

El caso “ATE” y los nuevos derroteros de la Libertad Sindical

Por Guillermo Gianibelli

1. Crónica de un fallo anunciado

Pese a que las primeras manifestaciones públicas recogidas a partir de la resolución de la Corte se caracterizaron por la sorpresa, tanto de funcionarios de gobierno como de representantes sindicales, defensores u objetores del sistema, lo cierto es que un seguimiento atento de la doctrina de dicho tribunal, y de su marcado rol institucional asumido con posterioridad y como consecuencia de la acción colectiva de ciudadanía social (19-20 D 2001), que incluyó el reemplazo de buena parte de sus miembros, determinaba una necesaria correspondencia con lo decidido.

El máximo tribunal, como en mucho tiempo no acontecía, ha venido mostrando no solo señas claras y concretas de su independencia, de lo que el fallo que aquí comentamos parece ser sobrada muestra sino, además, de un decidido perfil propio como Poder del Estado que advierte, declara o remueve obstáculos respecto de aquellos territorios de la juridicidad que controvierten el sistema constitucional y, especialmente, el que integran los instrumentos internacionales de Derechos Humanos.

En efecto, sin parangones, en relación a las normas que pretendían obturar el juzgamiento de los delitos de lesa humanidad perpetrados por la dictadura (fallo Simón); pero también en materia del derecho social (fallos Vizotti, Aquino, Madorrán, Badaro, etc.); o de medio ambiente (Riachuelo); o de política carcelaria (Verbitzky); o incluso relativos a una vigencia irrestricta de la parte orgánica de la Constitución, aunque con algún déficit en cuestiones de emergencia (casos Bussi, Gentini, etc.), la Corte ha marcado rumbos para los jueces de instancia (procesos penales por violaciones a los derechos humanos) o a los otros poderes del estado (fallos en torno a la Ley de Riesgos del Trabajo o respecto al derecho a la movilidad de las jubilaciones).

En su mayoría, estos fallos exhiben una coherencia interpretativa y un apego a la nueva conformación constitucional: el sistema de derecho interno está condicionado por el internacional de los derechos humanos y el alcance de este último está determinado por los organos que lo aplican. En consecuencia, en mérito a dicha coherencia, era esperable que un régimen como el sindical, que se encontraba en pugna con la máxima norma internacional de la Libertad Sindical, el Convenio 87 de la OIT, dicho esto por los organos que lo aplican en dicho ámbito, fuera también removido – en los aspectos que seguidamente se señalarán – por resoluciones como las del caso “ATE” u otras que en lo sucesivo se dicten.

El mismo sentido de continuidad puede verse en el recurso a los tribunales internacionales, en este caso organos de control de OIT, constituyendo un círculo virtuoso entre la denuncia internacional, un señalamiento específico por organos especializados (Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones y Comité de Libertad Sindical) y su posterior recepción por el derecho interno. Esta *lucha por el derecho*, en este caso a la libertad sindical, que llevaran adelante aquellos que en Argentina se organizaran y desarrollaran acción colectiva al margen o impedidos

por el régimen vigente, y que se jalonara en tantos pronunciamientos de dichos órganos, obtiene ahora un reconocimiento explícito y directo por la sentencia de la Corte¹.

Sin embargo, y pese a todo, lo más significativo del fallo se encuentra en dos aspectos que interesan menos, estrictamente, a un modelo sindical y se encaminan, más extensamente, a un concepto amplio y progresivo del ejercicio de la acción sindical y de los derechos de asociación como instrumentos característicos que procuran una democracia sustancial, propia del Estado Social de Derecho².

En línea con aquella inquietud del tribunal, de custodio de la Constitución, pero a la vez ariete que pretende incidir en cambios más profundos de la sociedad, expectantes y en permanente desarrollo, pareciera que la Corte lee mejor las dificultades de la representación política evidenciadas críticamente en 2001 que los propios actores que se mueven en ese terreno y se valen de la institucionalidad pero con relativa legitimidad. Para ello, con una aspiración de democracia efectiva en todos los campos de la vida social, la Corte indica un camino y a la vez le provee de un instrumento.

Sabido que la Libertad Sindical es un medio, un derecho para obtener derechos³, la Corte lo valida y funcionaliza más allá de la mera conquista de un derecho concreto que se inscriba en el contrato de trabajo y le da un status propio de la forma democrática: “la libertad de asociación no se agota con el reconocimiento teórico a formar sindicatos, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para ejercer esa libertad, [que] en su dimensión social resulta un medio que permite a los integrantes de un grupo o colectividad laboral alcanzar determinados fines en conjunto y beneficiarse de los mismos” (considerando 6to., con cita del Caso Huilca Tecse vs. Perú, de la CIDH) (...) “... la democracia, a su turno, fue reconocida como prenda de convivencia, tanto para la persona que libremente se incorpora a una organización, cuanto para las relaciones entre todas y cada una de estas en el concierto de los sindicatos” (cons. 7mo.).

¹ Por caso, a la Central de Trabajadores de Argentina se le negaba su mera inscripción gremial, lo que motivó el Caso 1777 del CLS en el que se pidió “al Gobierno que tome medidas para que se efectúe de inmediato la inscripción gremial del Congreso de los Trabajadores Argentinos (CTA)”. Con posterioridad, se sigue negando el reconocimiento como entidad sindical de tercer grado pese a que, por el mero hecho de que la integran sindicatos con personería gremial y que, por tanto, y como lo viene haciendo la autoridad de aplicación sobre la base de la teoría de la irradiación, dicha mayor representación se difunde, hacia arriba, a la confederación que los contiene. Ello dio motivo a otros pronunciamientos del CLS (Caso 2477), de la CEACR y de la Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia, en los que “se urge” al gobierno argentino a que informe sobre el resultado final del trámite de solicitud de personería gremial por la CTA. Las limitaciones del sistema se evidencian, entre otros aspectos, en su inadecuación con los cambios en la estructura ocupacional y en el deterioro social: así, por ejemplo, también ha sido impedida la fórmula organizativa adoptada por la CTA, para agrupar en forma directa, tanto a trabajadores con empleo formal como a los precarios, desocupados o “autónomos” (Resolución 717/2006 del MTESS), objetada a su vez por el CLS en el Caso 2477 en el que se señala que de conformidad con el artículo 3 del Convenio núm. 87, las organizaciones de empleadores y de trabajadores deben gozar del derecho de elaborar sus estatutos y que la prohibición de una afiliación directa de ciertas personas a federaciones o confederaciones es contraria a los principios de la libertad sindical, correspondiendo a las organizaciones determinar las reglas relativas a su afiliación. En esas condiciones, el Comité “urge al Gobierno a que tome medidas para que se proceda a la aprobación completa del estatuto social de la CTA”, lo que aún no ha tenido lugar.

² El ligamen entre DF y democracia sustancial, o instrumentos para su exigibilidad, aparece señalado por Ferrajoli como un sistema de límites y vínculos supraordenados al poder soberano, como “*derechos hacia*, y si es necesario, *contra* el Estado” del que son titulares, más que destinatarios, todos los sujetos a los que las normas de la parte *sustancial* de la Constitución adscriben los DF. Ver Ferrajoli, Luigi, “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, Trotta, 2001, pág. 38.

³ Ver “Tiempo de Derechos”, García, Gianibelli, Meguira, Meik y Rosemberg en DT 2005.

Para ello la Corte piensa, y así lo resuelve, en uno de los aspectos más sensibles de la acción colectiva – el de los representantes que guardan con los intereses de sus representados el *vínculo más estrecho y directo* (consid. 9no.) – por lo que se dirige a la norma del art. 41 de la ley 23.551, la que organiza la representación en los lugares de trabajo, e insiste que, en una sociedad democrática ésta debe *perme[ar] los vínculos asociativos*, sobre todo aquellos, que como los sindicales, “están llamados a coadyuvar, de manera notoria, en la promoción del bienestar general” (consid. 9no. *In fine*).

Representación como ejercicio dinámico y de participación, de los trabajadores y de sus organizaciones, y ambos como actores principales en la consecución del Estado Social, aquel en el cual se garantice, progresivamente, el pleno goce y ejercicio de los Derechos Fundamentales (art. 75.23 CN)⁴.

Para no quedar en un mero recurso retórico, los jueces del máximo tribunal se encargan de dotar de un soporte de legitimación y tutela de dichos derechos. Haciendo gala una vez más de una concepción propia del *garantismo social*⁵, la Corte, con referencia al Convenio 87, al que considera de “jerarquía constitucional” por su integración con dos tratados (el PIDESC y el PIDCP) de esa jerarquía, precisa que la obligación del Estado frente a dicha norma no es de mera abstención o no injerencia sino que, además, “... debe adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas para *garantizar* [...] el libre ejercicio del derecho de sindicación [...] en sus dos dimensiones: individual y social[...] que deben ser *garantizadas* simultáneamente”, lo que importa “... el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para ejercer esa libertad” (consid. 5to. *in fine* y 6to.).

2. Causas y efectos

Como se ha señalado, la Corte en el caso “ATE” ha asumido una responsabilidad que el resto de los poderes del Estado había declinado. En efecto, tempranamente desde la vigencia de la ley 23.551, la CEACR ha venido observando dicho régimen por no estar en concordancia con la norma del Convenio 87.

La CEACR había incluido a nuestro país en los informes individuales que realiza año a año, observando la legislación nacional en materia de libertad sindical. Contando desde el año 1989 – la ley vigente en materia de asociaciones sindicales, la 23.551, fue sancionada en el año 1988 - , la CEACR ha emitido 15 Observaciones a dicho régimen legal, esto es casi a razón de una observación por año (las Observaciones corresponden a los Informes Individuales de los años 1989, 1991, 1993, 1996, 1997, 1998, 1999, 2001, 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007 y 2008). A ello se suman los casos del CLS, que cuenta a nuestro país como uno de los más denunciados y a la CTA como parte desde el Caso 1777, por negativa de su inscripción; el 1953, por la ausencia de tutela de los representantes de las asociaciones simplemente inscriptas; o el 2477 por negativa a resolver el expediente de personería y observación de sus estatutos, entre otros.

⁴ El carácter contradictorio, en una sociedad de clases, del ESD ha sido largamente puesto de manifiesto. Pensado no obstante como un estadio susceptible de superación, permite un ejercicio de organización, acción y concientización que no es desdeñable, como tampoco las mejoras en las condiciones de vida de la clase trabajadora en ese “mientras tanto”.

⁵ Una vez más la referencia a Ferrajoli, en este caso a su obra “Derechos y garantías, la ley del más débil”, Trotta, 1999.

A diferencia, entonces, de otros poderes del Estado, el Legislativo que no trató proyecto alguno de adecuación de la ley 23.551 a las mencionadas observaciones⁶, o el Ejecutivo que “defendió” el sistema ante la OIT, acompañando las posiciones de representantes de la CGT y de las organizaciones de empleadores⁷, ha sido el Poder Judicial el que asumió esta falencia de fidelidad al sistema normativo internacional.

En relación a los efectos del fallo, sobre los cuales no es posible agotar un análisis de carácter teórico ni que de sus propios considerandos surjan todas las respuestas, las que deberán ser, como es obvio, administradas por los mismos actores sociales y, a la vez, por la necesaria adecuación / reglamentación de las normas constitucionales, preliminarmente se pueden deducir los siguientes interrogantes: a) ¿a quién alcanza?; b) ¿qué alcanza?; c) ¿qué queda del régimen de la personería gremial?; d) lo que no se dijo y ¿cuáles son los límites a una nueva legislación sindical?.

Respecto del alcance material de la declaración de inconstitucionalidad del art. 41 inciso a) de la ley 23.551, inicialmente se pretendió esterilizar su proyección aduciendo a los presupuestos de hecho: un conflicto intersindical entre dos organizaciones del sector público. Huelga decir que solo una ceguera interpretativa puede concluir en que dicha declaración de inconstitucionalidad, fundada como está, pueda circunscribirse a una elección de delegados en el Estado Mayor del Ejército y Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas. No sólo que la cuestión no fue zanjada, como dictaminó la Procuración, mediante las normas propias de ese sector – Resolución 255/03 -, lo que la Corte soslayó expresamente al desestimar la tacha de arbitrariedad de la sentencia por ese motivo, sino que tamaña fundamentación como la que se desprende del fallo, sostenida en los alcances de la Libertad Sindical y la aplicación de la norma internacional / constitucional no puede cohonestar una perdurabilidad de un régimen lesivo de aquel derecho en ningún otro sector de la sociedad. Y es que a la vez significaría restar toda potencialidad al papel del máximo tribunal ya resaltado y convertirlo en una mera instancia revisora del caso particular. Con fina ironía, José Tribuzio paragonaba una interpretación similar para el caso Vizotti: la declaración de inconstitucionalidad del art. 245 LCT lo fue sólo para los trabajadores comprendidos en el CCT de sanidad, porque respecto del mismo es que se efectuó la referencia al tope indemnizatorio aplicable al actor. Por lo tanto, aún en un sistema de control de constitucionalidad difuso como el nuestro, un pronunciamiento como el que comentamos arbitra en todos los órdenes de la juridicidad de que se trate.

El fallo sólo *parece* resolver la inconstitucionalidad del art. 41 inciso a) de la ley 23.551. Sin embargo, por la metodología aplicada para fundar dicha inconstitucionalidad, aplicación norma internacional (Convenio 87) e interpretación conforme las “condiciones de su vigencia” (art. 75.22 CN) el fallo “ATE” alcanza a un conjunto normativo mucho más amplio.

En razón de ello, y siguiendo a pie juntillas el razonamiento y fundamentación del fallo, lo que la Corte resuelve, basado en la aplicación del Convenio 87 y en la interpretación que del mismo se ha efectuado por aquellos órganos de control, respecto del artículo 41

⁶ Se ha señalado la curiosidad que durante “los años de la flexibilidad”, y pese al sistemático desmontaje de las normas laborales y de la seguridad social, el sistema sindical haya permanecido inmune. Se aduce entonces cierta funcionalidad del mismo con el régimen de dominación o, peor aún, apoyo explícito como el dado por parte de la dirigencia a aquel “programa” flexibilizador (Acuerdo Marco suscrito por la CGT de entonces).

⁷ Ver actas de la Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia OIT, correspondientes a la 96ª Reunión, 2007.

inciso “a” de la ley 23.551 es aplicable y extensible a todas y cada una del resto de las normas que han merecido idéntico reproche de los mismos: artículos 23, 28, 29, 30, 31, 38, 39, 48 y 52 de la ley y artículo 21 del decreto reglamentario. Dicho en otros términos, si en el considerando 9º del fallo reemplazamos la mencionada norma sobre representación en los lugares de trabajo por cualquiera de las otras indicadas, el resultado sería el mismo: su inconstitucionalidad por contrariar la norma del Convenio 87.

Para sostener ello, es suficiente acudir a la interpretación que la CEACR ha efectuado del modelo de la mayor representación y calibrar su alcance: bajo este sistema, fundado en la pluralidad, sólo pueden ser motivo de “prioridad” o “preferencia” los sindicatos más representativos en materias de negociación colectiva⁸, consulta por las autoridades o designación de delegados a los organismos internacionales. Fuera de ello, como queda explícitamente dicho por el fallo, no son admisibles otras diferencias entre los distintos tipos de sindicatos.

El fallo, si bien remueve la inconstitucionalidad del art. 41 con la proyección señalada, deja por supuesto sin resolver buena parte de las cuestiones metodológicas con que deberá administrarse el régimen de representación en la empresa – cantidad de delegados, requisitos que deben cumplir, convocatoria, proceso electoral cuando sea más de un sindicato, funcionamiento del órgano y facultades, etc., -. En principio, aunque no está tratado y por ende no resuelto, por ahora debería interpretarse que las facultades de convocatoria y el requisito de afiliación, ahora extendidos a cualquier sindicato, mantienen la capacidad representativa a nivel de empresa en el sujeto sindical, cualquiera fuere, con el único presupuesto de que tenga ámbito para la misma (consid. 9no.).

Atento lo expuesto, la Corte ha indicado dos cosas: una, la remoción de las normas que contravienen el Convenio 87 y que la CEACR ha individualizado; y otra, el marco de cualquier reforma legislativa futura que sane el régimen legal sindical. Ha advertido entonces, como en su día lo hizo con la Ley de Riesgos del Trabajo, que normas inconstitucionales lo son al momento de así declararlo pero también que lo serán si, bajo el recurso de cualquier “solución política” que se intente, se excede de aquellos presupuestos fijados por OIT. En consecuencia, que no es posible la subsistencia del monopolio de representación y que un sistema que seleccione sindicatos no podrá ir más allá que en aquellas facultades que dan prioridad o preferencia para los aspectos señalados.

También, que cualquier reglamentación de estos derechos, por tratarse de normas constitucionales o las que reconocen Derechos Fundamentales, sólo puede efectuarse por ley para la que, a su vez, rige el requisito de razonabilidad (art. 28 CN) para lo cual

⁸ Dicha “preferencia” o “prioridad”, que no es “exclusividad”, está referida a la negociación colectiva como tal, esto es a la capacidad de suscribir convenios colectivos de trabajo, en nuestro sistema el convenio *erga omnes*, por supuesto que ello no puede importar la negación de representar “intereses colectivos” puesto de ser así se estaría negando la propia función del sindicato. A ello se refiere la Corte en el fallo “ATE” cuando alude a que “la distinción entre las organizaciones sindicales más representativas y las demás organizaciones sindicales no debería privar a estas últimas 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”. El reconocimiento por parte de los órganos de control de que, por ejemplo, estos sindicatos son titulares del derecho de huelga, de lo que es inseparable la gestión negocial de superación del conflicto, como los propios efectos de la inconstitucionalidad del art. 41 LAS, dando capacidad representativa a todos los sindicatos en el ámbito de la empresa, demuestran que la limitación de la mayor representación tiene estos propios límites.

la propia interpretación que la Corte o los organos de control han efectuado debe servir de parámetro⁹.

⁹ Conforme el art. 8vo. del PIDESC, “... el derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones *que prescriba la ley ...*”, citado por la Corte en el consid. 3ro.