constitucionales y fidelidad para con la doctrina emanada de la jurisprudencia de la Corte Suprema y de los órganos de control de normas de la OIT.

Mientras ello no ocurra, los únicos instrumentos actualmente disponibles en nuestro ordenamiento, que encuentro no lesivos de tales garantías y respetuosos de los límites impuestos a la intervención del Estado por la jurisprudencia suprema nacional e internacional, son el acuerdo que surja del diálogo intersindical o tripartito (que podría contemplar una solución por vía arbitral) o la intervención jurisdiccional.

Apoyo esta opinión en la doctrina del Comité de Libertad sindical, que se pronuncia en el sentido de que “*la reestructuración del movimiento sindical debería ser obra de las propias organizaciones sindicales*”, y asimismo, promueve el recurso al control de las “*autoridades judiciales competentes*” en situaciones de conflicto intrasindical “*entre dos direcciones rivales (...) para garantizar la imparcialidad y la objetividad del procedimiento*”.⁵⁸

V.4. ¿Poseen tutela gremial los delegados de las asociaciones simplemente inscriptas?

La respuesta a este interrogante es obviamente afirmativa.

La doctrina pretoriana del más alto tribunal, al declarar la inconstitucionalidad del inadmisibles trato discriminatorio que la ley 23.551 dispuso entre representantes de las organizaciones con personería y las que poseen simple inscripción, despejó el obstáculo legal opuesto a la garantía plasmada en la última cláusula del segundo párrafo del art. 14 bis, según la cual “*los representantes gremiales*” deben gozar “*de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad en el empleo*”.

⁵⁷ CLS, # 430.

⁵⁸ CLS, # 446 y ## 431, 440 y 442.

Esta garantía tiene correlato en diversos instrumentos internacionales incorporados al ordenamiento argentino con jerarquía supralegal (v. gr., art. 7.d del Protocolo de San Salvador; art. 9º, Declaración Sociolaboral del Mercosur), entre los que destacaré los Convenios nº 98 y 135 de la OIT en razón de su especificidad y su autoejecutividad.

V.4.1. El Convenio nº 98 de la OIT

Como bien observa Ackerman, “el artículo 1 del Convenio nº 98 garantiza una protección fundamental, en cuanto la discriminación antisindical representa una de las más graves violaciones de la libertad sindical, ya que puede poner en peligro la propia existencia de los sindicatos”⁵⁹.

El mencionado primer artículo de este Convenio, en su apartado 1, dispone que: “*Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo*”. El apartado 2.b) del mismo artículo, agrega: “*Dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto: (...) b) despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo*”.

El Comité de Libertad Sindical ha subrayado la necesidad de una “*protección rápida y eficaz, en la inteligencia de que las normas de fondo existentes en la legislación nacional que prohíben actos de discriminación antisindical no son suficientes si las mismas no van acompañadas de procedimientos que aseguren una protección eficaz contra tales actos*”⁶⁰.

Por su parte, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, ha reiterado su interpretación de lo que constituye una protección eficaz contra los actos de discriminación antisindical, formulando objeciones al tratamiento desigual al que someten los arts. 48 y 52 de la ley 23.551 a los representantes de las asociaciones sindicales meramente inscriptas. Por ejemplo, en su informe de 2003, la Comisión consideró “*que aunque la legislación brinda de manera general una protección contra los actos de discriminación antisindical, los dirigentes sindicales de las asociaciones con personería gremial gozan de una protección especial adicional de la cual no gozan los dirigentes o representantes de las asociaciones simplemente inscriptas...*”. En aquella oportunidad, la Comisión reiteró su petición al Gobierno nacional para “*que tome medidas para modificar los artículos en cuestión*” y agregó la solicitud de que “*se le comuniquen en su próxima memoria toda medida adoptada al respecto*”⁶¹.

⁵⁹ ACKERMAN, M. E., “*Libertad...*”, cit., p. 74, con cita de CLS, # 769.

⁶⁰ CLS, ## 813/816, citado por ACKERMAN, M. E., “*Libertad...*”, loc. cit.

⁶¹ OIT, Conferencia Internacional del Trabajo, 91ª reunión, 2003, “Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y recomendaciones”, Informe III (parte I A), OIT, Ginebra, 2003, p. 239.

V.4.2. El Convenio n° 135

Conforme expresa el art. 1 de este Convenio específico sobre los representantes de los trabajadores en la empresa: *“Los representantes de los trabajadores en la empresa deberán gozar de protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarlos, incluido el despido por razón de su condición de representantes de los trabajadores, de sus actividades como tales, de su afiliación al sindicato, o de su participación en la actividad sindical, siempre que dichos representantes actúen conforme a las leyes, contratos colectivos u otros acuerdos comunes en vigor.”*

El art. 3 del Convenio en cuestión extiende, sin exclusiones, la protección a los “representantes de los trabajadores”, expresión en la que *“comprende (a) las personas reconocidas como tales en virtud de la legislación o la práctica nacionales”*. El mismo artículo precisa su alcance, aclarando expresamente que incluye:

a) a los *“representantes sindicales”*, es decir, *“nombrados o elegidos por los sindicatos o por los afiliados a éstos”*; y

b) a los representantes no sindicales que el Convenio denomina *“representantes electos, es decir, representantes libremente elegidos por los trabajadores de la empresa, de conformidad con las disposiciones de la legislación nacional o de los contratos colectivos, y cuyas funciones no se extienden a actividades que sean reconocidas en el país como prerrogativas exclusivas de los sindicatos”*.

La normativa del Convenio 135 admite la representación no sindical, denominada comúnmente “directa” o “unitaria” (que existe, por ejemplo, en España, Francia y en los comités de empresa del sistema alemán), pero —como es constante en la normativa de la OIT— siempre que la misma no sea utilizada para excluir a la representación sindical de la empresa ni en menoscabo de la posición de los sindicatos o de sus representantes (art. 5).

La decisión en torno a qué tipo de representantes (sindicales o unitarios) deben gozar del derecho a la protección y las facilidades previstas en el Convenio, queda sujeto a lo que dispongan la legislación, los contratos colectivos, los laudos arbitrales o las sentencias judiciales (art. 4). El cumplimiento de lo establecido en esta norma internacional, puede hacerse efectivo mediante la legislación, la negociación colectiva “o en cualquier otra forma compatible con la práctica nacional”.

V.4.3. ¿Cómo se interpretan los artículos 48 y 52, LAS, a partir de la doctrina del fallo “ATE?”

Como ya se ha dicho en este trabajo, la Comisión de Expertos de la OIT, desde que tomó conocimiento del texto de la ley 23.551, formuló observaciones sobre varios puntos de su articulado que parecían no *“estar de acuerdo”* con el Convenio n° 87. Entre otros, se objetaban los artículos 41, 48 y 52 de la ley, por cuanto sólo benefician a los representantes de los sindicatos con personería gremial con la protección especial contra las represalias del empleador.

Las observaciones a los artículos 48 y 52 de la ley sindical, han sido sostenidas por la Comisión de Expertos hasta la actualidad, dando lugar al tratamiento de las mismas en diversas oportunidades por la Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia Internacional del Trabajo (reuniones de 1998, 2005 y 2007). Como síntesis de dichos señalamientos de la Comisión de Expertos, conviene recordar que en el informe destinado a la 91ª reunión de la Conferencia (2003), el mencionado órgano de control regular de la aplicación de normas reiteró su observación a los artículos 48 y 52 de la ley 23.551, *“que prevén que únicamente los representantes de las organizaciones con personería gremial se benefician de una protección especial (fuero sindical).”*

Los Expertos concluyeron aquel pronunciamiento relativo a los citados artículos considerando *“que aunque la legislación brinda de manera general una protección contra los actos de discriminación antisindical (en alusión a los arts. 47, LAS, y 1º de la ley 23.592), los dirigentes sindicales de las asociaciones con personería gremial gozan de una protección especial adicional de la cual no gozan los dirigentes o representantes de las asociaciones simplemente inscriptas (...) la Comisión considera que esta discriminación es incompatible con las exigencias del Convenio (nº 87)”*.

La proyección de esta doctrina de la Comisión de Expertos, coincidente con la emanada del fallo “ATE”, obliga a una relectura de los artículos 48 y 52 de la ley 23.551, en el sentido que el mecanismo de protección “preventivo”, denominado “tutela gremial” o “fuero” sindical,⁶² debe considerarse extendido a todos los trabajadores que ocupen “cargos electivos o representativos en asociaciones sindicales (...) o que requieren representación gremial”, con abstracción de que tales asociaciones posean o no personería gremial.

Por lo demás, la remisión expresa que contiene el párrafo final del art. 48, LAS, hacia el artículo 41 del mismo régimen, no puede sino considerarse implícitamente comprendida en la inconstitucionalidad declarada por la Corte Suprema sobre el inciso a) de este último artículo.

El antes citado párrafo final del art. 48 enuncia que: *“Los representantes sindicales en la empresa elegidos de conformidad con lo establecido en el artículo 41 de la presente ley continuarán prestando servicios y no podrán ser suspendidos, modificadas sus condiciones de trabajo, ni despedidos durante el tiempo que dure el ejercicio de sus mandatos y hasta un año más, salvo que mediare justa causa.”*

Así también debe interpretarse que el art. 52 de la ley incluye en su garantía a los delegados de las organizaciones simplemente inscriptas, en cuanto prevé que: *“Los trabajadores amparados por las garantías previstas en los artículos 40, 48 y 50 de la presente ley, no podrán ser despedidos, suspendidos ni con relación a ellos podrán modificarse las condiciones de trabajo, si no mediare resolución*

⁶² Vid MACHADO, José Daniel y OJEDA, Raúl Horacio, *“Tutela Sindical”*, Rubinzal-Culzoni Editores, Bs. As. – Santa Fe, 2006, pp. 88/89 y 130/131; y CORTE, Néstor T., *“El Modelo Sindical Argentino”*, Rubinzal-Culzoni Editores, 2da. edición, Bs. As. – Santa Fe, 1994, p. 445/446 y 467/468.

judicial previa que los excluya de la garantía, conforme al procedimiento (sumarísimo) establecido en el artículo 47”.

V.5. ¿Se mantiene vigente la revocación de mandatos por asamblea de afiliados?

Entiendo que la inconstitucionalidad pronunciada en la sentencia “ATE”, no genera alteraciones *sustanciales* en la vigencia del art. 42 de la ley 23.551, que dispone:

“El mandato de los delegados no podrá exceder de dos (2) años y podrá ser revocado mediante asamblea de sus mandantes convocada por el órgano directivo de la asociación sindical, por propia decisión o a petición del diez por ciento (10%) del total de los representados. Asimismo, en el caso de que lo prevean los estatutos, el mandato de los delegados podrá ser revocado por determinación votada por los dos tercios de la asamblea o del congreso de la asociación sindical. El delegado cuestionado deberá tener la posibilidad cierta de ejercitar su defensa.”

No obstante lo expresado, resulta necesario al respecto efectuar las siguientes precisiones.

V.5.1. Revocación por asamblea de los trabajadores representados

En principio, no encuentro razón que habilite a considerar suprimida la competencia de la asamblea de los “trabajadores mandantes” para revocar el mandato de uno o todos los delegados que los representan.

Lo que sí se encuentra comprometido por la doctrina proveniente del fallo “ATE” y de los principios de la OIT, es el poder del órgano directivo del sindicato con personería gremial para convocar a dicha asamblea general en la que participen todos los trabajadores representados, que debe considerarse abolido a partir del referido decisorio.

En cambio, no resulta afectada la potestad de petitionar la asamblea revocatoria que el art. 42 atribuye a un porcentaje de los trabajadores representados por los delegados (que la propia ley fija en el 10%), aunque el problema subsiste en términos de incertidumbre con respecto al sujeto competente para viabilizar dicha petición y —en caso de que la asamblea resolviere la destitución— para convocar a la consecuente elección que posibilite cubrir los cargos que hubieren quedado vacantes.

Mientras la ley o el consenso social no establezcan pautas reglamentarias a ese efecto, entiendo que los vacíos y desajustes sobrevivientes en la regulación a partir de la aplicación de la jurisprudencia de la Corte y de los órganos técnicos de la OIT, tornan necesaria la intervención judicial que garantice la imparcialidad y la objetividad del procedimiento revocatorio⁶³.

⁶³ Conf., analógicamente, CLS, ## 431 y 440.

Así también, considero que los mencionados vacíos regulatorios, podrían ser subsanados por lo que resuelva, sin controversia, la propia asamblea de trabajadores durante su sesión o en el acto de *autoconvocatoria*.

V.5.2. Revocación por asamblea o congreso de la asociación sindical

En coherencia con las decisiones del Comité de Libertad Sindical y la doctrina citadas en el punto II.2 de este trabajo, reitero que lo relativo a los procedimientos y modalidades de elección de los representantes sindicales, así como la determinación de sus condiciones de elegibilidad, debe corresponder prioritariamente a los estatutos sindicales, a fin de respetar la garantía prevista en el art. 3 del Convenio n° 87.⁶⁴

Por tanto, no es incompatible con la referida *doctrina normativa*, la vigencia de la segunda cláusula del art. 42, LAS, en cuanto permite que los estatutos asociativos prevean la revocación del mandato de *sus* delegados mediante la decisión votada por una mayoría especial (dos tercios) de la asamblea o congreso de la respectiva asociación y dejando a salvo el insoslayable derecho de defensa del delegado cuestionado.

Lo que no debe perderse de vista, es que, si a partir de la doctrina “ATE”, los delegados pasan a pertenecer a distintas organizaciones sindicales, la mencionada potestad revocatoria de los órganos deliberativos de una determinada asociación no podría tener injerencia sobre los mandatos de los representantes que correspondan a instituciones gremiales ajenas.

V.6. ¿Afecta el fallo a la representación en la negociación colectiva de empresa?

En la medida que los delegados de las entidades simplemente inscriptas se encuentran en paridad de condiciones con respecto a los representantes de las organizaciones con personería y concurren a integrar las “comisiones internas u organismos similares” de representación plural, adquieren, aquéllos, el derecho a participar de la *micronegociación* de condiciones de trabajo en el establecimiento y el de integrar la representación de los trabajadores en las unidades de negociación de los convenios colectivos de empresa, según lo establece el art. 17 de la ley 14.250 (t.o. por decreto 1135/04).

El reconocimiento de facultades a los representantes de los trabajadores en la empresa para intervenir en negociaciones colectivas, se encuentra previsto en los Convenios n° 135 y 154 de la OIT, siempre que tal habilitación no se “*extienda a actividades que sean reconocidas como prerrogativas exclusivas de los sindicatos*” (art. 3.b, Conv. 135) ni se utilice con menoscabo de la posición de las organizaciones sindicales (art. 3, Conv. 154).

Corresponde, no obstante, introducir una salvedad —con apoyo nuevamente en la generosidad de Gerardo von Potobsky— sobre un aspecto relativo a la mayor *representatividad* de los sindicatos en el nivel de la empresa.

⁶⁴ Vid, por todos, CLS, # 392.

Como señala el citado jurista, la jurisprudencia del Comité de Libertad Sindical ha determinado que si un sindicato simplemente inscripto es el más representativo en la empresa, en razón de su mayor número de afiliados, no puede ser privado del derecho de negociación colectiva para el ámbito de la misma.⁶⁵

V.7. ¿Existen modelos de representación que puedan aportar alguna referencia comparativa para el sistema argentino a partir del fallo?

Acto seguido, se efectuará un breve paneo sobre algunas referencias comparadas, no con la pretensión —conviene aclararlo— de copiar esquemas de representación de los trabajadores o de implantación de los sindicatos en el asiento del trabajo, que responden a los acervos históricos y circunstancias particulares de cada país, sino con la modesta intención de presentar sumariamente algunas fisonomías que adquieren, en algunos regímenes, la representación de los trabajadores y la organización sindical en la base, de modo que puedan contribuir, tanto para encontrar algunas referencias útiles para el análisis jurídico de la actual configuración del régimen de representación sindical en la Argentina con posterioridad al fallo que origina este trabajo, y, a la inversa, que sirva para despejar eventuales intentos de traspolación de parámetros sociales y normativos que nada tiene que ver con nuestra realidad, con nuestras instituciones o con nuestro ordenamiento jurídico.

V.7.1. La representación unitaria de los trabajadores en España (delegados del personal y comités de empresa)

Como resumen Sala y Albiol, en Europa existen dos modelos organizativos de representación de los trabajadores en la empresa:

a) el modelo de representación *unitaria* o institucional, constituido por órganos ajenos a la estructura sindical —cuyos miembros son elegidos por todos los trabajadores de la empresa, con independencia de que se encuentren o no afiliados a algún sindicato—, que se configura bajo las formas de los “delegados del personal”, los “comités o consejos de empresa” y las “comisiones internas”; y

b) el modelo de representación *sindical*, constituido por órganos sindicales a nivel de empresa o centro de trabajo, dotados de una mayor o menor autonomía según los casos.⁶⁶

Estos modelos no son recíprocamente excluyentes. Al contrario, en varios regímenes conviven normalmente, especialmente a partir de la década de los años '60, en que se registró un notable avance de la acción sindical en la empresa. Por otra parte, pese al carácter extrasindical de la representación unitaria, se ha ido

⁶⁵ CLS, 335° Informe, caso n° 2312, “Sindicato de Trabajadores de Lockheed Aircraft Argentina (SITLA)”. En el citado caso, el Comité, además de confirmar la inadecuación del art. 29, LAS, con las disposiciones del Convenio n° 87, entendió que la mayor representatividad a los fines de la prioridad en materia de negociación, debería tener como referencia el ámbito de la empresa cuando compite un sindicato de este nivel con otro de nivel sectorial.

⁶⁶ SALA FRANCO, Tomás y ALBIOL MONTESINOS, Ignacio, “*Derecho Sindical*”, 5ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 138/139.

acentuando una cierta sindicalización de las instituciones representativas del personal, por cuanto, en muchas ocasiones, las candidaturas proviene de propuestas sindicales, porque es frecuente la presencia de representantes sindicales en los comités de empresa (con voz pero sin voto) y, especialmente, porque en el aspecto funcional, el desarrollo de los sistemas de representación unitaria se encuentra en función directa del interés con que se lo toman los sindicatos. Dicho más gráficamente, con los autores arriba citados, en los países donde coexisten ambos sistemas de representación, las secciones sindicales son instrumentos dinamizadores de los comités de empresa.⁶⁷

El art. 129.2 de la Constitución española, compromete a los poderes públicos a “*promover eficazmente las diversas formas de participación en la empresa*”. Desarrollando este mandato constitucional, el art. 61 del Estatuto de los Trabajadores (ET), establece que: “*sin perjuicio de otras formas de participación, los trabajadores tienen derecho a participar en la empresa a través de los órganos de representación regulados por este título.*”

Los órganos de representación unitaria de los trabajadores en la empresa, instituidos por la legislación y la experiencia histórica, son los *comités de empresa* y los *delegados de personal*.

Ambos órganos, delegados de personal y comités, tienen identidad representativa. El art. 62.2 del ET dispone expresamente que: “*los delegados de personal (...) tendrán las mismas competencias establecidas para los comités de empresa*”.

Los criterios básicos de organización de los mismos, tenidos en cuenta por el legislador para determinar la necesidad de existencia de delegados de personal o de comités de empresa, han sido dos: a) el centro de trabajo; y b) el número de trabajadores.⁶⁸

El número de representantes a elegir varía en función de la cantidad de trabajadores a representar, conforme a la siguiente escala establecida en el ET.⁶⁹

a) Para delegados de personal (art. 62.1):

- Hasta 30 trabajadores: 1.
- De 31 a 49 ” 3.

b) Para miembros de comités de empresa (art. 66.1):

- De 50 a 100 trabajadores: 5.
- De 101 a 250 ” 9.
- De 251 a 500 ” 13.
- De 501 a 750 ” 17.
- De 751 a 1000 ” 21.

⁶⁷ SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESINOS, I., “*Derecho...*”, loc. cit.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 146.

⁶⁹ *Ibidem*, pp. 150/151.

– De 1000 trabajadores en adelante: 2 por cada 1000 o fracción, con un máximo de 75.

El ET viene a establecer dos reglas de funcionamiento, aparentemente distintas, para los delegados de personal y para el comité de empresa. Según el art. 62.2, *“los delegados de personal ejercerán mancomunadamente ante el empresario la representación para la que fueron elegidos”*, mientras que según el art. 63.1, *“el comité de empresa es el órgano representativo y colegiado del conjunto de los trabajadores”*. Sin embargo —explican Sala y Albiol—, no parece que la conclusión práctica coincida con la literalidad del texto legal, sino que ambas instituciones (delegados y comité) forman su voluntad conjunta por acuerdo mayoritario.⁷⁰

Conforme ha establecido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el mandato se configura como representativo y no imperativo, en el sentido de que *“el delegado de personal puede operar a su exclusiva iniciativa en defensa de los intereses de sus representados, pues sin perjuicio de la responsabilidad que asume en el ejercicio de sus derechos como tal delegado, el artículo 61, ET, sanciona que la participación de los trabajadores en la empresa se realiza a través de sus representantes, en este caso el delegado de personal, a los que específicamente el art. 62 del mismo texto les otorga el poder de representación, que debe entenderse tan amplio como corresponde a la efectividad de los derechos y deberes que asume”*.⁷¹

Con respecto a las condiciones para elegir y ser electo como delegado de personal o miembro del comité de empresa, el art. 69.2, ET, dispone que *“serán electores todos los trabajadores de la empresa o centro de trabajo mayores de dieciséis años y con una antigüedad en la empresa de al menos un mes”*. Por otra parte, conforme al mismo artículo, serán elegibles *“los trabajadores que tengan dieciocho años cumplidos y una antigüedad en la empresa de, al menos, 6 meses, salvo en aquellas actividades en que, por movilidad del personal, se pacte en convenio un plazo inferior, con el límite mínimo de tres meses de antigüedad.”*

El art. 67.1, ET, faculta a convocar (promover) elecciones a delegados de personal y miembros del comité de empresa a: a) las organizaciones sindicales más representativas en el ámbito estatal o de Comunidad Autónoma, derecho que puede ser ejercido por cualquiera de ellas, en forma conjunta o separadamente; b) las organizaciones sindicales que cuenten con un mínimo de un 10% de representantes en la empresa; y c) *“los trabajadores del centro de trabajo por acuerdo mayoritario”*. La regla establecida en este sistema para solucionar la concurrencia de promociones electorales es la de considerar válida, a efectos de la iniciación del proceso electoral, *“la primera convocatoria registrada”*.⁷²

Las candidaturas pueden ser presentadas: a) por *“los sindicatos de trabajadores legalmente constituidos”*; b) por coaliciones formadas por dos o más sindicatos; y c) por los trabajadores que *“avalen su candidatura con un número*

⁷⁰ Ibidem, p. 154.

⁷¹ Ibidem, p. 156.

⁷² Ibidem, pp. 164/165 y 167.

de firmas de electores de su mismo centro y colegio, en su caso, equivalente, al menos, a tres veces el número de puestos a cubrir” (art. 69.3, ET).

V.7.2. Las secciones sindicales en España y Francia

Según describe Ojeda Avilés,⁷³ la práctica de los países conoce fundamentalmente tres posibilidades de “entrada” de los sindicatos en la empresa, en función de su relación con la representación unitaria:

a) *De separación*: entre las “secciones sindicales” implantadas en la empresa y los órganos *unitarios* de representación del personal (como es el caso de los sistemas francés, español y holandés, entre otros).

b) *De control sindical*: que se da a través de la influencia de los sindicatos sobre los órganos unitarios, a pesar de que éstos constituyen órganos independientes de la organización sindical (como ocurre en Alemania).

c) *De identificación (en una representación plenamente unitaria)*: los diversos delegados sindicales componen los organismos unitarios, que actúan en representación conjunta de los trabajadores y los sindicatos, agrupándose generalmente en “consejos de fábrica” o “comités de delegados” (Reino Unido, Suecia e Italia).

En el sistema español, los sindicatos pueden constituir “secciones sindicales de empresa” (SSE), que se componen por todos o una fracción de los afiliados a un determinado sindicato, que forma con ellos la unidad organizativa de base. El art. 8º de la Ley Orgánica de Libertad Sindical (LOLS) deja a total libertad de los afiliados a los sindicatos la constitución de la SSE en la empresa o centro de trabajo. La SSE se constituye como “sujeto colectivo” dotado de un doble perfil, que implica officiar como instancia organizativa interna del sindicato y a la vez como representación *externa* a la que la ley confiere determinadas prerrogativas.⁷⁴

A diferencia del sistema francés, que autoriza las SSE en empresas de al menos 50 trabajadores (L.82-915, de 28/10/1982, L.412-11 del “*Code du Travail*”)⁷⁵, la LOLS española no exige ningún requisito externo de constitución con lo que puede constituirse en todo centro de trabajo con dos o más trabajadores. Así también, un gran centro de trabajo permite la existencia de varias SSE, en razón de la existencia de afiliados a varios sindicatos o porque algún sindicato con numerosa militancia decida estructurarlas en varias SSE conforme a distintas categorías, grupos profesionales, antigüedad, tareas, etc. En lo precedente, el modelo español también se distingue del ordenamiento francés, que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Casación, admite SSE únicas para todos los asociados a las centrales reconocidas para constituir las. Con

⁷³ OJEDA AVILÉS, Antonio, “*Derecho Sindical*”, 7ma edición, Tecnos, Madrid, 1995, p. 372/373.

⁷⁴ OJEDA AVILÉS, A., “*Derecho...*”, cit., p. 376.

⁷⁵ Para consultar los textos normativos del ordenamiento francés, es recomendable el sitio web del «Ministère du Travail, des Relations Sociales, de la Famille et de la Solidarité» (www.travail.gouv.fr).

respecto a las fórmulas, criterios y pautas de constitución de las SSE hay que remitirse a lo que digan los estatutos o reglamentos sindicales.⁷⁶

Otra diferencia evidente entra ambos sistemas, reside en que el ordenamiento francés, el español no impone obligaciones de registro ni de comunicación, aunque la SSE deberá al menos identificarse ante el empresario para obtener los “derechos de uso” reconocidos por la ley.

Conforme al art.8, LOLS, las SSE poseen derechos⁷⁷:

a) *De libertad*: contra las injerencias privadas o públicas de cualquier tipo, que excepcionalmente configuran un contrapoder ante el empresario, en materia de negociación colectiva y conflicto.

b) *De uso*: de las instalaciones y bienes de la empresa, excepto la negociación y el conflicto.

c) *De publicidad*: las SSE de los sindicatos más representativos y de los que tengan presencia en la representación unitaria disponen de una cartelera (“tablón”) de anuncios dentro del establecimiento y con adecuado acceso a los trabajadores. En las empresas de más de 250 trabajadores disponen de un local adecuado. En el ordenamiento francés, el art. L412-9, CT, lo exige para empresas o centros de trabajo que ocupen un mínimo de 1000 trabajadores.

d) *Facilidades*: de circulación a los líderes sindicales provinciales o de ámbito superior pertenecientes a los sindicatos más representativos.

V.7.3. Los delegados sindicales en España y Francia

El sistema español (conforme establece el art. 10, LOLS) admite también que los sindicatos con afiliados en la representación unitaria designen, en los establecimientos o empresas con un mínimo de 250 trabajadores, un delegado sindical que deberá surgir del comicio llevado a cabo entre los respectivos afiliados sindicales con desempeño en la empresa o establecimiento. En cambio, en el régimen francés, los delegados son designados en forma directa por el sindicato, sin que resulte exigible la condición de afiliado a los efectos del ejercicio de tal función.

Los delegados sindicales resultan un paralelo de los representantes unitarios, si se atiende a su cuantificación progresiva en relación con la dotación del establecimiento o su integración en el comité de empresa.

La ley española no exige ningún requisito subjetivo de antigüedad en la empresa ni de edad del delegado (en Francia, el art. L412-13, CT, exige 18 años de edad y un año de antigüedad en la empresa).

El único requisito subjetivo consiste en su elección por y entre los afiliados del establecimiento o empresa, evitando de esta forma los denominados “sistemas

⁷⁶ OJEDA AVILÉS, A., “Derecho...”, cit., pp. 376/377.

⁷⁷ Ibidem, pp. 378/380.

de cooptación por el sindicato” o de “asunción de tareas” (semejante a Suecia, Finlandia y Bélgica, y a diferencia de Reino Unido, Alemania y Austria).⁷⁸

V.7.4. Los comités de empresa del modelo alemán

En el sistema alemán, la Ley de Comités de Empresa del 23 de julio de 2001 modificó la anterior del 15 de enero de 1972, atenuando la “estricta separación”, característica de este régimen, entre sindicatos y comités de empresa, al tiempo que aumentó las competencias de estos últimos, con la pretensión de reforzar el ámbito de decisión de los trabajadores en el establecimiento, a través de diversos mecanismos, como el aumento del número de sus miembros, la simplificación del proceso electoral, el fortalecimiento de las competencias de participación y la mejor protección y formación de los jóvenes, miembros de la “delegación juvenil”.⁷⁹

El ámbito de constitución del comité de empresa es el establecimiento, entendido como unidad específica, no la empresa. Así, por decisión de los trabajadores, podrán constituirse tantos comités como centros de trabajo posea la empresa, con más de cinco trabajadores cada uno, de los cuales tres sean elegibles. Si existen varios centros de trabajo en una misma empresa, debe constituirse un “comité intercentros”. A su vez, si varias empresas pertenecen a un mismo grupo, los comités intercentros pueden acordar la creación de un “comité de grupo”, integrado por miembros designados por cada comité intercentros. En algunos convenios colectivos se ha pactado la constitución de comités de empresa que representan a varias filiales secciones de la empresa.⁸⁰

Los miembros del comité de empresa son electos por los trabajadores del establecimiento mayores de 18 años, con independencia de la antigüedad en la empresa y del tipo de contrato que los vincule a la misma, incluidos los empleados de las cesionarias y contratistas que posean —en este caso— una antigüedad mínima de tres meses. Pueden ser electos los trabajadores mayores de 18 años con una antigüedad general en la empresa de al menos seis meses. Para los centros de trabajo de entre 5 y 50 trabajadores, la ley establece un proceso electoral simplificado, por el cual se constituye una asamblea electoral, convocada por los representantes de los sindicatos, que tiene a cargo la constitución de la junta electoral y de abrir el período de presentación de candidaturas. En los establecimientos de entre 51 y 100 trabajadores, la junta electoral podrá pactar la aplicación de este sistema simplificado con el empleador.⁸¹

El mandato de los miembros del comité de empresa es de cuatro años, salvo que en un período de dieciocho meses desde la elección ocurriera alguna de las siguientes causas que pueden dar lugar a su prórroga: que el número de trabajadores haya aumentado o disminuido al menos en 50 personas; que la

⁷⁸ *Ibidem*, p. 380.

⁷⁹ Conf. ALZAGA RUIZ, I., “*La reforma...*”, cit., p. 66.

⁸⁰ *Ibidem*, pp. 71/72.

⁸¹ *Ibidem*, p. 73.

mayoría de los miembros del comité de empresa haya dimitido; que el comité se haya disuelto por orden judicial o no exista aún un comité de empresa constituido en el centro de trabajo. El mandato de los integrantes del comité puede ser revocado por decisión judicial, promovida por un representante sindical, por el empleador o por el 25% de sus representados. Los miembros del comité no pueden ser despedidos ni sancionados durante el ejercicio de su función ni durante un año posterior al término del mismo, salvo incumplimientos contractuales. La misma protección alcanza a los miembros de la junta electoral.⁸²

Los representantes sindicales tienen reservada la capacidad de negociación y de conflicto.⁸³ Son también quienes convocan las elecciones a los órganos unitarios dentro de la empresa, cuando éstos no se hubieran constituido. Convocan también las asambleas del personal y participan en las deliberaciones del *comité de empresa*.⁸⁴

V.7.5. La representación sindical unitaria (RSU) del sistema italiano

Como observa Lazzari, son muchas las diferencias entre el famoso “Otoño Caliente” (período de conflictividad en la base a partir del cual los sindicatos italianos descubrieron que “*la clave estaba en la fábrica*”) y la situación actual del sistema italiano de representación de los trabajadores en el lugar de trabajo.⁸⁵ Aun cuando la continuidad histórica permita encontrar tanto semejanzas como divergencias entre las respuestas organizativas surgidas del sindicalismo italiano en una y otra época, la autora citada recomienda no apresurar indebidos paralelismos generalizados entre ambos períodos, sino más bien tomarlos en cuenta para comprender que la pregunta por el grado de adecuación de la estructura y la política sindicales, ante los cambios en el proceso productivo, no constituye una novedad, dado que, ya al inicio de los años ’60, los propios sindicatos se interrogaban por las estrategias, incluso de tipo organizativo, cuya elaboración les venía impuesta por las modificaciones provenientes del progreso tecnológico.⁸⁶

A comienzos de los años ’90, cuando las exigencias del Tratado de Maastricht para ingresar en el área de la moneda común europea imponían el

⁸² *Ibidem*, pp. 80/81.

⁸³ Cfr. OJEDA AVILÉS, A., “*Derecho...*”, cit., p. 372.

⁸⁴ Cfr. ALZAGA RUIZ, I., “*La reforma...*”, loc. cit.

⁸⁵ LAZZARI, Chiara, “*Nuovi lavori e rappresentanza sindacale*”, Prefazione di Paolo Pascucci, *Diritto del Lavoro* (Colonna diretta da M.Rusciano e T.Treu), G. Giappichelli Editore, Torino, 2006, p. 51.

⁸⁶ “Como en aquellos célebres años, desde fines de los ’90 en Italia, al sujeto sindical se le impone la necesidad de repensarse a sí mismo. El sindicato organizado por rama de actividad económica de la primera mitad del siglo XX en Europa no es sino el originario sindicato de oficio repensado; y el sindicato industrial de la segunda mitad del siglo pasado, no es más que el exponente más venerado del sindicalismo de categoría repensado a medida del modo predominante de producir.” Vid LAZZARI, C., “*Nuovi...*”, cit., p. 51, con cita de ROMAGNOLI, Umberto, “*Ripensare il sindacato per ripensare lo Statuto dei lavoratori*”, in *QRS-Lavori*, 2001, n° 2, p. 125.

saneamiento de las cuentas fiscales y la drástica reducción de la inflación —y cuando, al mismo tiempo, eran igualmente ineludibles las exigencias de las empresas de tener bajo control el costo laboral—, los sindicatos, que conservaban “considerables posiciones de fuerza”, constituían para el gobierno y el empresariado “la llave maestra para la ejecución de políticas consensuadas de moderación salarial”.⁸⁷

A través de la negociación entre el gobierno y las partes sociales (la Confindustria, y las tres centrales sindicales de ámbito estatal: CGIL, CISL y UIL) se arribó a una serie de acuerdos interconfederales, que concluyeron en dos “protocolos”. El primero, del 1º de julio de 1992, sobre negociación colectiva, en el que se suprimió el sistema de indexación automática de salarios de acuerdo con la inflación, encontrará su definición en el siguiente Protocolo del 2 de julio de 1993. Este último —conocido como “Protocolo Giugni”—, perfeccionado para el sector privado mediante el Acuerdo Interconfederal de diciembre de 1993, encontró en las nuevas reglas que pasaron a regir la contratación colectiva la base necesaria para la redefinición de las estructuras sindicales en la empresa.⁸⁸

El Acuerdo Interconfederal de 1993 —precedido de un entendimiento entre las tres centrales sindicales que provenía de 1991— prevé una estructura *sindical*, que es al mismo tiempo *unitaria*, en la empresa. La *representación sindical unitaria* (RSU), presenta características en las cuales puede verse reflejada, en cierta medida, la configuración del esquema argentino de representación de los trabajadores en el lugar de trabajo, con posterioridad a la inconstitucionalidad del art. 41, inciso a), de la ley 23.551, declarada por la Corte Suprema en la causa “ATE”.

La íntegra estructura organizativa actual de los sindicatos italianos se asienta sobre cuatro niveles:

a) En la base: las estructuras presentes en el lugar de trabajo (*delegados* en el sector privado; *secciones sindicales* o similares en el sector público; *ligas territoriales*, en las actividades de la agricultura y la construcción);

b) En el segundo nivel: los sindicatos verticales y los de oficio provinciales (que adquieren distintas denominaciones según la central a la que pertenezcan, como por ejemplo, “Cámaras del Trabajo” para la CGIL, y “Uniones Sindicales” para la CISL)

c) En el nivel regional: estructuras de actividad o de oficio; son de reciente constitución y están provistas de poderes en aumento, de acuerdo con el grado de descentralización administrativa y regional.

d) En el ámbito nacional: operan las estructuras copulares de las organizaciones, trátense de las federaciones nacionales de actividad o de las confederaciones.⁸⁹

⁸⁷ Cfr. BALLESTRERO, Maria Vittoria, “*Diritto sindacale – Lezioni*”, G. Giappichelli Editore, Torino, 2004, p. 148.

⁸⁸ Cfr. BALLESTRERO, M. V., “*Diritto...*”, cit., p. 149.

⁸⁹ Cfr. CARINCI, Franco; DE LUCA TAMAJO, Raffaele; TOSSI, Paolo e TREU, Tiziano, “*Diritto del Lavoro*”, 5º edizioni, UTET Giuridica, Torino, 2006, “*1. Il Diritto Sindacale*”, p. 43.

Las RSU —que componen la estructura organizativa del primer nivel en el sector privado— son de composición mixta, es decir, en parte “electivas” y en parte “asociativas”. Pero —como señala la obra actualizada de Giugni— la composición de la RSU evidencia que los sindicatos no han resignado la totalidad del control y el enlace, orientados sobre todo a prevenir riesgos de incoherencia entre la negociación colectiva nacional y en el ámbito de la empresa. Los dos tercios de los miembros de la RSU son electos mediante sufragio universal de los trabajadores de las unidades de producción de más de 15 dependientes, tanto afiliados como no afiliados a los sindicatos que poseen capacidad de presentar las listas. Pero el tercio restante queda reservado a la elección o designación por las asociaciones sindicales firmantes del convenio colectivo de ámbito nacional aplicable al establecimiento.⁹⁰

Las RSU se integran por *delegados* en número proporcional a los votos obtenidos por cada una de las listas.⁹¹

Las listas electorales pueden ser presentadas por:

a) las asociaciones sindicales adherentes a las confederaciones firmantes del acuerdo interconfederal (CGIL, CISL y UIL);

b) las asociaciones sindicales que hubieran adherido a dicho acuerdo (como es el caso de la CISAL y la CISNAL, que modificó su denominación y cuya sigla pasó a ser UGL);

c) las asociaciones sindicales firmantes del convenio colectivo nacional aplicado a la unidad productiva, incluyendo aquellas que hubieran adherido al mismo;

d) los sindicatos constituidos y dotados de estatutos (lo que excluye a los grupos informales) que hubieran aceptado la disciplina de la RSU y cuya presentación de lista hubiera obtenido una adhesión mínima del 5% de los trabajadores con derecho a voto.⁹²

Los derechos electorales, tanto activos (postulación) como pasivos (sufragio) les son reconocidos a todos los trabajadores con prescindencia de su afiliación sindical.⁹³

La iniciativa para la constitución de la RSU puede ser asumida directamente por las organizaciones sindicales autorizadas a presentar listas a la propia RSU, tres meses antes de la finalización de los mandatos en curso, cuya duración se encuentra rígidamente establecida en tres años, por lo que caducan automáticamente y sin posibilidad de prórroga.⁹⁴

⁹⁰ GIUGNI, Gino, “*Diritto Sindacale*”, con la collaborazione di Lauraalba BELLARDI, Pietro CURZIO e Mario Giovanni GAROFALO, Cacucci Editore, Bari, 2006, pp. 84/85.

⁹¹ Cfr. CARINCI, F.; DE LUCA TAMAJO, R.; TOSSI, P. e TREU, T., “*Diritto...*”, cit., p.47.

⁹² Cfr. BALLESTRERO, M. V., “*Diritto...*”, cit., pp. 148/149; GIUGNI, G., “*Diritto...*”, cit., p. 84.

⁹³ Cfr. VALLEBONA, Antonio, “*Breviario di Diritto del Lavoro*”, seconda edizione, G. Chiappichelli Editore, Torino, 2003, p. 59.

⁹⁴ Cfr. BALLESTRERO, M. V., “*Diritto...*”, cit., p. 149.

La RSU —conforme ilustra Ballestrero— constituye en “canal único” de representación de los trabajadores, toda vez que en el mismo órgano confluyen tanto las funciones de representación de los trabajadores electores como las funciones específicamente sindicales (en principio, la negociación colectiva en la empresa). La RSU viene a unificar el “doble canal” que comportaba la distribución entre la función de representación de los trabajadores, por un lado, en cabeza de un órgano electivo (como fueron, primero, las “*comisiones internas*”, y luego, los “*consejos de fábrica*” o “*consejos de delegados*”, también mencionados por su sigla “RSA”), y funciones sindicales por otro (esencialmente con capacidad negocial), confiadas a los representantes sindicales, como eran las “secciones sindicales” en la empresa (SAS)⁹⁵.

En la práctica, las RSU son la conjunción entre el *doble canal* y el *canal único* de representación, pero que sin embargo se diferencian de los “*consejos de fábrica*” (RSA) por la más acentuada presencia e influencia de las organizaciones sindicales.⁹⁶

Las RSU tienen competencias generales en materia de tutela colectiva de los trabajadores en la empresa, incluida la titularidad negocial, dentro de los límites de la competencia atribuida por el convenio colectivo de ámbito nacional al respectivo ámbito descentralizado.⁹⁷ Por un lado, la RSU sucede a la RSA (“consejos de fábrica”) “en la titularidad de los derechos, permisos y libertades sindicales” previstos en el título III del Estatuto de los Trabajadores, pero no en la titularidad de los “poderes ni en el ejercicio de las funciones” atribuidas por la ley. Por otro lado, un sindicato firmante puede revocar su reconocimiento de la RSU en un determinado lugar de trabajo y constituir una propia RSA sólo comunicando su denuncia del acuerdo interconfederal, con lo que clausuraría su posibilidad de participar en las elecciones de las RSU en todos los centros de trabajo.⁹⁸

En síntesis, es posible afirmar —junto con prestigiosos autores— que la representación *sindical unitaria* (RSU), “constituye el órgano del conjunto de los trabajadores, afiliados y no afiliados, y funge al mismo tiempo de la estructura común de representación de los sindicatos en la empresa. De este modo —agrega la misma doctrina—, queda reafirmada la tradición italiana del denominado “*canal único de representación sindical*” —que tiene ostensible semejanza con la unificación de representaciones que condensa la figura del delegado sindical argentino (conf. art. 40, LAS)—, por el cual los organismos representativos son controlados por el sindicato y reúnen la totalidad de las competencias de autotutela colectiva en la empresa.”⁹⁹ ♦

⁹⁵ BALLESTRERO, M. V., “*Diritto...*”, cit, p. 150.

⁹⁶ Cfr. GIUGNI, Gino, “*Diritto...*”, cit., p. 85.

⁹⁷ CARINCI, F.; DE LUCA TAMAJO, R.; TOSSI, P. e TREU, T., “*Diritto...*”, cit., p. 47.

⁹⁸ GIUGNI, G., “*Diritto...*”, cit., p. 83.

⁹⁹ CARINCI, F., DE LUCA TAMAJO, R., TOSSI, P. e TREU, T., “*Diritto...*”, cit., pp. 47/48.