

EL “FALLO ROSSI” Y LA ESTABILIDAD DE TODOS LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES.-

Por Horacio Meguira.-

Sumario: 1.-Introducción. 2.-La Libertad Sindical en el marco de los derechos humanos fundamentales.- 3.- La Tutela elemento imprescindible de la libertad sindical.- 3.1. El bien Jurídico protegido. 3.2 La normativa que se refiere a la tutela de los representantes. 3.3. La tutela en sentido amplio y la tutela de los representantes. 3.3.1 Concepto de representante. 3.3.2. El Art. 47 de la ley 23.551 y la tutela especial. 3.4. La Tutela y el despido discriminatorio.- 3.5. La tutela de los representantes de los sindicatos fundados que no cuenten aún con el reconocimiento estatal de simple inscripción.-

1.-Introducción.

En el marco de una modificación sustancial del derecho social que ha emprendido la Corte Suprema de Justicia, a la luz de la interpretación amplia de la ley (Bloque Constitucional) y los derechos humanos fundamentales, el Fallo Rossi, modifica sustancialmente el sistema de tutela establecido en la ley 23.551. Es “la continuidad en el terreno del derecho colectivo del trabajo, de la dictada en los fallos “Aquino”, “Vizzoti” y “Madorrán “en las respectivas materias de riesgos del Trabajo, tope indemnizatorio para el despido sin causa y estabilidad en el empleo público”¹ y a su vez complementa la doctrina sentada en el fallo “ATE”.

La circunstancia de que la ley sindical contemple en forma exclusiva la tutela del representante de los sindicatos con personería gremial, no esta aislada del resto del denominado “modelo sindical argentino”. Los “privilegios” de dichas entidades apuntan a un sistema de representación monopólica mucho mas allá del concepto de “entidad mas representativa” reconocido por los organismos de control de la OIT.-

Lo que se buscó tutelar desde la ley sindical es al propio “sindicato con personería gremial”, en desmedro de otros sujetos, que sin formar parte de dicho instituto intentaron (y mas aún ahora: intentan) ejercer el derecho individual o colectivo de la libertad sindical constitutiva, y/o simultáneamente, de la libertad sindical dinámica (conflicto y negociación).-

Esta visión de la ley sindical concibe y cree que el monopolio de la titularidad del conflicto y de la negociación colectiva formal, debe ser tutelado a través del sujeto representante. No es un olvido del legislador, ni consecuencia de la negociación al momento de sancionarse la ley², sino que fue intención conciente otorgar una

¹ Simon, Julio Cesar, Crónica de un final anunciado” DT, edición “on line”, suplemento especial “Libertad Sindical”, 20-11-2008

² Algunos autores aducen que el denominado “Proyecto Britos” que dio origen a la ley vigente contemplaba la tutela de los “fundadores” y que las presiones de los empleadores

tutela plena y exclusiva del representante de las entidades con personería gremial.

Un sector importante de la doctrina justificó (y seguirá justificando) esa desigualdad, amparados en una concepción restringida de la tutela: “El destinatario de la protección constitucional y legal es el sindicato, mas solo y en tanto es investido de la potestad de ejercer funciones de representación gremial”³.

Se intentó fundar dicha desigualdad por intermedio de este concepto limitado de bien jurídico protegido; es más, se entiende que el sujeto tutelable plenamente es el mismo sujeto que esta investido de la representación plena (con aptitud legal para el conflicto y la negociación) en desmedro de quien mas lo necesita, cual es el representante de una entidad sin dicho reconocimiento o el que pretende ejercer la libertad sindical constitutiva.

Machado y Ojeda en la obra citada, afirman que si alguna esfera de protección corresponde a las entidades “simplemente inscriptas” ella no podrá derivarse de la representatividad del interés colectivo o gremial sino, en todo caso, de los principios constitucionales y legales de libertad de asociarse y de pluralidad sindical.-⁴.

Al declararse en el fallo Rossi la inconstitucionalidad del Art. 52 de la ley sindical, se **redefine la concepción ideológica de la tutela de los representantes** (Arts. 47 y siguientes). La ampliación de la protección del “sujeto representante” extendiendo la estabilidad a los “representantes de las entidades simplemente inscriptas”, debe ser leída conjuntamente su antecedente “ATE”, que permite a las entidades con simple inscripción convocar a elecciones de delegados (libertad sindical colectiva) y exime a los trabajadores de la obligación de estar afiliados a las entidades sindicales con personería gremial, (libertad sindical individual).

Así, se modifica la lógica del “modelo de unicidad promocionada por ley” sin alterar el sistema de “sindicato mas representativo”, ya que la entidad con personería gremial sigue siendo la habilitada para la negociación colectiva. Lo que cambia con el fallo, es el sistema de “promoción” y “monopolio” de la entidad con personería gremial.-

Entonces y a la luz del fallo Rossi, buscaré redefinir éste concepto de “bien jurídico protegido” de la tutela sindical. Cual es, a la luz de los

modificó el texto.-

³ Machado, José D. Ojeda, Raúl Horacio, Tutela Sindical, Estabilidad del representante gremial, Rubizal-Culzoni, Editores, pag 68.

⁴ Machado, J.D. y Ojeda R.H. op. Citada Pág. 87 y 88 Los autores afirman “ ... justifica un tratamiento diferenciado entre los representantes de asociaciones “simplemente inscriptas” y “con personería gremial”, con protección mas intensa respecto de estas últimas, en tato el gremio es el destinatario de última instancia de la tutela y el sindicato mas representativo una herramienta o medio del interés colectivo”

derechos humanos fundamentales el bien jurídico que se tutela y redefinir con ésta interpretación, a quienes alcanza.-

A su vez, -independientemente de los efectos que produce una declaración de inconstitucionalidad en el sistema legal argentino-, cabe preguntarse como queda reformulado el sistema de tutela a partir de los fallos “Rossi” y su antecedente “ATE” , tomando especialmente en cuenta la ratificación reciente del convenio nº 135 OIT sobre los representantes de los trabajadores (1971) (aprobado en fecha 23/11/2005 mediante ley nº 25.801) y la doctrina de la C.S.J.N. sentada en los fallos “Simón” y “ATE” sobre la interpretación necesaria de los jueces conforme los dictámenes de los organismos de control de los tratados internacionales.-

Haré hincapié en el efecto del fallo “Rossi” sobre el desarrollo de la jurisprudencia de “discriminación” a partir de los fallos de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (C.N.A.T.) “Balaguer” y “Staforini” y luego “Parra Vera” “Álvarez”, entre otros y el intento de generar por esa vía, una tutela impropia para los activistas y representantes de entidades simplemente inscriptas.

Con estos elementos, trataré de ensayar cual es el ámbito de aplicación de la tutela propiamente dicha: Art. 48 a 52 de la ley sindical y la generada en la jurisprudencia sobre el Art 47, la ley antidiscriminatoria 23.592, y las normas internacionales que tratan sobre la materia.-

Esta es la pretensión de este artículo, independientemente de mi opinión, que junto a otras, aconsejamos la inmediata reforma de la ley sindical y su adecuación a las observaciones de los órganos de control de la OIT (Comisión de Expertos, Comité de libertad sindical, y Comisión de Normas de la Conferencia)⁵.-

2.-La Libertad Sindical en el marco de los derechos humanos fundamentales.-

A suerte de ser reiterativo, cabe una pequeña referencia a los derechos humanos fundamentales y al decir de Héctor H. Barbagelata⁶: “ese camino hacia la integración del derecho del trabajo en el sistema de los derechos fundamentales y su aplicación efectiva por los tribunales de justicia”, es el que estamos transitando.

La fenomenal transformación que en el sistema de fuentes significó la reforma constitucional de 1994 permitió en nuestro país el desarrollo de teorías, prácticas e instrumentos que fueron dando una estructura

⁵ Ackerman, Mario E. Notas al fallo “ATE c/ Estado Nacional. Revista de derecho laboral. Número extraordinario. Rubinzal-Culzoni. Editores. mayo 2009. Pág. 68/70. Analiza cuales son las razones por la que se hace necesario una reforma legislativa.

⁶ Barbagelata, Héctor H. El particularismo del derecho del trabajo y los derechos humanos laborales, Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo. Uruguay, Pág.287

de despliegue y soporte para la aplicación interna de los tratados, particularmente los constitucionalizados.⁷

El sistema de ordenación de fuentes del derecho establecido en la nueva norma constitucional (Art.75, Inc. 22): a) instrumentos de derechos humanos que han sido dotados de jerarquía constitucional, integran el “bloque de constitucionalidad” y comparten con la constitución la misma supremacía; b) otros tratados de derechos humanos que, sin estar enunciados en el inciso 22 2da. Parte, pueden adquirir la misma jerarquía constitucional sin requerir de un nuevo proceso constituyente, bastando para ello la aprobación por el Congreso, con una mayoría calificada (2/3 de cada cámara); c) el resto de los tratados, celebrados con otras naciones o con organizaciones internacionales, que cuentan con jerarquía superior a las leyes⁸.

En todo caso, los derechos fundamentales, como el de “libertad sindical”, transitan por andariveles superiores a lo que hasta ahora se venía respondiendo en la coyuntura desde la legislación común. Por esa razón, desde la óptica constitucional, realizada con la reforma de 1994, la Corte interpretó de tal forma el contenido de aquellos derechos que “el modelo sindical argentino”, ha quedado como un “Modelo para armar”⁹.

El Convenio de OIT es un tratado internacional, sujeto a las mismas obligaciones que cualquier tratado (Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados) pero, además, a las propias obligaciones que impone la pertenencia a la organización internacional que los adopta y establece los procedimientos de control por intermedio de La Comisión de expertos en Convenios y Recomendaciones, el Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Aplicación de Normas y recomendaciones de la Conferencia de la OIT.-

Pero a partir de 1998, en lo que fue un hito en la conformación normativa de los instrumentos de OIT, se adoptó la Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el trabajo y su seguimiento.

La Declaración significó un cambio cualitativo de importancia por cuanto, a diferencia de la forma natural de hacer obligatorio un instrumento de OIT, mediante la ratificación por los Estados, la misma – que no está sometida a ratificación –determina la obligatoriedad para todos los Estados miembros de respetar “de buena fe y de

⁷ Gianibelli, Guillermo el sistema de protección de derechos de la organización internacional del trabajo y sus efectos sobre el ordenamiento interno, observatorio de derecho social, CTA, www.observatoriocta.org.ar

⁸ Gianibelli, Guillermo, op. Citada.

⁹ Duarte, David El modelo sindical argentino: “Modelo para armar”. www.observatoriocta.org.ar.

conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales”.

Estos derechos, “han sido reconocidos en los siguientes instrumentos: libertad sindical y negociación colectiva (Convenios 87, 98, 135, 141, 151 y 154), prohibición de trabajo forzoso (Convenios 29 y 105), abolición del trabajo infantil (Convenios 79, 123, 182) y eliminación de la discriminación (Convenios 100 y 111), además de resultar obligatorios aunque no estén ratificados, son susceptibles de elevar a la máxima jerarquía normativa, constitucionalizándolos en los términos del último párrafo del inciso 22 del Art. 75 CN.”

Como lo advirtió la Corte, la jurisprudencia internacional constituye una insoslayable guía para la interpretación y aplicación de los tratados por los tribunales nacionales, en la medida en que el Estado Argentino admitió la competencia de esos órganos al incorporarse voluntariamente a la respectiva organización internacional y ratificar el tratado que deba aplicarse¹⁰.

Naturalmente, existiendo órganos propios de dicha organización encargados de efectuar el control de su aplicación, la interpretación que de los mismos estos realicen, parecería confinar sus alcances al ámbito específico y, por consiguiente, a los alcances de las obligaciones asumidas por los Estados miembros y, en su caso, a la responsabilidad internacional que por su incumplimiento se genere en virtud de los procedimientos destinados al control en la aplicación de los convenios, resultarán de una importancia estratégica significativa también para su aplicación, en este caso por los propios tribunales de justicia locales, en el ámbito interno.

En consecuencia, a la inclusión en la estructura del derecho nacional de los instrumentos internacionales, corresponde agregar ahora, como clave interpretativa y determinación de sus alcances, la forma con que dichos instrumentos es interpretada por los órganos encargados de su aplicación en sede internacional.

El fallo “Rossi” hace una remisión al fallo “ATE” pero repite que “... *la Constitución Nacional mediante su artículo 14 bis, y por vía de un muy comprensivo corpus iuris con jerarquía constitucional proveniente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos contenido en su artículo 75.22...*” para luego hacer la enumeración de los tratados que forman parte de ese plexo normativo.-

Destaca como el convenio 87 toma jerarquía constitucional -tal como lo hiciera en el fallo “ATE”- por intermedio del Pacto Internacional de

¹⁰ García, Héctor Omar. La representación sindical en el lugar de trabajo a partir del fallo “ATE”: muchas preguntas y algunas respuestas. En la nota al pie García hace referencia a todos los fallos de la Corte que se refieren a esta obligatoriedad de interpretación de acuerdo a los organismos de control de los tratados internacionales, “Aquino”, “Simon”, “Madorran”, “ATE”.-

Derechos Civiles y Políticos (Art. 22.1/3) y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Art. 8.1 ay c y 3).-

Podemos afirmar entonces, que el caso que nos ocupa, es un capítulo del Derecho fundamental de Libertad Sindical, y que debe ser interpretado conforme las normas del Bloque Constitucional: artículo 14 bis, tratados internacionales, especialmente los convenios de OIT sobre libertad sindical, convenio 87 y tomando en consideración lo dictaminado por los organismos de control.-

En el punto 4º el fallo hace especial referencia al texto del Art. 14 bis, en cuanto a la protección de los representantes gremiales que *“gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo”*

3.- La Tutela elemento imprescindible de la libertad sindical.-

“La Tutela de la acción sindical, pasa por la protección de los principales principios y valores que inspiran a la organización de los trabajadores en la representación de sus intereses y el ejercicio de sus derechos”¹¹ “La posición de supremacía en que se encuentra el empleador respecto de sus trabajadores e incluso respecto de las organizaciones que los representan, lo que determina que la plena aplicación de la norma jurídica favorable a la parte mas débil de la relación de trabajo encuentre serios obstáculos; obstáculos tanto mas insalvables cuanto menor sea la fuerza de oposición del sindicato frente a aquel poder”¹²

El objeto de la tutela son todos los derechos que constituyan instrumentos adecuados para la defensa, promoción y representación de los intereses de los trabajadores. La tutela, cualquiera sea su naturaleza, y cualquiera sea ese espacio o el modo como se ejerza, se referencia necesariamente en la defensa de derechos subjetivos de los trabajadores individualmente considerados, o de trabajadores agrupados en un sindicato, en sentido amplio. Los sujetos objeto de la tutela, son los trabajadores en general y especialmente el de sus representantes. El sentido es la protección de aquél sujeto que como consecuencia del ejercicio de la defensa, se coloque en situación de visibilidad y por ende puedan ser motivo de represalia por su ejercicio.-

Los derechos integrantes de la libertad sindical pueden tener un mínimo, que es en general lo que se clasifica conforme al sujeto: individual y colectivo, y también podemos efectuar una enumeración no taxativa, como la libertad sindical estática,(afiliarse, y constituir lo sindicatos que se crea conveniente) o la dinámica (huelga y

¹¹ Cornaglia, Ricardo J. Derecho Colectivo del Trabajo. Derecho Sindical. Editorial La Ley Pág. 394.-

¹² Valdeolivas García, Yolanda. Las Conductas lesivas de la Libertad Sindical, Consejo Económico y Social, CES, Colección Estudios, Madrid. Pág. 32.

negociación colectiva); lo que no podemos es ponerle límites porque los derechos que se ejercen a partir de esta potestad surgen de la acción sindical y se diversifican en la medida que se diversifican las formas organizativas y los métodos de acción. La libertad sindical esta sometida a una particular plurilesividad potencial, tanto en lo relativo a los bienes susceptibles de ser lesionados, como también, a la multiplicidad de sujetos aptos para lesionarlos.

El caso Rossi en estudio, dice al respecto “ ... a la obligación estatal “negativa” de no interferir, se yuxtapone una obligación “positiva”, esto es, la de adoptar las medidas apropiadas para proteger y preservar el ejercicio de la actividad sindical “sin temor” por parte de los representantes sindicales, cuanto que, de lo contrario “ se podría destruir la capacidad de las agrupaciones de organizarse para la protección de sus intereses”(Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso Huilca Tecse vs. Perú)

Podemos entonces afirmar que: La tutela es un derecho-garantía de los trabajadores y de sus representantes para su protección y amparo que opera sobre aquellos que ejercen la defensa de derechos ante la posibilidad que otros agentes (el Estado, o los empleadores, o la propia organización que los agrupa) apliquen el poder de supremacía que le confiere su posición en la sociedad. El Estado, al respecto debe adoptar medidas no solamente negativas en cuanto no injerencia sino positivas de tutela y fomento de los derechos a la libertad sindical.-

3.1. El bien Jurídico protegido.

Definir el bien jurídico protegido es de suma importancia. En base a ello se establecen las técnicas de resguardo, y también se justifica la graduación y los distintos tipos de tutela.

Entendemos que hay que ser claro en este tema, ya que si el bien jurídico tutelado es la libertad sindical constitutiva, comprende la totalidad de los sindicatos; si se entiende que el bien jurídico protegido es “la posibilidad de actividad sindical libre”¹³, justifica la existencia de distintos tipos de protección.

En tal sentido creemos desde hace muchos años, que todos los sindicatos son iguales ante la ley y lo que se ha violado sistemáticamente por parte de las distintas leyes argentinas, es el principio de igualdad, independientemente de la habilitación de ciertos derechos al sindicato mas representativo, como reiteradamente lo han reconocido los informes de la Comisión de Expertos de la OIT.

"El concepto de libertad se integra con el de la "igualdad Sindical". La "igualdad" es la condición necesaria de la libertad, evidentemente, si

¹³ Machado , J.D. y Ojeda R.H. op. Citada Pág. 26

ciertos sindicatos se benefician de prerrogativas excepcionales, a ellos irán las adhesiones y la libre elección de los trabajadores será falseada. Se trata de una igualdad de derechos y de obligaciones que confiere a cada sindicato una igualdad de posibilidades frente a las otras organizaciones, aún cuando por razones prácticas y de otro orden haya prosperado la idea de "sindicato más representativo", estableciéndose una cierta jerarquía entre los grupos.-

"Cuando se habla de los sindicatos mas representativos no es sinónimo de "únicos sindicatos representativos", porque todos los sindicatos, sin excepción, son representativos de sus miembros y de la profesión cuyos intereses tienen por misión defender solamente para funciones y en circunstancias determinadas, algunos sindicatos pueden ser dotados de prerrogativas y fuera de esas funciones y circunstancias, los sindicatos mas representativos, son sindicatos iguales a los otros.-

El sistema de sindicato más representativo se diferencia sustancialmente del sistema de exclusividad argentino. En el primero, por medio de cantidad de afiliados o cantidad o porcentual de representantes directos ante las empresas se mide la representatividad al sólo efecto de la negociación colectiva pero los demás derechos permanecen inalterables tanto para la entidad desplazada como la que es considerada como "mas representativa".-

La O.I.T. ha reconocido tal condición de entidad "más representativa" pero lo ha condicionado a la existencia de sistemas o métodos objetivos y permanentes de medición, para facilitar la movilidad de dicha representación. Asimismo también entiende que dicho sistema debe limitarse a la negociación colectiva y la representación institucional o la representación internacional (la constitución de la O.I.T., habla de entidades más representativas).-¹⁴

El fallo Rossi toma posición respecto al bien jurídico protegido en tal sentido al afirmar que *"...el artículo 52 de la ley 23.551 es reglamentaria de la libertad sindical constitucionalmente reconocida..."*

El diferente grado de tutela reconocido a los representantes gremiales, según provengan de sindicatos simplemente inscriptos, por un lado, o con personería gremial, mortifica dicha libertad de los primeros y de los trabajadores en general, en las dos vertientes, individual y social señaladas en "Asociación Trabajadores del Estado...."

"Ataca la libertad de los sindicatos simplemente inscriptos y la de sus representantes, al protegerlos de manera menor que si se tratara de asociaciones con personería gremial, en un terreno de la actividad

¹⁴ Meguira, Horacio. Consideraciones acerca de la Libertad Sindical de Organización en el Derecho Argentino. Propuestas para la modificación de la ley 23.551. , www.observatoriocta.org.ar. Artículos de doctrina. Fue ponencia ante el Congreso sobre Derechos Fundamentales, OIT, Facultad de Derecho. 2004.-

sindical que también es propio de aquellos, y el cual, por consiguiente, no se admite privilegios.

Pero lo que afirma, se corrobora finalmente con la mención al Art. 10 del convenio 87 en cuanto que reafirma el criterio amplio de tutela que se refiere a *“ toda organización de trabajadores que tenga por objeto fomentar y defender los intereses de los trabajadores....”*¹⁵.

El bien jurídico tutelado es sin dudas la libertad sindical en general y específicamente la libertad sindical de “elegir libremente sus representantes” como una de las formas del ejercicio de la libertad sindical constitutiva, que comprende asimismo a la voluntad de asociación y la de afiliarse, no afiliarse o desafiliarse a las entidades sindicales existentes. Por supuesto que también abarca la tutela del sindicato y sus representantes, sobre todo al momento de mayor vulnerabilidad: su constitución. La tutela sindical de los representantes comprende a todos, con igual resguardo, cualquiera sea su forma de elección o designación, cualquiera sea su pertenencia sindical. La tutela comprende asimismo a los representantes de los trabajadores en su lugar de trabajo aún cuando no provengan de una elección sindical (convenio 135).

3.2 La normativa que se refiere a la tutela de los representantes.-

El convenio n° 87 de la OIT, instalado en la jerarquía constitucional cuyo artículo 3° garantiza a las organizaciones de trabajadores el derecho de elegir libremente a sus representantes; y el Convenio n° 98 OIT sobre sindicación y negociación colectiva, cuyo artículo 1 establece que: *“los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo”*. Concretamente, dispone el inciso b) de dicho artículo, que *la protección deberá ejercerse especialmente ante el despido de un trabajador tendiente a perjudicarlo a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales.*

El Convenio n° 135 OIT sobre los representantes de los trabajadores (1971) —aprobado en fecha 23/11/2005 mediante ley n° 25.801 y recientemente ratificado por la Argentina—, en su artículo 1° establece: *“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”*. Las

¹⁵ Perez Crespo, Guillermo, CTA - ATE c/ Ministerio de Trabajo. Algunas precisiones sobre los alcances del fallo de la Corte, Observatorio del Derecho Social // Boletín Electrónico Especial // Año 03 N° 31, www.observatoriocta.org.ar

Recomendaciones nº 119 y 143 de la OIT, sobre la terminación de la relación de trabajo y sobre los representantes de los trabajadores respectivamente, lo reafirman.

La Carta Internacional Americana de Bogotá, que en 1948 adoptó la Declaración de los Derechos Sociales del Trabajo, establece en su art. 26, que: *“los miembros de las directivas sindicales, en el número que fije la respectiva ley y durante el período de elección y mandato, no podrán ser despedidos, trasladados de empleo ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, sino por causas justificadas calificadas previamente por la autoridad competente”*.

Nuestro texto constitucional, plasmó la garantía de estabilidad laboral, mediante el Art. 14 bis, que dispone en su parte pertinente, que: *“...los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo”*.

La ley sindical 23.551 (arts. 48 a 52) establece: *Los trabajadores que, por ocupar cargos electivos o representativos en asociaciones sindicales con personería gremial, en organismos que requieran representación gremial, o en cargos políticos en los poderes públicos... tendrán derecho a gozar... a ser reincorporados al finalizar el ejercicio de sus funciones, no pudiendo ser despedidos durante el término de un (1) año a partir de la cesación de sus mandatos.*

Los representantes sindicales en la empresa elegidos de conformidad con lo establecido en el Art. 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 (1) año más, salvo que mediare justa causa.

A partir de su postulación para un cargo de representación sindical, cualquiera sea dicha representación, el trabajador no podrá ser despedido, suspendido sin justa causa, ni modificadas sus condiciones de trabajo, por el término de seis (6) meses.

Los trabajadores amparados por las garantías previstas en los arts. 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 judicial previa que los excluya de la garantía, conforme al procedimiento establecido en el Art. 47.

3.3. La tutela en sentido amplio y la tutela de los representantes.

La tutela sindical es un concepto amplio, que comprende una serie de medidas que protegen la actividad sindical. “Durante muchos años de

lucha, los sindicalistas tuvieron una sola garantía la del apoyo solidario de los compañeros”.¹⁶

La primera tutela es dinámica e inspirada en la autonomía sindical, vinculada con la relación de fuerzas, pero en ejercicio de un derecho también fundamental: el derecho de huelga.

La tutela auto-compuesta es la que se relaciona con el convenio colectivo, donde los empleadores contraen obligaciones tendientes a tutelar la actividad sindical y “las reglas de juego” para el ejercicio de la libertad sindical en la empresa.-

Asimismo la tutela no es sólo la de los representantes, así como el ejercicio de la libertad sindical puede ser ejercido individual y colectivamente, la prohibición de injerencia de los empleadores y el Estado en el ejercicio de la libertad sindical, es tutela.

En definitiva, la tutela sindical es un instituto imprescindible para democratizar las relaciones laborales, y como también se ha dicho muchas veces, éste ejercicio de la ciudadanía en el interior de la empresa, es imprescindible al momento de establecer las bases de un Estado Social y Democrático de Derecho.-

El derecho internacional de Naciones Unidas y de la Comisión de Derechos Humanos del referido organismo, se inscribe dentro de la protección de los defensores de derechos humanos, que son quienes actúan para proteger y promover los derechos humanos. Los Estados tienen la responsabilidad de proteger a estas personas y de garantizar que pueden desempeñar su trabajo.

Los activistas que trabajan para proteger los derechos de las comunidades que viven en la pobreza, los que defienden los derechos de los pueblos indígenas o trabajan para proteger el medio ambiente corren especial riesgo de ser atacados. Por lo que deben ser tutelados todos aquellos defensores que actúan para la protección y tutela de otros sujetos y en la defensa de derechos fundamentales. Los representantes de los trabajadores deben ser considerados “defensores” de derechos humanos en virtud de la Declaración de Derechos Humanos Fundamentales de 1998.¹⁷

Existen otros institutos como el “régimen de licencias de los representantes”, o las denominadas “prácticas desleales”, que al regular la no injerencia de los empleadores también forman parte del régimen general de protección de la actividad sindical y por ende deben ser incluidas dentro del régimen de “tutela sindical”.¹⁸

¹⁶ Cornaglia Ricardo J. op. Citada Pág. 395

¹⁷ Declaración sobre los defensores de derechos humanos, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas, 9 de diciembre de 1998, Resolución de Asamblea General 53/144.

¹⁸ Rehusarse a negociar colectivamente con la asociación sindical capacitada para hacerlo o provocar dilaciones que tiendan a obstruir el proceso de negociación. Despedir, suspender o

Las prohibiciones enumeradas por el Art. 53 de la ley 23.551 deben considerarse como “tutela sindical” en sentido amplio, dejando aclarado, como dije, que la enumeración no es taxativa, sino meramente enunciativa, se pueden considerar otras formas de tutela no comprendidas expresamente en los textos legislativos o convencionales.-

A partir de la ratificación del convenio 135 de la OIT, y lo que se desprende de la interpretación de la Corte Suprema en el caso “Rossi”, se vislumbra claro que existen dos tipos de tutela: La de los representantes cualquiera sea su condición y/u origen, sin ninguna distinción y las demás tutelas referidas a otras prácticas de los agentes sociales (Estado, Empleadores y las propias organizaciones sindicales) que afecten a trabajadores o sus organizaciones que no estén relacionadas a la “representación” .-

3.3.1 Concepto de representante.

El derecho positivo desde una visión de un Estado Social y Democrático de Derecho y en virtud de la aplicación del Bloque Constitucional plasma la protección de:

- a) La acción Gremial pura, en todas sus manifestaciones y desde la coalición para el conflicto, hasta los procedimientos para la organización institucional democrática del sindicato.-
- b) Del sindicato en sí, como institución necesaria y nueva persona del derecho social, que protagoniza relaciones múltiples con los individuos, grupos sociales, asociaciones intermedias y los poderes públicos
- c) De los representantes gremiales, en su relación con los patrones, los poderes públicos y hasta con el mismo sindicato.¹⁹

Esta tutela se explica en función de la multiplicidad de representaciones que ejercen los representantes de los trabajadores, que los coloca en un lugar de indudable protagonismo en materia de acción sindical, todos los cuales se encuentran amparados por el art. 14 bis de la CN (que no establece distinciones entre los “representantes gremiales” a los que les garantiza el goce de “*las garantías necesarias para el desempeño de sus funciones*”) y por el Convenio nº 135 de la OIT, —recientemente ratificado por la Argentina—, relativo a los representantes de los trabajadores en el lugar de trabajo, que extiende sus garantías de estabilidad en el empleo y “facilidades” para el desempeño, a todos los representantes de los trabajadores, esto es, tanto a los “sindicales” como a los no

modificar las condiciones de trabajo de los trabajadores consecuencia de la acción sindical. Negarse a reservar el empleo o no permitir que el trabajador reanude la prestación de los servicios cuando hubiese terminado de estar en uso de la licencia por desempeño de funciones gremiales. Practicar trato discriminatorio, cualquiera sea su forma, en razón del ejercicio de los derechos sindicales tutelados por este régimen. Negarse a suministrar la nómina del personal a los efectos de la elección de los delegados del mismo en los lugares de trabajo.etc.

¹⁹ Cornaglia, Ricardo J. op citada pag. 394/395.-

sindicales (que el convenio identifica como “electos” y a los cuales se suele denominar también como “representantes unitarios”).

Es necesario precisar qué entiende la OIT por “representantes”. El concepto lo suministra el Convenio nº 135, Artículo 3 sobre protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores en la empresa: *A los efectos de este Convenio, la expresión “representantes de los trabajadores” comprende las personas reconocidas como tales en virtud de la legislación o la práctica nacionales, ya se trate: a) de representantes sindicales, es decir, representantes nombrados o elegidos por los sindicatos o por los afiliados a ellos; o b) de 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 extiendan a actividades que sean reconocidas en el país como prerrogativas exclusivas de los sindicatos.*

3.3.2. El Art. 47 de la ley 23.551 y la tutela especial.-

La tutela genérica, se encuentra consagrada en el art. 47 de la LAS, que establece:

“Todo trabajador o asociación sindical que fuere impedido u obstaculizado en el ejercicio regular de los derechos de la libertad sindical garantizada por la presente ley, podrá recabar el amparo de estos derechos ante el tribunal judicial competente (...) a fin de que éste disponga, si correspondiere, el cese inmediato del comportamiento antisindical”.

Se diferencia claramente de la tutela especial consistente en una estabilidad absoluta y temporal. Es decir: es en una prohibición dirigida al empleador, de despedir, suspender y/o modificar las condiciones de trabajo de representante sindical, sin justa causa.

Entonces la ley sindical distinguía claramente entre la tutela genérica dirigida a la protección de derechos de libertad sindical que no sean de representación y la de los representantes de las entidades simplemente inscriptas (Art. 47) y la exclusividad de la tutela especial a los representantes de las entidades con personería gremial (Art. 48 a 52)

Además, de mediar causa que justifique tal actitud del empleador, a los efectos de concretar el despido (o bien la suspensión o la modificación de las condiciones de trabajo), deberá previamente excluir a dicho trabajador de su protección especial. Al respecto debe iniciar una acción de exclusión de la tutela.-

Para el supuesto de los representantes de las entidades simplemente inscriptas el criterio -en la última interpretación jurisprudencial- que la acción que correspondía en el supuesto de modificación de las

condiciones de trabajo, suspensión, o despido de los representantes era antes del fallo Rossi la amplia del Art. 47.²⁰

Por otra parte la opinión sostenida por el Dr. Eduardo Álvarez, desde la fiscalía para las entidades simplemente inscriptas dentro del marco de la jurisprudencia cada vez mas generalizada en la C.N.A.T., era esta, es decir que los representantes de la entidades simplemente inscriptas eran asimilables a esta tutela sobre despido discriminatorio.²¹

A tal punto se ha desarrollado que una parte de la doctrina ya se refiere a ella como una estabilidad impropia, dejando la condición de propia solo para los representantes de las entidades con personería gremial.-

La Comisión de Expertos ha cuestionado que sean únicamente los representantes de las organizaciones con personería gremial se beneficien de una protección especial o "*fuero sindical*".-

Teniendo este concepto presente, resulta claro que la observación de los expertos es irrefutable. La exclusividad, en materia de fuero

²⁰ Alfie, Ana Clara. El despido y la estabilidad sindical: la acción de exclusión de tutela y la acción de amparo sindical. Art inédito. Dice al respecto de la vieja jurisprudencia: Es importante que distingamos con claridad esta tutela genérica de la tutela específica prevista en el Art. 52 LAS, pues es fácil caer en confusiones a este respecto. De hecho, la propia jurisprudencia laboral erró a la hora de interpretar ambas normas, y por mucho tiempo consideró que sólo aquellas personas incluidas en el listado del art. 52 LAS (cuya nómina precisaremos en el punto que sigue a este), frente al avasallamiento de la tutela que a su favor consagra dicha norma, tenían derecho a recabar el amparo previsto en el Art. 47 LAS. Este razonamiento tenía el grave defecto de negar la tutela prevista en el Art. 47, a aquellos trabajadores no amparados por la garantía prevista en el Art. 52 de la ley sindical. Por esta razón, dicha jurisprudencia (hoy superada), fue blanco de crítica por cierta parte de la doctrina, en el entendimiento de que la norma prevista en el Art. 47 LAS incluye los supuestos de trabajadores que, no estando amparados por las garantía prevista en el Art. 52, ejercen un derecho sindical orgánica o alternativamente.

²¹) Al respecto el fallo SD. 95.075 Expte. 29.545/2006 - "Álvarez, Maximiliano y otros c. Cencosud S.A. s/acción de amparo" - CNTrab. - sala II - 25/06/2007 estableció: Sobre la base de dicha precisión previa, en orden al planteo formulado en torno a la interpretación y alcance de la protección prevista en el Art. 47 de la ley de asociaciones sindicales, creo necesario referir que, como lo sostiene el Dr. Eduardo Álvarez en el dictamen que antecede (cuyos fundamentos comparto y doy aquí por reproducidos brevitatis causae), la reinstalación que se invoca cuestionando por ineficaz un despido en el marco de lo dispuesto en el Art.47 de la ley 23.551, sólo juega en el caso de trabajadores que actúan dentro de una asociación sindical con personería gremial, vale decir, no opera en el caso de representantes de una entidad simplemente inscripta o de quienes cumplen funciones institucionales. Al respecto, no se cuestiona que el sindicato de empleados jerárquicos de comercio, carecía de personería gremial al momento del distracto y que los integrantes de su comisión directiva no gozaban de la tutela especial establecida en los Art. 48 y 52 de la L.A.S., por lo que no cabría admitir la viabilidad de la pretensión a la luz de lo previsto por el Art.47 de la ley 23.551, porque el despido dispuesto por la accionada no puede calificarse como comportamiento antisindical, en los términos previstos por esa norma. En efecto, una interpretación amplia y extensiva del Art.47 LAS podría llevar a la conclusión — equivocada en mi parecer— de que cualquier trabajador podría gozar de una estabilidad absoluta de efectos aminorados o temporalmente limitados con sólo invocar que su despido obstaculiza el ejercicio de su libertad sindical porque la reinstalación que se deriva de la estabilidad en el empleo que se le garantiza a los dirigentes gremiales en el marco de dicha ley, está reservada a quienes cumplen o aspiran cumplir una función gremial en el marco de una entidad con personería gremial y en tanto se encuentren reunidos los recaudos que dicha norma establece.

sindical, es uno más de los privilegios excluyentes del que gozan las organizaciones con personería gremial en la Argentina. Obvio sería reiterar que el fuero sindical no constituye un privilegio de los considerados “admisibles” según la doctrina de los organismos de control de la libertad sindical.-

Al contrario, la Comisión de Expertos, en el Informe producido con posterioridad al debate en la Comisión de Normas dentro de la 86ª Conferencia, ha insistido en que ese cúmulo de privilegios puede influir indebidamente en la elección de la organización sindical por los trabajadores.

En todo de acuerdo con el Comité de Libertad Sindical, la Comisión de Expertos sostiene que el otorgamiento de privilegios a los sindicatos más representativos no puede privar a los que no hayan sido reconocidos como tales de “*los medios esenciales para fomentar y defender los intereses profesionales de sus miembros ni del derecho de organizar su gestión y su actividad y de formular su programa de acción, previstos en los artículos 3 y 10 del Convenio*”.-

El debido respeto al principio de libertad sindical no admite dudas acerca de su incompatibilidad con cualquier tipo de discriminación. La posibilidad de despedir o modificar las condiciones de trabajo de los representantes y fundadores de sindicatos meramente inscriptos, configura una discriminación que —además de injustificable—, deja sin posibilidad de defensa a la organización y a sus representantes y representados contra la eventual injerencia del empleador.-

La argumentación esgrimida por el gobierno argentino en las conferencias anuales de la O.I.T. , acerca de la suficiente protección que otorga a todos los trabajadores y organizaciones el Art. 47 de la ley 23.551, resulta falaz. Tal defensa no es de ningún modo comparable al denominado “*fuero sindical*”, porque éste constituye un mecanismo “*preventivo*”, es decir que se anticipa a las hipotéticas injerencias antisindicales del empleador, impidiéndolas. Este mecanismo “*preventivo*” impide “*ex ante*” los despidos y suspensiones disciplinarias, obligando a iniciar previamente una acción judicial y en ella probar la existencia de justa causa para que proceda la respectiva medida expulsiva o disciplinaria.- ²²

En cambio, el Art. 47 sólo conforma un recurso judicial “*ex post*”, es decir, que se activa luego del hecho consumado del despido o la modificación de condiciones o el acto discriminatorio y obliga al trabajador o sindicato afectado a interponer una acción judicial soportando la carga probatoria (aunque sea sólo de indicios).

²² Conforme a Comentarios de la CTA a la Memoria ordinaria del gobierno argentino ante la comisión de expertos. ., convenio 87 y 98 para la conferencia 2010, 30 de agosto del 2009, agosto del 2008, agosto del 2007.-

Contra tales argumentaciones, la Comisión de Expertos ha señalado claramente en el Informe elevado a la 91ª reunión de la Conferencia (2003) que este tipo de *“protección general”* —que establece la ley 23.592— es insuficiente por su *“carácter limitado en lo que respecta al ejercicio de los derechos sindicales”* y resulta discriminatoria con respecto a la *“protección especial”* de la que gozan los representantes de las asociaciones con Personería Gremial. *“Esta discriminación es incompatible con las exigencias del Convenio”*, dicen textualmente los Expertos de la OIT.-

Otra violación de la ley argentina a la libertad sindical de constitución de organizaciones (Art. 2 del Convenio), es la falta de protección especial a los miembros fundadores de una entidad sindical.-

También se relaciona con la observación de la Comisión de Expertos a los Art. 48 y 52 de la ley en cuanto a que *“...prevén que únicamente los representantes de las organizaciones con personería gremial se beneficien de una protección especial (fuero sindical)...”*.-

El fallo Rossi” da cuenta de esta cuasi-jurisprudencia de la comisión de Expertos y luego de efectuar consideraciones sobre la inconstitucionalidad del artículo 52 de la LAS en términos categóricos tales como: *“ha violentado, de manera tan patente como injustificada,”... la esfera en que el legislador puede válidamente dispensar determinados privilegios a las asociaciones mas representativas indicada en el considerando 3º (.. privilegios que excedían 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), en detrimento de la actividad de los sindicatos simplemente inscriptos que compartían con aquellos, total o parcialmente, el mismo ámbito de actuación”*

Y continúa en el considerando 6º *“...en la mas reciente conclusión de este órgano (2008), da cuenta de que, no obstante la tutela general que prevé el artículo 47 de la ley 23.551, “los artículos 48 y 52(de esta) establecen un trato de favor a los representantes de las organizaciones con personería gremial, en caso de actos de discriminación sindical (fuero sindical) que excede de los privilegios que pueden otorgarse a las organizaciones mas representativas.*

Luego y en el mismo considerando, hace un exhaustivo análisis de las observaciones que *“desde hace numerosos años”* viene efectuando la Comisión de Expertos para concluir que *“... la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT se pronunció en términos desfavorables a la compatibilidad de la ley 23.551, de 1988, con el Convenio 87, en cuanto a la exclusión de los representantes gremiales de los sindicatos sólo inscriptos de la protección que dispensaba, mediante los artículos 48 y 52, a los pertenecientes a sindicatos con personería gremial”*.-

La tutela general establecida por el Art. 47 de la ley 23.551 no es la que corresponde a los representantes de las entidades “simplemente inscriptas”, la estabilidad en el empleo de dichos representantes debe ser igual a la establecida por los Art. 48 a 52, que detentan en el texto de la ley las entidades con personería gremial.

No resulta suficiente la tutela amplia del Art. 47 de LAS y la ley 23.592 antidiscriminatoria, pues tratándose de una tutela ex -post rompe con el principio de igualdad ante la ley de las entidades sindicales, y por ende se trata de un privilegio para las entidades con personería gremial, que excede el establecido por la Comisión de Expertos en cuanto representación en la negociación colectiva y la condición de delegado ante organismos internacionales.

Por lo tanto, al momento que un empleador quiera despedir, suspender o modificar las condiciones de trabajo de un representante de una entidad simplemente inscripta, durante su mandato y el período posterior (un año o seis meses según el caso) o un candidato, deberá efectuar un juicio de exclusión de tutela, del mismo modo, procedimiento y condición que la de un representante de una entidad con personería gremial.

La acción que corresponde ante un despido sin dicha exclusión es la misma prevista para el representante de una entidad con personería gremial, cual es: la de reinstalación por nulidad del acto, sin necesidad de prueba de discriminación, con la misma condición en cuanto notificación al empleador en los términos del Art. 49 de LAS.-

3.4. La Tutela y el despido discriminatorio.-

La tutela está íntimamente relacionado al principio de no-discriminación. La razón última de la tutela es evitar el trato discriminatorio a los trabajadores que pretendan ejercer un derecho reproductor de derechos: la libertad sindical

La mayoría de la jurisprudencia que se ha desarrollado en estos años se relaciona con la discriminación producto de la actividad sindical desplegada por el trabajador, en los que la justicia ordenó la reinstalación del afectado a su puesto de trabajo.²³

Las normas que rigen la no-discriminación son bastas y la jurisprudencia en los últimos tiempos ha fundado más en ellas que en la propia ley antidiscriminatoria 23.592, o en el propio Art. 47 de la ley 23.551. En este supuesto y tratándose de un derecho

²³ Alfie, Ana Clara. El despido y la estabilidad sindical: la acción de exclusión de tutela y la acción de amparo sindical.op. citada.-

fundamental es de igual aplicación el Bloque constitucional de normas que da sustento a la prohibición de realizar discriminaciones²⁴

El despido fundado en razones discriminatorias, es nulo; esta nulidad implica que deben reponerse las cosas al estado anterior al acto viciado de nulidad (art. 1083 y 1056 Código Civil), es decir, que deberá reincorporarse al trabajador a su puesto de trabajo, en las mismas condiciones que tenía con anterioridad al despido (*statu quo ante*).

Además, en virtud de lo dispuesto en el Art. 1 de la ley 23592, lo ha entendido la jurisprudencia, en estos términos: *“El acto discriminatorio está prohibido por la Constitución Nacional (Art. 14 bis y 16), por diversas cláusulas de tratados internacionales con jerarquía constitucional y por la Ley 23.592, razón por la cual, además de ser nulo (Art. 1044 C.C.), produce los efectos de un acto ilícito (Art. 1056 C.C.), motivo por el cual es obvio que el perjuicio debe ser reparado, reponiendo las cosas al estado anterior al del acto lesivo (Art. 1083 C.C.). Esta conclusión surge de la nulidad del acto y de lo ordenado por la Ley 23.592, en el sentido de que el damnificado tiene derecho ante todo a que se deje sin efecto el acto discriminatorio y a que se reparen los daños materiales y morales ocasionados.”* (Del voto del Dr. Fernández Madrid, en autos *“Balaguer, Catalina Teresa c. Pepsico de Argentina SRL s/Juicio Sumarísimo”*, sent. de fecha 10/03/04.)

Luego siguieron: *“Greppi, Laura K. c. Telefónica de Argentina S.A.”*, de fecha 31/05/2005, *“Parra Vera, Máxima c. San Timoteo SA s/Acción de Amparo”* en el que se sostuvo que: *“La discriminación constituye un trato diferenciado del empleador hacia el trabajador o*

²⁴ La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 2), La Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las formas de Discriminación Racial (arts. 1 y 5), La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (arts. 1, 2, 3, 4, 11 y 15); La Declaración Universal de los Derechos Humanos (arts. 1, 2, 7 y 23), La Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 1 y 24), El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 2, 3 y 24) y El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 2, 3, 24 y 26) La Convención sobre los Derechos Del Niño (arts. 1 y 2), La Declaración Sociolaboral del MERCOSUR (art. 1) ,El Convenio 111 OIT sobre Discriminación (empleo y ocupación), de 1958, ratificado por la República Argentina. La recomendación N° 143 de la OIT sobre los representantes de los trabajadores (del año 1971), que propone la inversión de la carga de la prueba en los casos en que se invoque el despido de un representante de los trabajadores. La Constitución Nacional, que establece el principio general de no discriminación en los artículos 14 bis y 16, al que añadimos el art. 43, que vede todo trato discriminatorio al consagrar acción expedita y rápida de amparo frente a cualquier forma de discriminación; La ley de Contrato de Trabajo, arts. 17, 81, 172, 180. El art. 7 de la Ley 23551, que prohíbe toda forma de discriminación entre los afiliados, por razones ideológicas, políticas, sociales, de credo, nacionalidad, raza o sexo. La misma prohibición rige respecto de la relación entre asociaciones sindicales de distintos grados; La ley 23592, cuyo primer artículo reza así: *“Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización, y a reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos”*.

trabajadores que no responde a razones objetivas y que le o les coloca en inferioridad de condiciones respecto del grupo, produciéndole un perjuicio real o potencial de orden material o moral", "Quispe Quispe, Néctar c/ Compañía Argentina de la Indumentaria SA s/ Juicio Sumarísimo", en el que recayó sentencia el día 20/12/2007, de la Sala V CNAT.

En todos ellos se ordena la reinstalación del trabajador en su lugar de trabajo y el pago de los salarios caídos en la tramitación, y en algunos casos el daño moral por el trato discriminatorio.-

Otro caso importante en la materia, fue "*Arecco, Maximiliano c. Praxair Argentina S.A. s/Juicio sumarísimo*", en el que, con fecha 26/12/2006, también la Sala V ordenó la reinstalación a su puesto de trabajo del actor, quien fue despedido por la empresa demandada. Este caso fue muy particular, porque el actor se había postulado como candidato a delegado, pero carecía de la tutela sindical prevista en el Art. 52 LAS, pues fue despedido antes de que la empresa se encontrara notificada de la candidatura. El Tribunal ordenó la reinstalación, al entender que el despido tenía por causa una actitud discriminatoria de la patronal, y que por tanto debía prosperar la aplicación de la tutela genérica prevista en el art. 47 LAS.

Todos estos casos versan sobre trato discriminatorio de trabajadores que han ejercido acciones gremiales en su lugar de trabajo, que participaron en medidas de acción directa, que fueron organizadores de la actividad o futura actividad sindical o se preparaban para ser candidatos. Salvo el caso de "*Álvarez, Maximiliano y otros c. Cencosud S.A. s/acción de amparo*" - CNTrab. - sala II - 25/06/2007, se trata de actos preparatorios o acciones de activistas, o represalias del empleador ante actos lícitos de los trabajadores.

Lo diferenciamos porque, justamente la controversia se suscita por el despido de un representante de una entidad simplemente inscripta a la que se refiere expresamente el caso "Rossi". El fallo que comentamos contradice la doctrina que lo incluye en el plexo normativo de despido discriminatorio.-

Esta construcción jurisprudencial ha suplido las falencias de un sistema de tutela que quedaba restringido a un solo tipo de representante, lo que motivo que la actividad defensiva que se efectúa en los márgenes, fuera en busca de tutelas que la ley sindical no brindaba. El "fallo Rossi" fue más allá, sin alterar en lo más mínimo esta construcción, buscó otra arquitectura y apuntó a la "médula ósea" de la tutela, equiparó e igualó el estatus de las entidades simplemente inscriptas al régimen especial de las entidades con personería gremial.-

Inclusive rompe con algunas tesis eclécticas que a partir de originales interpretaciones, intenta compatibilizar el régimen de tutela de la ley con la Constitución.

Ese “salvataje” que se funda en: “Alvarez M. C/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo” en el dictamen del Fiscal General, conjuntamente con los loables esfuerzos por buscar coherencia entre las normas internacionales y el la tutela exclusivista de la LAS fueron superadas, una vez mas, por la doctrina de la Corte en el fallo “Rossi” y sus antecedentes.-

El fallo da por tierra la interpretación que establece diferencias en la tutela de los representantes de una y otra entidad, creando una clasificación de propio o impropia, o de “fuerte y débil” ²⁵

El fallo “Rossi” se refiere a *“la insuficiencia de la tutela por discriminación cuando establece “no obstante la tutela general que prevé el artículo 47 de la ley 2.3551 “los Art. 48 y 52 (de esta) establecen un trato a favor de los representantes de organizaciones con personería gremial en caso de actos de discriminación antisindical...”.-*

En materia de tutela de los representantes no existen dos tipos de tutelas para los distintos tipos de sindicatos que establece la ley 23.551. Hay una sola tutela con un mismo procedimiento para el supuesto despido.-

El Art. 47 la ley 23.592 y demás normas del bloque constitucional concordante, se aplica a todo acto discriminatorio que no este en juego la representación.-

3.5. La tutela de los representantes de los sindicatos fundados que no cuenten aún con el reconocimiento estatal de simple inscripción.-

“La asociación profesional se origina, no en una decisión del Estado -como en el sistema italiano del fascismo- sino en una decisión de los mismos trabajadores, ejerciendo su derecho constitucional de darse su propia “organización libre y democrática”, para que ésta “tenga por objeto fomentar y defender” (art. 10 del Convenio 87 de la OIT) sus intereses profesionales”.-²⁶

“Ese poder (derecho) de autoorganización tiene dos momentos esenciales: el acto de constitución de la entidad y la adopción del estatuto. El acto constitutivo es el ejercicio colectivo por parte de los trabajadores o empleadores individuales”

²⁵ Machado, José D. Ojeda, Raúl Horacio, Tutela Sindical, Estabilidad del representante gremial, Rubizal-Culzoni, Editores, Pág. 88, 89 y 90 . Los autores clasifican la protección en sentido “fuerte” a los delegados de las entidades con personería, a lo de entidades simplemente inscriptas cuando no haya entidad con personería, a los candidatos, a los que ocupen cargo electivos y representativos en los sindicatos con personería, y gozan de protección débil, los directivos o representantes en ejercicio de la entidades simplemente inscriptas, los delegados elegidos afiliados a las entidades simplemente inscriptas, a los promotores, sindicales que no han completado el tramite de inscripción. Y a los activistas.-

²⁶ López, Justo, Libertad Sindical. Derecho Colectivo de Trabajo. Editorial La ley. Pág. 128

Del derecho de fundar asociaciones cuyo objeto sea el de “fomentar y defender” (art. 10 y 2° del convenio 87) sus intereses.

El bloque constitucional reconoce a los trabajadores el derecho de “organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial”.

La comisión de Expertos considera que “...*toda disposición legislativa sobre la elaboración contenido, modificación, aprobación u homologación de estatutos y reglamentos administrativos de las organizaciones que vayan mas allá de las mencionadas exigencias de forma que pueden obstaculizar la creación o desarrollo de las organizaciones constituye una intervención contraria a los dispuesto en el párrafo 2° del artículo 3 del Convenio (87)...*”

Existe también injerencia cuando la aprobación de los estatutos de los sindicatos depende de las facultades discrecionales de las autoridades públicas y cuando éstas están facultadas para exigir la modificación de sus estatutos...”²⁷

El Fallo “Rossi” hace expresa mención al convenio 87 y se refiere al art. 10 en cuanto “*toda organización de trabajadores que tenga por objeto fomentar y defender los intereses de los trabajadores...*”

Por tal motivo los representantes de las entidades sindicales que han iniciado trámite ante el Ministerio de Trabajo solicitando el registro de sus estatutos y su condición de persona jurídica registrada gozan de la misma tutela plena que los representantes de las entidades con personería gremial y de las entidades que ya se encuentren registradas como “simplemente inscriptas”

Los sindicatos son tales a partir de su fundación, independientemente de la aprobación estatal de sus estatutos. El acto constitutivo voluntario de fundación es el que indica la existencia de la entidad sindical. La Constitución Nacional exige el registro especial de las entidades sindicales, solo el registro, por lo tanto, la obligación legal es la de iniciar ante la autoridad de aplicación el trámite de registro sin necesidad de que exista resolución del Ministerio de Trabajo, concediendo un número de inscripción, aprobando sus estatutos y ordenando su publicación posterior.-

Asimismo los sindicatos que se fundan deben cumplir con la obligación contenida en el Art. 49 y comunicar a los empleadores, la elección de las autoridades provisorias en la asamblea y los afiliados que intervinieron en dicho acto fundacional.

²⁷ Libertad Sindical y Negociación Colectiva, Oficina Internacional de Trabajo. Recopilación. Ps. 52/53. . Párr.111.-

El plazo de tutela es hasta que en cumplimiento de la normativa, se convoque a elecciones y se ponga en posesión de los cargos a las autoridades definitivas más el plazo establecido en el artículo 48 de LAS (un año).

A modo de cierre. En cada uno de los capítulos más importante he destacado las conclusiones, me pareció más claro que repetirlas al final. Por lo tanto estas últimas reflexiones van dirigidas a los conceptos que enuncié en la introducción.-

El fallo “Rossi”, es la readecuación del modelo de representación al “bloque constitucional” y tiene incidencia directa sobre el estado actual del sistema de representación de los trabajadores.-

Es una herramienta para aquellos que no se sienten representados por los sindicatos preexistentes puedan tener la protección necesaria como para hacerlo y en los casos de los sindicatos que no tienen personería gremial, sus representantes puedan acceder a una tutela que no tenían: la prohibición de despido bajo pena de nulidad para el supuesto que ellos fuera resuelto por la patronal.-

El fallo advierte, igual que en su antecedente “ATE”, que “hay vida fuera de la estructura de la personería gremial” y que esa vida requería además de ser reconocida, una protección mas allá de los esfuerzos que hiciera la jurisprudencia por comprenderlos dentro del sistema general de tutela que establece el Art. 47 de LAS y la ley 23.592 antidiscriminatoria

Esto resalta dos derechos esenciales de nuestra disciplina que intentamos describir en un artículo que a mi juicio anticipó gran parte de lo que después se desarrollo tanto en materia de estabilidad y despido discriminatorio como en el campo de los derechos de la libertad sindical, me refiero a Tiempo de Derechos.-²⁸

El fallo junto a “ATE” da sentido a la norma internacional en la libertad sindical y convierte en operativos sus contenidos, especialmente los convenios 87, 98 y 135 de la OIT, dando un marco interpretativo en la cuasi-jurisprudencia de los organismos de contralor.-

No faltarán las voces alarmistas sobre atomización, caos y otros calificativos que esconden la pretensión de preservar un “modelo sindical” monopólico que ha demostrado verdaderas fisuras y carencias al momento de evaluación de la eficacia de la representación.

Los que creemos en la libertad y la voluntariedad organizativa de los trabajadores, le damos la bienvenida.-

