

La estabilidad en el empleo como garantía inherente al marco protectorio constitucional del representante gremial

(En torno al fallo “Rossi”)

Héctor Omar García

I. Introducción

La incompatibilidad de la ley de asociaciones sindicales con respecto a las normas internacionales que comprometen al Estado argentino a garantizar la vigencia de la libertad sindical constituye un problema que, como cualquier otro, permite un abordaje desde distintas perspectivas. Dicho en lenguaje llano y concreto, admite al menos una lectura política, otra diplomática y otra jurídica.

La configuración del *modelo* de organización y representación sindical es, sin duda, un asunto de naturaleza *política* y, como tal, incumbe al Poder Legislativo, que recibe de la Constitución la competencia que le permite definir, dentro de los límites que demarca la propia norma fundamental (arts. 14 bis, 28, 31 y 75.22, CN), el tipo de régimen que aquél considere adecuado y eficiente (v. gr., de sindicato más representativo único o plural; de representación sindical, unitaria o mixta) para cumplir la orden de asegurar al trabajador el derecho de *asociación libre y democrática reconocida por la simple inscripción* emanada del artículo 14 bis.

Luego, el problema puede ser enfocado desde su faz *diplomática*, que se pone de manifiesto cuando argumentos jurídicos y políticos se articulan en posiciones que se enfrentan en foros internacionales, entre los cuales sobresale la Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia Internacional del Trabajo que sesiona anualmente en Ginebra.

En tercer lugar, y en definitiva, la cuestión que versa sobre la compatibilidad o incompatibilidad entre la ley 23.551 y las normas internacionales consagratorias de la libertad sindical constituye —decirlo parece de Perogrullo— un asunto estrictamente *jurídico*, por cuanto está en juego, además del cumplimiento de las directivas social-constitucionales enunciadas en el artículo 14 bis, la preservación de la arquitectura institucional diseñada por el Constituyente de 1994, que actualizó la inserción del ordenamiento argentino en un cosmos jurídico que había dejado de ser a secas internacional para asentarse como *global* y en el que había adquirido estratégica relevancia la integración regional (arts. 31 y 75, incisos 22 y 24, CN).

Queda claro, entonces, que lo puesto en juego en el problema de la incompatibilidad de la ley 23.551 con respecto a los convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre libertad sindical, es ni más ni menos que la Constitución Nacional. Ella determina, en su artículo 75, inciso 22, la inserción de las normas internacionales en el ordenamiento argentino, las nivela jerárquicamente en la escala positiva y define el método en que las mismas deben

ser interpretadas¹, en armonía —otra obviedad: no en colisión²— con las normas y principios del derecho internacional público que rigen su exégesis y su aplicación (arts. 5 y 26 a 30 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, celebrada en dicha ciudad el 23 de mayo de 1969).

De tal modo, no obstante su origen internacional, los convenios internacionales ratificados por la Argentina son normas que integran el ordenamiento jurídico interno³, por lo que deben ser aplicados por los jueces de este país —nacionales y provinciales, según que las cosas o las personas caigan bajo sus respectivas jurisdicciones (art. 75.12, CN)—, y esta aplicación no puede sino llevarse a cabo con obediencia a lo ordenado por la Constitución, en su art. 75.22, que incorpora a los principales instrumentos universales de derechos humanos “*en las condiciones de su vigencia*”.

Sobre esta fórmula, como describe prestigiosa doctrina, existe el entendimiento unánime de que incluye la interpretación recibida por dichos instrumentos en el orden internacional⁴. La Corte Suprema, que no está al margen de esa inteligencia general, insiste con rigurosa coherencia desde 1995 —en oportunidad de dictar el fallo “*Girolodi*”— en señalar que la referida cláusula constitucional obliga a los tribunales argentinos a adoptar como guía los criterios de interpretación y aplicación fijados por los órganos internacionales de control de la vigencia efectiva de los tratados, cuya ratificación lleva implícito el compromiso sacramental de darles cumplimiento (principio *pacta sunt servanda* plasmado en los arts. 26 y 27 de la citada Convención de Viena de 1969)⁵.

Lo precedente pone en evidencia que se encuentran fuera de cauce las opiniones que atribuyen a las sentencias judiciales —particularmente las de la

¹ El art. 75.22, CN, en su segundo párrafo, incorpora los tratados “*en las condiciones de su vigencia*”, a cuyo significado me refiero más abajo.

² “La Constitución Nacional, de acuerdo con doctrina permanente y conocida de esta Corte, debe ser entendida como un todo coherente, a fin de que sus cláusulas no se excluyan o anulen recíprocamente.” (CSJN, “*Madorrán, María Cristina c. Administración Nacional de Aduanas s/reincorporación*”, 03-05-07; *Fallos*: 330:1989.)

³ VON POTOBSKY, Geraldo, “Los convenios de la Organización Internacional del Trabajo: ¿una nueva dimensión en el orden jurídico interno?”, DT, 1997-A, pp. 457/473, y “La jurisprudencia de los órganos de control de los instrumentos internacionales – el caso del Convenio n° 87 de la OIT sobre la libertad sindical”, DT 2006-B, pp. 1087/1094; VIRGILI, Claudio S., “Los convenios de la Organización Internacional del Trabajo en el sistema de fuentes del Derecho laboral argentino”, rev. *La Ley*, 29-03-06, pp. 1/4; y de mi autoría: “La interpretación y aplicación de las normas internacionales del trabajo como fuentes propias del derecho argentino”, *Doctrina Laboral*, Errepar, n° 240, agosto 2005, pp. 713/725; “La libertad sindical en las condiciones de su vigencia”, DT 2008-B, pp. 1084/1089; y “La personería gremial de la CTA”, debate con Héctor P. Recalde, publicado en *La Ley*, suplemento *Actualidad*, 5-06-08, p. 1 y ss., y en DT, suplemento *Convenios Colectivos*, junio 2008, pp. 3 y ss.

⁴ VON POTOBSKY, G., “La jurisprudencia de los...”, cit. en nota precedente, p. 1089.

⁵ CSJN, “*Girolodi, Horacio David y otro s/recurso de casación*” (*Fallos*: 328:514). Vid también, del mismo tribunal: “*Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales S.A. s/accidentes – ley 9688*” (*Fallos*: 327:3753); “*Simón, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad*” (*Fallos*: 328:2056); “*Madorrán, María Cristina c. Administración Nacional de Aduanas s/reincorporación*” (*Fallos*: 330:1989); “*Asociación de Trabajadores del Estado – ATE c. Ministerio de Trabajo s/Ley de Asociaciones Sindicales*” (S.C.A., n° 201, L.XL); y “*Rossi, Adriana María c. Estado Nacional – Armada Argentina*”, 09-12-09 (S.C.R., n° 1717, L.XLI).

Corte Suprema—, un exorbitado activismo político sólo porque éstas aplican los convenios internacionales que garantizan la libertad sindical de acuerdo con los criterios hermenéuticos adoptados por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones y el Comité de Libertad Sindical de la OIT; procedimiento que no implica otra cosa que cumplir el método dictado por la Constitución para efectivizar la entronización de los pactos a las relaciones jurídicas que se entablan en nuestro sistema.

Se encuentran igualmente desenfocados los argumentos que se obstinan en invocar la autoridad de la Corte Internacional de Justicia como intérprete auténtico de las convenciones internacionales, con la evidente motivación de esterilizar la opinión de los órganos de control de normas de la OIT; ello al margen de que tales argumentos, esgrimidos con la mencionada intencionalidad, han recibido también justa refutación en la propia escena internacional⁶.

II. La insistencia de la Corte Suprema en su doctrina constitucional acerca de la interpretación y aplicación de los convenios internacionales sobre libertad sindical

En el cumplimiento de su función jurisdiccional, que la instituye en garante última de la vigencia del ordenamiento jurídico —en definitiva, de la Constitución—, cuando la Corte aplica el Convenio n° 87 haciendo prevalecer sus garantías por sobre determinadas cláusulas de la ley 23.551, como lo ha hecho en las causas “ATE” y “Rossi”, no injiere *políticamente* sino desempeña como debe su rol jurisdiccional. No invade la esfera de atribuciones de los otros Poderes del Estado, dado que no emite juicios sobre el mérito, la oportunidad o conveniencia del régimen de organización sindical argentino —en tanto el diseño de la política pública excede su competencia— sino simplemente aplica la norma internacional como lo ordena la Constitución y, como resultado de esa operación, declara las inconstitucionalidades manifiestas de las cuales adolecen las normas de rango inferior.

El cotejo que, en el fallo “Rossi”⁷, llevó a la Corte a declarar la inconstitucionalidad del art. 52 de la ley 23.551, en cuanto restringe el alcance de la tutela gremial a supuestos taxativamente enunciados en el art. 48 de dicho régimen (cargos electivos o representativos en sindicatos con personería gremial) —el mismo que había efectuado un año antes en el fallo “ATE” para determinar la inconstitucionalidad de un párrafo del art. 41.a de la misma ley—, no presenta ninguna diferencia con el razonamiento que condujo al supremo tribunal a encontrar, en otros momentos, otras inconstitucionalidades legales, como por ejemplo, las de los artículos 39.1 de la ley 24.557⁸ y 103 bis, inc. c), de la Ley de Contrato de Trabajo⁹.

⁶ Vid al respecto VON POTOBSKY, Gerardo, “Los debates en torno a la interpretación de los convenios de la OIT”, en VV.AA., *Derecho Colectivo del Trabajo*, La Ley, Bs. As., 1998, pp. 205/210; y “La jurisprudencia...”, cit. en nota 3, pp. 1090/1091.

⁷ CSJN, “Rossi, Adriana María c. Estado Nacional – Armada Argentina”, 09-12-09 (S.C.R., n° 1717, L.XLI).

⁸ CSJN, fallo “Aquino”, citado en nota 4.

Otro aspecto de la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de libertad sindical que merece ser observado, reside en que el mayor tribunal no ha seleccionado los casos en que sentó su doctrina constitucional a partir de una ponderación de los hechos que originaron las respectivas causas en las que tomó intervención, sino a partir de otorgar especial atención a la receptividad o no receptividad demostrada por las sentencias de las instancias inferiores ante las invocaciones de las normas internacionales efectuadas por las partes.

Así como en el fallo “ATE” la Corte reaccionó con rigor jurídico ante la desatención manifiesta de la sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo a “*los argumentos basados en las normas internacionales y sus métodos de interpretación*”, en el caso “Rossi” ha sido la exégesis de los arts. 35, 48 y 52 de la ley 23.551 efectuada por la sala II de la misma Cámara en coincidencia con la fiscalía general del trabajo, que no acusaba recibo de las normas internacionales ni de su aplicación “en las condiciones de su vigencia”, lo que motivó una nueva vindicación por parte del supremo tribunal de su propia doctrina constitucional sentada entre “Giroldi” y “ATE”.

Con esta actitud, la Corte evidencia un interés que trasciende la solución justa de la litis concreta para convertir sus sentencias en una especie de instructivo insistente, destinado a que los tribunales de inferiores instancias, competentes en materia laboral, apliquen los convenios internacionales del trabajo como lo ordena la Constitución, esto es, adoptando los criterios de la Comisión de Expertos y del Comité de Libertad Sindical y, en función de tal operatividad, juzguen la compatibilidad o inadecuación de las cláusulas de las leyes que resulten puestas en crisis en los respectivos litigios.

En “Rossi”, la más alta jurisprudencia argentina consolida la posición asumida en “ATE”, en cuanto se apoya en las decisiones de los organismos de control de normas de la OIT y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para abatir la letra de la ley 23.551 en alguno de los aspectos en que ésta no resulta compatible con el tenor ni con el *espíritu* del Convenio n° 87 de la OIT por cuanto la referida norma nacional establece distinciones en beneficio de los sindicatos con personería gremial que exceden las prioridades admitidas por los órganos defensores de la vigencia de la libertad sindical en el mundo; prioridades que se circunscriben, como se sabe, a la negociación colectiva, la consulta por las autoridades y la designación de “delegados” a organismos internacionales¹⁰.

Ya la fijación de esta doctrina del modo categórico en que fue sentada en “ATE”, en concordancia con los términos del art. 75.22 de la Constitución y la restante jurisprudencia dictada por la Corte con posterioridad a la enmienda de 1994, permitía, más que augurar una decisión como la ahora adoptada en “Rossi”, directamente considerar —sin necesidad de esperar la emisión de un pronunciamiento específico del magno tribunal— extendida sin vacilación la tutela gremial a los representantes sindicales de las organizaciones simplemente inscriptas¹¹.

⁹ CSJN, “Pérez, Aníbal c. Disco SA”, 01-09-09 (S.C.P., n° 1911, L.XLII).

¹⁰ Vid “ATE”, considerando 8°, y “Rossi”, considerando 3° in fine).

¹¹ Extensión que sostuve en “La representación sindical en el lugar de trabajo a partir del fallo ‘ATE’: muchas preguntas y algunas respuestas”, *Revista de Derecho Laboral Actualidad*,

Pero además, en “*Rossi*” la Corte Suprema incluye un señalamiento respecto de que la incompatibilidad de la ley en relación con el convenio internacional, de rango superior, puede residir no sólo en la letra de aquella sino también en su interpretación¹².

Al igual que en “*ATE*”, nuestro mayor tribunal subraya en “*Rossi*” no sólo que las convenciones internacionales en materia de libertad sindical deben aplicarse “*en las condiciones de su vigencia*” con los efectos ya expresados, sino también que la interpretación y aplicación de la “legislación nacional” debe llevarse a cabo respetando la “regla de favor” establecida en beneficio de la libertad sindical por el art. 8.2 del Convenio n° 87: “*la legislación nacional no menoscabará ni será aplicada de suerte que menoscabe las garantías previstas por el presente Convenio*”¹³.

III. La estabilidad en el empleo como garantía inherente al marco protectorio constitucional de la función del representante gremial

Como secuela de su precedente de noviembre de 2008, la Corte insiste en “*Rossi*” en que toda discriminación peyorativa de los representantes sindicales de las asociaciones simplemente inscriptas que vaya más allá de las tres mencionadas *prioridades* admitidas por los órganos de control técnico de la OIT, contraviene no sólo el Convenio n° 87 sino el artículo 14 bis del texto ordenado constitucional, que requiere dotar a los representantes gremiales de un “*particular marco de protección*” que constituye un “*atributo intrínseco o inherente para el logro de su ejercicio cabal y fecundo*” de su función (considerando 4°).

Ese “particular marco protectorio” de la función del representante sindical fue configurado por el artículo 14 bis “con absoluta nitidez” y “de manera terminante” —dice la Corte— como el goce “*de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo*”, advirtiendo el tribunal que la “necesidad” atribuida por la Constitución a estas garantías indica, con todo vigor, “*el carácter forzoso e inevitable*” de la existencia de las mismas, que refuerza “*al categórico ‘gozarán’*” enunciado por el citado artículo de la norma fundamental.

Dada la relevancia y esencialidad de tales garantías, resulta inconcebible que se discrimine a los representantes de los sindicatos simplemente inscriptos privándolos de ellas. Con respecto a este tópico la sentencia “*Rossi*”, como lo había hecho su precedente “*ATE*”, sigue los señalamientos formulados al Estado

Rubinzal-Culzoni, 2009 – Número extraordinario, pp. 160/161.

¹² Esta cuestión se enfatiza en el voto disidente de la Ministro Argibay pero con respecto al art. 35, LAS, entendiéndose que “dicha interpretación del art. 35 de la ley 23.551, introduce una severa limitación en el alcance de los artículos 48 y 52” del mencionado régimen sindical. El mencionado voto omite pronunciar la inconstitucionalidad de los arts. 48 y 52 de la ley 23.551 en la medida que considera que “*la letra de la Ley de Asociaciones Sindicales no ha llegado, en este tema, a tal punto de enfrentamiento con las garantías establecidas en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, en tanto que admite, tal como lo solicita la parte actora, una interpretación concordante con esta última*”.

¹³ Esto surge expresamente del voto conjunto de los Ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni (considerando 6°).

argentino por los organismos de control de normas de la OIT para reafirmar, en este caso, la inconstitucionalidad del art. 52 de la Ley de Asociaciones Sindicales en la medida que, por remisión al art. 48 del propio régimen, excluye a los representantes de las asociaciones simplemente inscriptas del goce de la tutela a quienes ocupan cargos electivos o representativos en organizaciones con personería gremial.

Entre las reiteradas observaciones dirigidas por la Comisión de Expertos puntualmente a los artículos 48 y 52 de la Ley de Asociaciones Sindicales desde 1989, se destaca la expresada en 2003, oportunidad en que este órgano replicó el argumento esgrimido por el Gobierno en la memoria de 2002, según el cual el juego de las disposiciones constitucionales con las establecidas en el art. 47 de la ley 23.551 (acción de *amparo sindical*) y en la ley 23.592, hacía innecesaria la reforma de aquellos artículos del régimen sindical de modo que su alcance comprendiera a texto expreso a los representantes de las asociaciones sólo inscriptas. La Comisión rechazó esta argumentación, expresando que “*aunque la legislación brinda de manera general una protección contra los actos de discriminación antisindical, los dirigentes sindicales de las asociaciones con personería gremial gozan de una protección especial adicional de la cual no gozan los dirigentes o representantes de las asociaciones simplemente inscriptas (...) esta discriminación es incompatible con las exigencias del Convenio (nº 87)*”¹⁴.

La inconstitucionalidad que afecta a los artículos 48 y 52 de la ley 23.551, en cuanto despojan de la tutela preventiva o “fuero sindical” a los representantes de organizaciones simplemente inscriptas, se funda no sólo en las garantías establecidas por normas de la más alta jerarquía —como son los artículos 14 bis, 28, 31 y 75.22, segundo párrafo, del texto ordenado constitucional y el Convenio nº 87¹⁵ interpretado conforme a los criterios de los órganos de control de normas de la OIT— sino también en las establecidas en otros instrumentos internacionales incorporados a nuestro ordenamiento con jerarquía suprallegal (conf. art. 75.22, primer párrafo, CN), como son los Convenios nº 98 y 135 de la OIT y el art. 9º de la Declaración Sociolaboral del Mercosur¹⁶.

¹⁴ OIT, Conferencia Internacional del Trabajo, 91ª reunión, 2003, *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de convenios y Recomendaciones*, Informe III (parte 1A), OIT, Ginebra, 2003, p. 239.

¹⁵ La jurisprudencia de la Corte Suprema y numerosas opiniones de doctrina coinciden en cuanto a la jerarquía constitucional del Convenio nº 87 a partir de la preferencia que le otorgan al mismo los arts. 8.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y 22.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Véase: CSJN, “*ATE c. Ministerio de Trabajo*” (citada en nota 4); RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, “Las instituciones del Derecho Colectivo del Trabajo y la Constitución Nacional” en VV.AA., *Derecho Colectivo del Trabajo*, La Ley, Bs. As., 1998, pp. 47 y ss., y *Derechos fundamentales y relaciones laborales*, Astrea, Bs. As., 2004, p. 154; ETALA, Carlos A., *Derecho Colectivo del Trabajo*, Astrea, Bs. As., 2001, pp. 16 y ss.; VIRGILI, Claudio S., op. cit. en nota 3, p. 2; SIMON, Julio C, “La incorporación del derecho internacional al derecho interno, la jerarquía de las fuentes y el Derecho del Trabajo”, LL 6-06-06, p. 2; y los opúsculos de mi autoría citados en la nota 3.

¹⁶ Que son tenidas en cuenta en el voto diferenciado de la Dra. Argibay en la sentencia “*Rossi*”, además del art. 7.d) del Protocolo de San Salvador (Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), que se prescribe: “*la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las*

El art. 1 del Convenio n° 135, relativo a la protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores en la empresa, ordena —utilizando casi idéntica expresión a la del artículo 14 bis destacada en el fallo “Rossi”— que: *“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”*.

Por su parte, el Convenio n° 98, que garantiza el derecho de sindicalización y de negociación colectiva, luego de establecer, en términos análogos, en su artículo 1, apartado 1, la “adecuada protección” de “los trabajadores (...) contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo”, precisa, en el apartado 2 del mismo artículo, que: *“(d)icha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto: (...) b) despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales”*.

El artículo 9° de la Declaración Sociolaboral del Mercosur, prevé a su vez que: *“Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical con relación a su empleo”,* y puntualiza, en sus incisos b) y c), la necesidad de establecer garantías para *“evitar despidos o perjuicios que tengan como causa su afiliación sindical o su participación en actividades sindicales”* y asegurar *“el derecho a ser representados sindicalmente, conforme a la legislación, acuerdos y convenciones colectivos de trabajo vigentes en los Estados Partes.”*

Concluyo estos apresurados comentarios señalando que, en tanto la sentencia “Rossi” declara la inconstitucionalidad del art. 52 sólo en la medida en que éste remite al art. 48 de la ley 23.551 pero no en cuanto aquella norma reenvía a los artículos 40 y 50 de la misma ley, se despeja toda hipótesis de duda en cuanto a que los trabajadores que, a través de asociaciones sindicales meramente inscriptas, se encuentren comprendidos en los supuestos previstos por estos dos últimos artículos, ya sea desempeñándose como *“delegados del personal”* o en *“comisiones internas y organismos similares”* (art. 40, LAS) o postulándose para el desempeño de cualquier cargo de representación sindical (art. 50, LAS), gozan de la tutela preventiva implementada por este régimen, que la Corte Suprema ha caracterizado como *inherente al marco especial de protección* previsto en el art. 14 bis de la Constitución Nacional como *garantía de la representación gremial*.

En síntesis, no quedan dudas, después del fallo “Rossi”, de que no es concebible la libertad de organización sindical sin asegurar la estabilidad de *todos* los representantes gremiales (categoría en la que considero incluidos a los fundadores u *organizadores en sentido estricto* de asociaciones de trabajadores¹⁷).

industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional”.

La estabilidad individual del representante gremial es el soporte jurídico instrumental para la protección de lo colectivo, sin la cual éste no puede cumplir, circularmente, su función instrumental de asumir la defensa de los derechos e intereses del trabajador. Sin igualación en el *goce* de esta garantía elemental no hay *organización sindical libre y democrática*, principio-valor fundamental que también ordena asegurar el artículo 14 bis.

Escribo tamaña obviedad y me pregunto por qué tanto trasiego y por qué haber llegado a que la Corte tuviera que pronunciarla. ♦

¹⁷ La sala II de la CNAT, in re “*Álvarez, Maximiliano y otros c. Cencosud SA s/acción de amparo*” (25-06-07, sent. 95.075) dispuso, por mayoría integrada por los Dres. González y Maza, la nulidad del despido de los actores y su reinstalación en sus puestos de trabajo, con fundamento en la ley 23.592, por considerar acreditado que el acto rescisorio de la empleadora configuraba una represalia contra aquéllos por haber fundado una organización sindical.