

A propósito de los casos “Garrahan” y “Aerolíneas”: el derecho de huelga una vez más en entredicho

Por Guillermo Gianibelli

El reciente conflicto laboral de la empresa “Aerolíneas Argentinas” hizo poner al desnudo los márgenes a los que se pretende confinar la huelga y el cepo en la interpretación normativa que se intenta construir para bloquear su acción más allá de dichos límites.

Si no fuera por la similitud evidente, en la forma de reacción del sistema, entre aquel conflicto y el del “Hospital Garrahan”, podría suponerse que se trató de un caso aislado y mal tratado. La casi perfecta sincronía con que las vertientes del poder se expresaron en uno y otro advierte sobre una cierta sistematicidad en el tratamiento de la crisis que parece acontecer cuando se trata de ejercicio de la huelga en conflictos de “alta intensidad”.¹

Sin embargo, una primer observación cabe formular: muy a pesar de la forma con que se pretende conjurar la crisis, la regulación actual de la huelga en nuestro país provee la mayor estatura de reconocimiento y tutela, la de su consideración como Derecho Fundamental.²

La discrepancia, entonces, entre normatividad de la huelga y actuación de los poderes públicos encargados de darle eficacia supone una lamentable contrariedad.

La acción coordinada con que en uno y otro conflicto se expresaran la autoridad administrativa laboral, la justicia del trabajo y la justicia penal revela una “task force” dispuesta a definir, intimidar y “racionalizar” el uso de la huelga.

A ellas se suma, como es natural, el aparato comunicacional al servicio de la “libertad de empresa”, con la que muchas veces se confunde la libertad de prensa.³

¹ Ver Comunicado y Denuncia de las AAL y ALAL “Denunciamos graves violaciones al Derecho Constitucional de Huelga”, de diciembre de 2005, informando que dichas asociaciones de abogados laboristas de Argentina y Latinoamérica acompañarán a las organizaciones sindicales afectadas en sus denuncias ante la OIT. También Declaración de Caracas, en este mismo número de La Causa Laboral.

² Arts. 14 bis y 75.22 CN; art. 8vo. Inc.1, ap. d) e Inc. 3 PIDESEC; Convenio 87 OIT e interpretación dada por los Organos de Control: “la huelga es uno de los medios legítimos fundamentales de que disponen los trabajadores y sus organizaciones para la promoción y defensa de sus intereses económicos y sociales” (OIT, Comité de Libertad Sindical, Recop. de decisiones y principios, Ginebra, 1996, pfs. 473-75); art. 8 Protocolo de San Salvador.

³ No pocas personas, luego de la intoxicación periodística e informados realmente de los hechos se mostraban perplejos frente a: la permanente práctica antisindical de parte de la empresa Aerolíneas Argentinas a partir de su toma de control por el grupo Marsans que llevó, entre otras acciones, a que debiera reconocerse judicialmente el



Demos consistencia fáctica y jurídica a esta presentación.

La cronología del conflicto supone conocer: que las representaciones sindicales venían reclamando diversas cuestiones por las que resolvieron ir a la huelga en el mes de julio de 2005, momento en el cual la administración aplicó la ley 14.786 por lo que, prórroga mediante, la huelga fue cancelada durante casi un mes (del 26/7/05 al 24/8/05); que en libertad de acción, y ante la ausencia de acuerdo, se reasume la facultad de adoptar medidas de acción directa, las que se comienzan a materializar el 22/9/05, siendo de inmediato abortadas mediante la intervención de la autoridad laboral, a cuyas instancias se establece un nuevo período de negociación, suspendiéndose la huelga en tanto se registren avances en dicha negociación; vencido dicho plazo negocial el 23/11/05, sin registrarse tampoco acuerdo, el 24/11/05, se reinicia la huelga, y la autoridad de aplicación, para volverla a bloquear, dispone una vez más la conciliación obligatoria.

Corresponde ahora analizar la actuación de la autoridad administrativa del trabajo. Como se señaló y así quedó plasmado en el mismo expediente, el Ministerio de Trabajo aplicó, al mismo conflicto, una primer conciliación obligatoria en el mes de julio y la reiteró, aún con una conciliación voluntaria intermedia, en el mes de noviembre. A riesgo de contradicción en sus términos, o advertido de la ilegalidad de tal resolución, al día siguiente vuelve sobre sus pasos y consiente la huelga, aunque ahora la limita determinando la actividad como “servicio esencial” y fijando mínimos. No obstante, por entender una violación de la ley 14.786, se instruye un sumario con fecha 25/11/05 y posteriormente se dicta una resolución – con similar intencionalidad que la Disposición 87 aplicada en el “Caso Garrahan” – en la que se “deja constancia de los efectos que puedan ocasionar – individualmente – a los trabajadores involucrados, la persistencia de dicho incumplimiento cuando ello constituya la causa de su falta de prestación de tareas”, intimándose a las organizaciones sindicales, ahora bajo apercibimiento de suspensión de la personería gremial (Res. SsRL nro. 126).

La desaprensión legal por parte de la autoridad del trabajo al momento de “garantizar” el derecho de huelga resulta preocupante. No sólo que el intento de suspender *sine die* la misma con dictados de sucesivas conciliaciones obligatorias resulta ilegal, sino que dicho intento prohibitivo de la huelga se acompaña con actos intimidatorios, no sólo hacia la organización sindical sino, lo que es peor, dirigidos a los trabajadores individualmente considerados. A ello se agrega la también ilegal, por varios motivos, decisión de fijar servicios mínimos.

Sobre este último punto cabe señalar que de una simple lectura del art. 24 de la ley 25.877 surge que no se encuentra incluida en la enumeración de los servicios esenciales a la actividad de transporte aerocomercial. El Ministerio de Trabajo, moroso en la reglamentación de dicha norma, utiliza a discreción una facultad que el poder legislativo le limitó en el tiempo y sobre cuyas implicancias previó especialmente negando, en adelante, su intervención. La loable intención normativa que, nobleza obliga, esta misma autoridad del trabajo postuló, se encuentra desnaturalizada no sólo por el uso, a esta altura ilegal, que se continúa haciendo de una norma *ultra vires* agotada, sino hasta de la forma con que la misma se aplica. En efecto, tanto del art. 24 de la ley 25.877, que pone en cabeza de la parte que adopte medidas de ac-

derecho de la representación sindical a ejercer tales derechos (ver sentencia CNAT, sala IX, autos “APTA c/ AA y Austral s/ medida cautelar”); que el proceso negocial que diera origen a la última huelga se extendía desde el mes de junio de 2005 sin que durante el mismo se hubiese logrado el tratamiento del reclamo salarial de APTA y APLA; que los salarios de los técnicos aeronáuticos, únicos habilitados por ley para despachar una aeronave, se encuentran congelados desde hace una década en la suma de \$ 700 (salario base), habiendo la empresa instrumentado un sistema basado en la discrecionalidad para “premiar” o “castigar” salarialmente a sus empleados (PRV, Programa de Retribución Variable).



ción directa garantizar los servicios mínimos, como del art. 4to. del decreto 843/00, que a falta de acuerdo impone a la autoridad administrativa determinar no sólo el *quantum* de aquellos servicios sino “las modalidades de su ejecución y el personal que se asignará a la prestación de los mismos”, impiden que tales decisiones queden en manos de la propia empresa a quien va destinada la medida. Sus razones son obvias, si el empleador tiene el “poder de discriminar” a quien concede el derecho de secundar la huelga y a quien priva de ello, la huelga se encamina hacia su ocaso.

El Ministerio de Trabajo viene reiterando un *modus operandi* por el que fija servicios que no son mínimos – en la especie incluso saltando la valla que instauró el propio decreto 843, haciéndolo en un 75% para vuelos internacionales o en el 100% para vuelos de una única frecuencia diaria -; le transfiere al empleador aquel poder de determinar tanto cantidad de trabajadores afectados al servicio mínimo – al determinarse un “mínimo de servicio” y no un “mínimo de dotación” – como identidad de los mismos – sobre dichos actos administrativos la empresa disparó sucesivos telegramas de intimación y de despido con expresa mención de la disposición DNRT 148, en las que los fundó -; o extiende el concepto de servicio esencial sin norma que lo habilite – sólo reservado ello, en la inteligencia del art. 24, a una “comisión independiente” inexistente -.

Si la autoridad del trabajo no se caracteriza por su firmeza para proveer de garantías al ejercicio del derecho de huelga, la autoridad judicial no parece ir por otro sendero. En efecto, lo que parece puede convertirse en un *clisé* jurisprudencial, la sentencia del “Caso Garrahan”, viene una y otra vez a privar de tutela al derecho de huelga.⁴

Corresponde abordar ahora este aspecto en el plano estrictamente jurídico. Tanto la sentencia en el “Caso Aerolíneas”, como la dictada por la sala VIII en el “Caso Garrahan” reproducen, como principio de autoridad, un fallo de la Corte Suprema de la década del noventa, el que siguiendo dicha nomenclatura podemos denominar “Caso Somisa”. En el segundo de los casos, además, aparece previa y expresamente citado por el dictamen del Fiscal General. Sobre este recurso al precedente cabe señalar, por lo pronto, que no sólo fue un uso desaprensivo por considerar análogo lo que no lo es, sino que, como el voto en disidencia en aquel de los noventa lo anticipaba, los venturosos vientos de cambio que la Corte en este siglo registra, determinan que aquella doctrina, ahora desempolvada, “atrassa”⁵. Veamos porqué.

En primer lugar, y pese a lo reiterado de su uso, corresponde advertir que el señalado “Caso Somisa” no se trató de un supuesto en el que estuviese en juego el derecho de huelga, como sí ocurrió en los dos restantes. En aquel, en el que se debatía la suerte de la privatización de Somisa otrora empresa pública, sólo se trató el alcance jurídico de un compromiso empresario de no despedir trabajadores durante aquel proceso de “reordenamiento de la empresa”, y el eventual régimen de estabilidad propia o absoluta que ello importaba. Ni una sola mención a la huelga ni sus efectos sobre el contrato de trabajo puede hallarse en dicho precedente por lo que su traslación automática a casos en los que la tutela reclamada se encuentra fundada en dicho derecho constitucional parece, al menos, apresurada y torpe.

⁴ Si bien la sentencia de primera instancia – JT 68 -, que rechazó la medida cautelar solicitada por APTA, no se encontraba firme al momento del acuerdo colectivo que puso fin al conflicto, ésta última circunstancia determinó que la cuestión se convirtiese en abstracta, lo que así se solicitó en dicha actuaciones.

⁵ Además del nuevo marco normativo constitucional, y en su virtud, por aplicación, por ejemplo, del precedente de la CIDH en el caso “Baena” (Caso “Baena, Ricardo y otros vs. Panamá”, sentencia del 2/2/2001), en la que si bien se resuelve en virtud del derecho de asociación y no de huelga, se aplican las resoluciones de la CEACR y el CLS de OIT, y se dispone el reintegro en su puesto de trabajo, más el pago de salarios caídos e indemnización por daño moral de los 270 trabajadores despedidos por ejercer los derechos sindicales y secundar la huelga.



Pero si de analizar la doctrina sentada en estos recientes pronunciamientos se trata, la referencia descontextuada de aquella sentencia de la “vieja” Corte, permite poner en evidencia la visión parcial de los derechos en juego. En efecto, se señala que “habida cuenta el sistema que rige en las relaciones privadas de trabajo es el de estabilidad relativa impropia, que el legislador ha implementado en cumplimiento del mandato constitucional de garantizar una protección contra el despido arbitrario, por lo que el despido dispuesto por el empleador - aún el despido arbitrario o sin justa causa - resulta plenamente eficaz en orden a provocar la extinción del contrato de trabajo en forma definitiva, y sólo genera para el empleador consecuencia patrimoniales, que se traducen en la obligación de pagar indemnizaciones”. Si puede ser opinable que la cláusula de estabilidad - legal o convencional - de pie a solicitar la cautela frente a las decisiones del empleador de despedir⁶, en función del derecho constitucional en juego no puede serlo cuando de la tutela de otro derecho constitucional se trata. Si la “facultad de despedir” parece ser conferida a partir del escaso desarrollo reglamentario de la cláusula constitucional de “protección contra el despido arbitrario”, cuando dicha decisión empresaria lo es para impedir, bloquear o suprimir el derecho constitucional de huelga, ya no están en discusión los alcances de aquella protección contra el despido sino la tutela de éste derecho, sólo garantizable en su sustancia y no reconducible a una garantía de “ser indemnizado”.

De lo expuesto se deduce que, muy a pesar de las resoluciones indicadas, no estamos en presencia de un conflicto de derechos de idéntica jerarquía que deben ser solventados conforme la economía general de la norma constitucional. Se trata de dos derechos, ambos merecedores de tutela, el de “protección contra el despido arbitrario”, al que eventualmente tendría derecho cualquier trabajador afectado por una decisión “arbitraria” de despido, entre ellos a quien se lo despida por ejercer la huelga, y el “de huelga”, que en la hipótesis de aquellas resoluciones carecería de toda garantía.

Si se permite la comparación con el derecho penal sería como si el derecho a un “juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso” por medio de sus “jueces naturales”(art. 18 CN) como fundamento de la pretensión punitiva del estado pudiese solventar, por sí solo, otros derechos como el del “principio de inocencia” o el de “defensa en juicio”, de manera que bastaría una sentencia para penar, o absolver, aunque para llegar a ella se hubiesen infringido los otros derechos.

En consecuencia, la reconducción del derecho de huelga a una garantía contra el despido arbitrario implica desactivarlo en tanto Derecho Fundamental y reemplazarlo por la vigencia de este derecho genérico que debe proveer “protección” en cualquier caso.

Si el despido de un trabajador que ejerce la huelga tendrá como sanción la misma indemnización que si de uno sin causa se tratase, ¿dónde estaría la garantía del derecho de huelga?. La operación de los poderes públicos aparece entonces funcional a su inexistencia: se advierte e intimida desde la autoridad administrativa sobre los “riesgos” de continuar la huelga y luego se niega judicialmente toda protección para garantizarla.

El intento de “contractualizar” la huelga, destinándola al mundo del contrato individual importa “descolectivizarla”. Diferir el tratamiento de sus consecuencias cuando la misma ha finalizado - y los contratos de trabajo se han extinguido como represalia - supone su individualización, quedando su ejercicio colectivo herido de muerte⁷.

⁶ Apoyada dicha tesis en los fallos CSJN “De Luca” y “Figuroa”, la que podría desvirtuarse desde “Vizzoti”, al señalar éste último que el trabajador es “sujeto de preferente tutela constitucional”.

⁷ Contradicción a la que no es ajeno el dictamen fiscal en el “Caso Garrahan”: la habilitación de la competencia del fuero laboral, por la que se pronuncia, encuentra sustento en que de un derecho colectivo se trata la cuestión, pues-



La huelga como Derecho Fundamental dota a su ejercicio de una garantía de indemnidad. Siendo un derecho ejercido “en acto”, su tutela se cumple en su transcurso. Su eventual trato *ex post facto*, como ha quedado señalado, no satisface su contenido de eficacia⁸.

El fenómeno de la huelga es el resultado de la organización y la acción colectiva – libertad sindical de acción – que eclosiona en un momento determinado con toda la fuerza que aquella construcción posibilita o que las circunstancias han conformado. Si la huelga se debilita obra de la intimidación, de la autoridad pública y del empleador, como se ha evidenciado en ambos precedentes, la ausencia de garantía judicial inmediata no puede sostenerse sobre el argumento de una tutela mediata. La huelga, y el derecho a ejercerla, no es recuperable o resarcible cuando aquellas condiciones de ejercicio la han tornada inofensiva.

Con toda claridad lo ha expresado Meik: la huelga hiberna algunas de las potestades del empleador, particularmente el poder disciplinario con causa en su ejercicio y del mismo modo la extinción del contrato de trabajo en el curso de una acción huelguística. Es el derecho constitucional en que se sostiene, el que inhibe la utilización de otros derechos, de menor jerarquía, en este caso por el empresario.⁹

Por lo tanto, menos que apelar a la “racionalidad” de los actores colectivos, o seguir anclados en una doctrina judicial obsoleta por el cambio del sistema normativo, de lo que se trata es de aplicar la juridicidad. El paradigma del garantismo, al que en fecha reciente se rindiera honor en la persona de uno de sus más lúcidos exponentes, Luigi Ferrajoli, impone la adopción de técnicas para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad y, por tanto, posibilitar la máxima eficacia de los Derechos Fundamentales en coherencia con la estipulación constitucional. En los casos de las denominadas “garantías liberales”, consisten esencialmente en técnicas de invalidación o de anulación de los actos prohibidos que las violan.¹⁰

La responsabilidad de garantizar los derechos, como es natural en el Estado de Derecho, recae sobre el poder judicial y en lo que nos atañe, sobre el fuero especializado. No obstante es del caso recordar, como lo hacía Tarello, la importancia de la acción cotidiana de los operadores del derecho colectivo, en aquella referencia al “derecho practicado”.¹¹

Ello supone estar alertas y ser militantes en exigir la tutela de los derechos, en este caso los derechos de acción colectiva de los trabajadores y sus sindicatos, en el convencimiento de que la efectividad de los mismos no es consecuencia automática de un orden abstracto de eficacia sólo vinculado a un texto normativo, sino resultado complejo de procesos pluriarticulares de interpretación de numerosos participantes.¹²

Si los poderes públicos se encuentran renuentes. La acción persistente de exigibilidad de los derechos, como otras tantas veces, volverá a ser garantía de mayor democracia. ■

to que por tratarse de empleados públicos los trabajadores que estaban expuestos a sanciones serían absorbidos por la jurisdicción administrativa. Se asume la competencia por el derecho de huelga y se la desprende al derivarla al estatuto jurídico propio del trabajador del Estado.

⁸ Ver el artículo de Héctor O. García, “Eficacia, efectividad y eficiencia de las normas que regulan el ejercicio del derecho de huelga y sus métodos de composición. Apuntes críticos”, en DT nro. 1, 2006.

⁹ Cfr. por caso la prohibición de sustitución de huelguistas (art. 70 LNE).

¹⁰ El 22 de noviembre pasado el profesor Ferrajoli fue investido del doctorado *honoris causa* por la Universidad Nacional de La Plata luego de la *laudatio* pronunciada por Raul Zaffaroni. Texto de su *lectio doctoralis* en LL del 6/12/05. Sobre la teoría del garantismo ver su obra “Derechos y Garantías. La Ley del más débil”, Trotta, 1999.

¹¹ Tarello, Giovanni, “Teorías e Ideologías en el Derecho Sindical”, Comares, 2002.

¹² Haberle, Peter, “Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura”, Tecnos, 2000.