



UNCUYO
UNIVERSIDAD
NACIONAL DE CUYO

FACULTAD DE DERECHO

TESIS DE MAESTRÍA

**EL DESPIDO DISCRIMINATORIO DEL
ACTIVISTA SINDICAL: EL CASO ORELLANO**

MAESTRÍA EN DERECHO DEL TRABAJO

Tesista: Mónica Elizabeth Cuervo

Director: Guido Leandro Fretes Vindel Espeche

Mendoza, abril de 2021

RESUMEN

Según lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Orellano”, la titularidad del derecho de huelga corresponde a las asociaciones simplemente inscriptas; sin embargo se omite el tratamiento del despido discriminatorio por motivos sindicales sufrido por el actor. El presente trabajo se sitúa en el marco de estudio de la normativa nacional e internacional sobre derechos humanos y tiene por objeto analizar las motivaciones, las líneas jurisprudenciales y las consecuencias prácticas del fallo. Se parte de la hipótesis de considerar que la decisión en tal sentido reviste carácter excepcional. Es una investigación cualitativa, analítica, documental, microsocioal y de alcance temporal diacrónico, que busca, a través del estudio de los fallos de nuestro Máximo Tribunal, dilucidar si el pronunciamiento en cuestión podría resultar una contribución con el fin de impulsar la transformación del “modelo sindical argentino”. Para ello la tesis explora: La libertad sindical (Capítulo 1); El modelo sindical argentino (Capítulo 2), El despido discriminatorio por motivos sindicales (Capítulo 3) y El caso Orellano (Capítulo 4).

Palabras clave: derecho colectivo, libertad sindical, despido discriminatorio, trabajadores, modelo sindical argentino.

ABSTRACT

As decided by the Supreme Court of Justice of the Nation in the case "Orellano", the ownership of the right to strike corresponds to the simply registered associations; however, the treatment of the discriminatory dismissal for union reasons suffered by the actor is omitted. The present work is situated within the framework of study of the national and international regulations on human rights and aims to analyze the motivations, the jurisprudential lines and the practical consequences of the ruling. It is based on the hypothesis of considering that the decision in this regard is exceptional. It is a qualitative, analytical, documentary, microsocioal investigation with a diachronic temporal scope, which seeks, through the study of the rulings of our Highest Court, to elucidate whether the ruling in question could be a contribution in order to promote the transformation of the “ Argentine union model ”. For this the thesis explores: Freedom of association (Chapter 1); The Argentine union model (Chapter 2), The discriminatory dismissal for union reasons (Chapter 3) and The Orellano case (Chapter 4).

Keywords: collective right, freedom of association, discriminatory dismissal, workers, Argentine union model.

INDICE TEMATICO

RESUMEN	2
INTRODUCCION	8
MARCO TEORICO	15
CAPÍTULO 1: LA LIBERTAD SINDICAL	24
1.1. Concepto.....	24
1.2. Contenido.....	25
1.2.1. Ámbito individual.....	26
1.2.2. Ámbito colectivo.....	27
1.3. Marco normativo.....	27
1.3.1. Constitución Nacional.....	27
a. La Constitución de 1853. El artículo 14.....	27
b. La Constitución de 1949.....	28
c. La reforma constitucional de 1957. El artículo 14 bis.....	29
d. La reforma constitucional de 1994. Los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos.....	32
1.3.2. Los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo.....	38
a. Convenio 87.....	38
b. Convenio 98.....	40
c. Convenio 135.....	41
d. Convenio 151.....	42
e. Convenio 154.....	43
1.3.3. Legislación nacional.....	44

a. Antecedentes.....	44
b. Decreto 2.669.....	44
c. Decreto 23.852.....	45
d. Ley 14.250.....	46
e. Decreto 9.270.....	46
f. Decreto 3.838.....	47
g. Ley 14.455.....	47
h. Decreto 969.....	48
i. Ley 20.615.....	49
j. Ley 22.105.....	49
k. Ley 23.551.....	50
Síntesis del capítulo.....	52
CAPÍTULO 2: EL MODELO SINDICAL ARGENTINO.....	54
2.1. Origen y concepto.....	54
2.2. Características.....	56
2.2.1. Reglamentarismo legal.....	56
2.2.2. Forma asociativa profesional.....	57
2.2.3. Unidad de representación de los intereses colectivos.....	57
2.2.4. Concentración sindical.....	59
2.2.5. Estructura piramidal.....	59
2.2.6. Amplitud de fines.....	59
2.2.7. Representación unificada en los lugares de trabajo.....	60
2.2.8. Activo protagonismo político.....	61
2.2.9. Alta tasa de sindicalización.....	61

2.3. Principios.....	61
2.3.1. Libertad sindical.....	61
a. Libertad fundacional.....	62
b. Libertad de pertenencia.....	62
c. Autonomía sindical.....	63
2.3.2. Democracia sindical.....	64
2.3.3. Autonomía colectiva.....	64
2.3.4. Principio de pureza.....	65
2.3.5. Principio de especialidad.....	65
2.3.6. Principio de profesionalidad.....	65
2.3.7. Principio de igualdad.....	66
2.4. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.....	66
2.4.1. El caso “Outon”.....	67
2.4.2. El caso “Asociación Trabajadores del Estado”.....	68
2.4.3. El caso “Rossi”.....	70
2.4.4. El caso “Asociación Trabajadores del Estado II”.....	71
2.4.5. El caso “Nueva Organización de Trabajadores Estatales”.....	73
2.4.6. El caso “Orellano”. Su repercusión en los casos “Brindisi”, “Conte”, “Deffipilis” y “Lafuente”.....	74
Síntesis del capítulo.....	76
CAPÍTULO 3: EL DESPIDO DISCRIMINATORIO POR MOTIVOS SINDICALES	79
3.1. Generalidades sobre la discriminación.....	79
3.2. Régimen jurídico.....	82

3.2.1. Constitución Nacional.....	82
3.2.2. Los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo y de la Organización de los Estados Americanos.....	87
3.2.3. Legislación nacional.....	89
3.3. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.....	93
3.3.1. El representante sindical de una asociación simplemente inscripta. Caso “Alvarez”.....	93
3.3.2. Los fallos posteriores. Casos “Arecco”, “Parra Vera” y “Cejas”...	97
3.3.4. La cuestión de la prueba. Caso “Pellicori”.....	97
3.3.5. El activismo sindical. Caso “Ledesma”.....	100
3.3.6. El daño moral. Casos “Farrell” y “Bibby”.....	102
3.3.7. De nuevo sobre la prueba. Caso “Varela”.....	105
Síntesis del capítulo.....	109
CAPÍTULO 4: EL CASO ORELLANO.....	112
4.1. Descripción de la causa.....	112
4.1.1. El origen del conflicto.....	112
4.1.2. La judicialización del caso.....	113
4.1.3. Lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.....	115
4.2. Análisis crítico de la sentencia.....	117
4.2.1. La falta de pronunciamiento sobre el despido discriminatorio...	117
4.2.2. La lesión a la libertad sindical.....	128
4.3. La sentencia de reenvío.....	139
Síntesis del capítulo.....	143
CONCLUSIONES.....	147

BIBLIOGRAFIA.....155

INTRODUCCIÓN

El 7 de junio de 2016, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció en la causa “Orellano, Francisco Daniel c/ Correo Oficial de la República Argentina SA s/ juicio sumarísimo”, y determinó que la titularidad del derecho de huelga así como las medidas de acción directa asimiladas a ella, correspondían a las asociaciones sindicales habilitadas para el ejercicio de derechos colectivos, las cuales debían cumplir el requisito de la simple inscripción en un registro especial; no así los grupos informales de trabajadores.

El fallo desató, a nivel doctrinario, una oleada de críticas que, con diversos argumentos, desaprobaron la decisión tomada por el Címero Tribunal Nacional.

Así, reconocidos autores en el tema se han manifestado sobre la titularidad de los trabajadores del derecho humano de huelga (Gialdino, 2015, 2016; Elías, 2016; García, 2016); el relativo encogimiento de un derecho fundamental de los sindicatos y de los trabajadores (Arese, 2016); la ausencia de resolución del conflicto (Duarte, 2016); la restricción del derecho de huelga a los sindicatos (Caro Figueroa, 2016; Mansueti, 2016); el modelo sindical argentino luego de los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Oyola, 2016).

Mucho se ha escrito sobre las opiniones detractoras del pronunciamiento recaído en la causa mencionada; no obstante, uno de los aspectos que resulta muy llamativo es el hecho de que no abordó el tema del despido discriminatorio del representante sindical de una asociación simplemente inscripta y en su lugar optó por resolver sobre la titularidad del derecho de huelga.

La temática adquiere importancia, toda vez que tal decisión omitió, en definitiva, analizar el hecho de que el trabajador fue despedido en ejercicio de una actividad gremial que se encontraba implícita en el concepto de libertad sindical perteneciente al Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo.

Asimismo resulta relevante que la solución no se limitó a dichas actuaciones, sino que fue replicada, sin mayores fundamentos en otros procesos iniciados por los

compañeros del actor, quienes sufrieron idéntico destino. Ello sucedió en “Brindisi, Ricardo Gabriel c/ Correo Oficial de la República Argentina SA s/ juicio sumarísimo”; “Conte, Maximiliano c/ Correo Oficial de la República Argentina SA s/ juicio sumarísimo”; “Defilippis, Fernando Javier c/ Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/ juicio sumarísimo” y “Lafuente, César Roberto c/ Correo Oficial de la República Argentina SA s/ otros reclamos-nulidad de acto discriminatorio”.

Ahora bien, creemos que no ha sido suficientemente analizada la situación del trabajador, quien con tal decisión vio, de alguna manera, convalidada o justificada su situación de despido discriminatorio por causa de su activismo sindical.

En este sentido, cabe memorar que la propia Corte Suprema, el 7 de diciembre de 2010, se había pronunciado en los autos “Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud SA s/ Acción de amparo”, en donde por mayoría confirmó la sentencia que hizo lugar a la acción de amparo y declaró la nulidad del despido de los actores -representantes sindicales de una entidad simplemente inscripta- con fundamento en la ley antidiscriminatoria, ordenando su inmediata reincorporación a sus respectivos puestos de trabajo.

Este fallo revistió trascendencia por dos motivos fundamentales: por un lado, por primera vez, nuestro Cívero Tribunal hizo una aplicación explícita de la ley 23.592/88 a las relaciones laborales y, por el otro, admitió la posibilidad de invalidar un despido en los términos de su artículo 1º, en aquellas hipótesis en que el dependiente que así lo solicite, acredite que el empleador lo discriminó ilícitamente.

Tal decisión respetó las pautas que inspiraron la reforma constitucional argentina de 1994 que, a través de su artículo 75 inciso 22, no solo estableció que todos los tratados tienen una jerarquía superior a las leyes, sino que aquellos referidos a los derechos humanos tienen igual jerarquía que la Constitución.

Por lo que, en relación con el principio de igualdad de trato y prohibición de discriminación, encontramos referencias en los siguientes documentos internacionales: Artículo II Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá, 1948); Artículo 2 Declaración Universal de Derechos Humanos (Asamblea General de

Naciones Unidas, 1948); Artículo 2.1 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 1966); Artículo 2.2 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Nueva York, 1966); Artículo 5 Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Nueva York, 1967); Artículo 1 Convención Americana sobre Derechos Humanos (San José, Costa Rica, 1969); Artículo 11.1 Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y Artículo 2 Convención sobre los Derechos del Niño (Naciones Unidas, 1989).

En cuanto a los convenios de la Organización Internacional del Trabajo sobre el tema, especial mención merecen los Convenios 100 (relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra femenina y masculina por un trabajo de igual valor, ratificado mediante decreto-ley 11.595/56) y 111 (relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, ratificado por ley 17.677/68).

Así, se ha ampliado el marco de garantías que aseguran el tratamiento igualitario y no discriminatorio, contenido originariamente en la ley 20.744/74 y posteriormente enriquecido por la ley 23.592/88, normativa esta última que es de innegable aplicación en las situaciones de discriminación en el despido, dentro de las cuales el activismo sindical es un claro ejemplo.

Ahora bien, la decisión tomada en “Álvarez”, sirvió de base jurídica para fallos tales como “Arecco, Maximiliano c/ Praxair Argentina”, del 23 de junio del 2011; “Parra Vera, Máxima c/ San Timoteo SA”, del 23 de agosto de 2011 y “Cejas, Adrián E. c/ Fate SA”, del 26 de marzo de 2013, que importaron el reconocimiento de derechos de protección, fundamentalmente sobre la igualdad de trato de quienes ejercieron derechos sindicales o se evidenciaba un trato discriminatorio.

En el caso “Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio de Abogados de la Capital Federal”, del 15 de noviembre del 2011, al tratar la cuestión de prueba en procesos antidiscriminatorios, la Corte Suprema delineó cómo debía quedar distribuido el *onus probandi* en los casos de discriminación a los términos del artículo 1º de la ley 23.592/88.

Luego en “Ledesma, Florencio vs. Citrus Batalla S.A. s. Sumarísimo”, del 9 de setiembre del 2014, la Corte anuló un fallo que no había admitido la reinstalación de un “activista gremial”, quien hacía una “lucha incansable por sus derechos laborales”. Según el fallo, el despido de aquel, aun cuando no encuadrara en las previsiones formales de la ley 23.551/88, podría configurar un acto de discriminación.

En definitiva, en sus pronunciamientos posteriores, la Corte no solo continuó con la línea trazada a partir del fallo “Alvarez”, sino que admitió que, el despido por motivos discriminatorios podía darse respecto de un simple activista gremial, protegido o no por la ley 23.551/88. Además fijó las reglas o pautas que debían regir en materia probatoria en caso de controversia acerca de la existencia de un motivo discriminatorio, el cual bastaba ser *prima facie* acreditado por el trabajador afectado.

Sin embargo, al resolver en “Orellano”, el Alto Tribunal pareció discontinuar el camino protectorio en materia de despido discriminatorio por motivos sindicales a los términos de la ley 23.592/88 y en consecuencia juzgó conveniente no emitir resolución respecto de esta temática, planteada por el actor desde el inicio de la causa, para expedirse sobre la titularidad del derecho de huelga. Esta decisión derivó en la convalidación o justificación del despido producido por el Correo Argentino respecto del trabajador, en contra de la doctrina sentada en el caso “Alvarez” y sus sucedáneos.

Con posterioridad a ello, en las causas “Farrell, Ricardo Domingo c/ Libertad S.A. p/ despido” y “Bibby, Nicolás c/ Libertad S.A. p/ despido”, ambas del 06 de febrero del 2018, la Corte Nacional volvió a demostrar interés en pronunciarse respecto de las consecuencias del despido discriminatorio de los actores activistas sindicales, al dejar sin efecto por considerar arbitrarias, las sendas sentencias de segunda instancia que habían rechazado los reclamos de indemnización por daño moral.

Luego, con fecha 04 de setiembre de ese mismo año, con lo decidido en la causa “Varela, José Gilberto c/ Disco SA s/ amparo sindical”, ha reabierto el debate en torno a las posibles consecuencias del despido discriminatorio del militante sindical, sobre la base de la interpretación y aplicación de las leyes 23.551/88 y 23.592/88, al retomar y mejorar el estándar probatorio esbozado con anterioridad en el caso “Pellicori”.

Por lo tanto, lo resuelto por la Corte en los pronunciamientos posteriores a “Orellano”, nos llevan a sostener la hipótesis que, en cuanto a la protección brindada a los trabajadores en materia de despido discriminatorio por motivos sindicales, este fallo es de carácter excepcional.

Cabe plantearnos, entonces, como pregunta inicial la siguiente: ¿Por qué la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Orellano” juzgó conveniente no emitir resolución respecto del despido discriminatorio del actor a causa de su actividad sindical y se expidió sobre la titularidad del derecho de huelga de los trabajadores?

De este interrogante se derivan las siguientes preguntas específicas: ¿Cuál es el alcance de la obligación de no discriminación por motivos sindicales? ¿El fallo significó un cambio de criterio o una excepción a la jurisprudencia sobre el despido discriminatorio del representante sindical trazada a partir del caso “Alvarez” y sus fallos posteriores? ¿Cuáles son las consecuencias prácticas del fallo?

Por ello, el objetivo general de la investigación ha sido analizar las motivaciones, las líneas jurisprudenciales y las consecuencias prácticas del fallo “Orellano”, al convalidar la situación de despido discriminatorio del trabajador por motivos sindicales.

En tal cometido, se propuso como objetivos específicos:

1. Identificar la normativa nacional e internacional así como la opinión de la doctrina especializada en la materia.
2. Describir las líneas jurisprudenciales trazadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.
3. Analizar las consecuencias prácticas del decisorio.

Teniendo como punto de partida la formulación de preguntas respecto de la justificación de tesis elaborada por Hernández Sampieri, Fernández Collado y Baptista Lucio (2014), en cuanto a los aportes que pretendemos con la presente tesis, podemos enumerar los siguientes:

1. Conveniencia: La investigación apunta a determinar las pautas jurisprudenciales más relevantes en materia de despido discriminatorio del representante sindical; en especial, a diferenciar las que han permanecido inalterables a lo largo del tiempo de aquellas que han sufrido variantes.

2. Relevancia social: En primer término, el despido por causas discriminatorias resulta de interés para el sistema sindical. En segundo término, es significativa la utilidad para los jueces del fuero laboral, así como respecto de los profesionales que actúan en el mismo, en aras de una mejora en la tutela judicial de los derechos del justiciable. En tercer término, lo es también para el legislador, pues muchas de las observaciones podrían eventualmente plasmarse en proyectos legislativos de modificación o articulación. Por último, la comunidad académica y científica en su conjunto se vería beneficiada con los aportes de esta investigación.

3. Valor teórico: A través de la presente tesis se pretende la identificación, sistematización y crítica de las pautas jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con el propósito de desarrollar nuevas teorías o perfeccionar las existentes.

4. Utilidad metodológica: Desde la concepción trialista del derecho propuesta por Goldschmidt (1987), la jurisprudencia constituye un elemento fundamental en la vivencia del derecho (conductas, norma y valor), más aún respecto de los fallos provenientes del Superior Tribunal de la Nación.

La investigación desarrollada está orientada por una perspectiva metodológica cualitativa: posee una finalidad aplicada orientada a la implementación de procedimientos y estrategias metodológicas que dan solución a problemas prácticos y a la toma de decisiones; con una profundidad analítica o interpretativa que permite comprender los fenómenos en términos de sus componentes, de sus pautas de relación internas e intenta descubrir los elementos que componen el todo y las interconexiones que explican su integración; de naturaleza documental y por ende, mediante fuentes secundarias; con una amplitud microsociales; de alcance temporal diacrónico o longitudinal.

En cuanto a las técnicas de producción de datos, se han utilizado aquellas que, según Sautu, Boniolo, Dalle y Elbert (2005), corresponden a la estrategia metodológica cualitativa, que incluye el análisis de contenido.

Por otra parte, y como método de investigación propio de la ciencia jurídica, se ha utilizado el histórico-sociológico (Herrera, 2006) que tiene en cuenta las soluciones sugeridas por la conciencia social en cada momento histórico y la necesidad de interpretar cada norma jurídica como parte de un todo coherente e inseparable.

Al concluir la investigación, se intenta dar una respuesta a la concreta situación del trabajador que ejerce derechos sindicales y que, como consecuencia del fallo “Orellano”, vio convalidada su situación de despido discriminatorio, como una forma de contribuir al conocimiento y comprensión de las líneas jurisprudenciales elaboradas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en torno al tema.

El primer capítulo aborda y verifica el contenido del derecho a la práctica de actividades sindicales, desde la perspectiva de la normativa nacional e internacional, así como de la doctrina especializada en la materia.

El segundo capítulo detalla las características del llamado “modelo sindical argentino” y revisa su interpretación a través de los diversos fallos dictados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

El tercer capítulo analiza los alcances de la obligación de no discriminación por motivos sindicales, a la luz de los estándares internacionales que integran nuestro bloque de constitucionalidad, al tiempo que repasa la evolución jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre el tema.

Finalmente, el cuarto capítulo indaga sobre los fundamentos que tuvo la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la resolución de la causa “Orellano” y analiza las posibles consecuencias prácticas del decisorio.

MARCO TEÓRICO

Como es sabido, el Derecho del Trabajo no resultó suficiente para adecuar plenamente los alcances tuitivos locales, de la principal normativa específica sustantiva, contenida en los artículos 17 y 81 de la Ley de Contrato de Trabajo, sendos reflejos de los principios generales de esta rama jurídica, referidos a la prohibición de hacer discriminaciones e igualdad de trato, ambos de inconfundible raigambre constitucional (artículos 16 y 14 bis de la Constitución Nacional) (Fanjul, 2014).

Tal situación se vio reforzada por la reforma laboral sancionada a través de la ley 25.877/04, que derogó la ley 25.013/98, normativa que a través de su artículo 11 había introducido en nuestra legislación la figura del despido discriminatorio.

Sin embargo, la sanción en el año 1988, de la ley 23.592, conocida como “ley antidiscriminatoria”, había ya comenzado a marcar un nuevo rumbo a nivel doctrinario y jurisprudencial, desde que, si bien se originó en el ámbito civil, su aplicación al derecho laboral era indiscutible. En lo que aquí interesa, en su artículo 1° dispuso:

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.

Nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, al emitir pronunciamiento en los autos “Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo” (2010), hizo una aplicación directa y explícita de esta normativa a las relaciones laborales y –por mayoría-, confirmó la sentencia de cámara que había admitido el amparo de los trabajadores, representantes sindicales de una entidad simplemente inscripta. En consecuencia, declaró nulo los despidos y ordenó la reinstalación en los puestos de trabajo, con fundamento en la conducta discriminatoria de la empleadora, quien a su vez había despedido a los actores como represalia por la creación de una entidad sindical.

Por otro lado, la reforma constitucional argentina de 1994, a través de su artículo 75 inciso 22, no sólo dejó claro que todos los tratados internacionales tienen una jerarquía superior a las leyes, sino que algunos referidos a derechos humanos tienen igual jerarquía que la Constitución (Ábalos, 2014).

Con la aludida reforma, obviamente se ha ampliado el marco de garantías que aseguran el tratamiento igualitario y no discriminatorio, contenido originariamente en la ley 20.744/74 y posteriormente enriquecido por la ley 23.592/88. Ello se ha logrado directamente a través de normas incorporadas en esa ocasión –tales como los artículos 37 y 75 inciso 23 de la Constitución Nacional-, e indirectamente por el contenido de los instrumentos internacionales que revisten jerarquía constitucional o de los convenios de la Organización Internacional del Trabajo ratificados por nuestro país, cuyas normas tienen jerarquía superior a las leyes.

Ello sin olvidar lo dispuesto por la ley 25.212/99, denominada “Pacto Federal del Trabajo”, que establece un nuevo régimen unificado de sanciones laborales, e incorpora entre las infracciones consideradas “muy graves” a las que deriven de actos del empleador considerados discriminatorios.

Así, el principio de igualdad de trato y prohibición de discriminación, encuentra regulación en la siguiente normativa internacional:

a. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá, 1948). Artículo II: “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna”.

b. Declaración Universal de Derechos Humanos (Asamblea General de Naciones Unidas, 1948). Artículo 2: “1. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”.

c. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 1966). Artículo 2.1: “Cada uno de los Estados partes en el presente Pacto se compromete a respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

d. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Nueva York, 1966). Artículo 2.2: “Los Estados partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

e. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Nueva York, 1967). Artículo 5: “En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el art. 2 de la presente Convención, los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico”.

f. Convención Americana sobre Derechos Humanos (San José, Costa Rica, 1969). Artículo 1 (Obligación de respetar los derechos):

1. Los estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

g. Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Naciones Unidas, 1979). Artículo 11.1: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la

mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar a la mujer, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos”.

h. Convención sobre los Derechos del Niño (Naciones Unidas, 1989).

Artículo 2:

1. Los Estados partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

Asimismo, existen documentos de la Organización Internacional del Trabajo sobre el tema, entre los cuales cabe mencionar los Convenios 100 (relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra femenina y la mano de obra masculina por un trabajo de igual valor, ratificado mediante decreto-ley 11.595/56) y 111 (relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, ratificado por ley 17.677/68).

Se ha sostenido que la formulación genérica de la discriminación efectuada por el artículo 1 de la ley 23.592/88, como una lesión arbitraria a derechos de rango constitucional, difiere de la técnica empleada por los Tratados Internacionales incorporados al texto constitucional que, en lugar de emplear una fórmula general, han optado por describir la discriminación a partir de una enumeración de móviles discriminatorios (Elías, 2014).

Sin embargo, la realidad muestra que el mencionado texto legal es de una utilidad innegable a la hora de tratar situaciones de discriminación en el despido, y prueba de ello es la profusa elaboración doctrinaria y jurisprudencial en torno a este tema.

Sólo a título ejemplificativo, se menciona como situaciones más expuestas al despido discriminatorio, el activismo sindical, motivos de salud, la edad, las represalias por reclamos o actividad judicial, etcétera (Elías, 2014).

Ahora bien, en el ámbito específico del derecho laboral, la igualdad de trato y prohibición de discriminación deben ser compatibilizadas con las facultades de

dirección y control propias de la patronal, por lo que, la garantía constitucional de igualdad no es absoluta, sino relativa y está referida a una igualdad en igualdad de circunstancias (Grisolía, 2011). En consecuencia, si el trato dispensado por el empleador es diferenciado y responde a razones o circunstancias no objetivas, estaremos frente a una situación de discriminación, violatoria del artículo 16 de la Constitución Nacional (Livellara, 1995).

En general, el despido discriminatorio es aquel cuyo motivo no está vinculado a la funcionalidad de la empresa ni a la laboriosidad o eficiencia del trabajador sino que su móvil son prejuicios irracionales sobre ciertos grupos, categorías o situaciones protegidos por el sistema legal antidiscriminatorio, para evitar que se vulnere el derecho a la igualdad de trato o de oportunidades (Karpiuk, 2016).

Como ya adelantamos, la actividad sindical del trabajador, puede eventualmente constituirse como una causal de despido discriminatorio (Guibourg, 2015), que resulta lesivo de la libertad sindical, entendida como un conjunto de garantías jurídicas que tienden a asegurar a los trabajadores y sus organizaciones la posibilidad de asociarse y desarrollar actividades en defensa de sus intereses profesionales sin interferencia ni obstrucción de los gobiernos o de los empleadores (Rial, Machado y De Manuele, 2011).

La libertad sindical se encuentra prevista en el artículo 14 bis de nuestra Constitución Nacional, que garantiza al trabajador "...la organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial...", normativa que se complementa con los Convenios 87 (1948) y 98 (1949), ambos de la Organización Internacional del Trabajo.

La importancia que revisten estos instrumentos internacionales en el tema radica en que ambos contienen los elementos esenciales para la creación, administración y funcionamiento de las organizaciones de empleadores y de trabajadores, por lo que debe entenderse que dichos convenios se complementan. En efecto, mientras el primero establece principios y garantías relativos al derecho de sindicación frente al Estado, el segundo protege especialmente a los trabajadores y sus organizaciones frente a los

empleadores en lo que se refiere al ejercicio de los derechos sindicales (Ackerman, 2007).

A nivel procesal, la libertad sindical cuenta con la herramienta de protección del amparo sindical previsto en el artículo 47 de la ley 23.551/88 de Asociaciones Sindicales, que consiste en una acción judicial para obtener de manera rápida el cese de todo comportamiento que la obstruya y puede ser ejercido por cualquier trabajador u organización sindical (Rial, Machado y De Manuele, 2011). De acuerdo con tal normativa,

Todo trabajador o asociación sindical que fuere impedido u obstaculizado en el ejercicio regular de los derechos de la libertad sindical garantizados por la presente ley, podrá recabar el amparo de estos derechos ante el tribunal judicial competente, conforme al procedimiento sumarísimo establecido en el artículo 498 del Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Nación o equivalente de los códigos procesales civiles provinciales, a fin de que éste disponga, si correspondiere, el cese inmediato del comportamiento antisindical.

En este contexto, el derecho de huelga se erige como una de las expresiones del ejercicio de la libertad sindical, tutelado tanto por el artículo 14 bis de la Constitución Nacional que garantiza a los gremios "...concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga..."; como también por el artículo 5 inciso d) de la ley 23.551/88 de Asociaciones Sindicales que establece como uno de sus derechos el de "...negociar colectivamente, el de participar, el de huelga y el de adoptar demás medidas legítimas de acción sindical..." (Arese, 2011).

El ejercicio de esta facultad se enmarca dentro del derecho de los conflictos colectivos, entendido como conjunto de principios y normas sustanciales y procesales que regulan las controversias colectivas de trabajo. En este sentido, se señala que la expresión "conflicto" es indicativa de un problema, algo que es materia de discusión o controversia entre los trabajadores como colectividad y la parte empresaria y que, ante el fracaso de la negociación colectiva sobre las condiciones de trabajo, puede dar lugar a la adopción de este tipo de vía de hecho, lo que genera un malestar mayor entre ambas partes de la relación laboral (Arese, 2011).

Por tal motivo, no es de extrañar que este panorama de tensión, eventualmente pueda servir de base para producir el despido discriminatorio de los trabajadores que ejercen sus derechos sindicales.

En este punto, el tema de la titularidad del derecho de huelga posee una trascendencia destacable, ya que, según señala Rodríguez Mancini (2017), en la realidad argentina proliferan los conflictos laborales que escapan a las reglas tradicionales, pues los sujetos activos no son los que la legislación contempla. Existen grupos, listas, seccionales disidentes, etcétera que promueven paros, ocupaciones, u otras manifestaciones de paralización de actividad laboral que provocan conflictos que no terminan siempre en acuerdos y que originan medidas disciplinarias y despidos que luego son cuestionados mediante la vía judicial.

Nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, tuvo la oportunidad de expedirse sobre el tópico, en la causa “Orellano, Francisco Daniel c/ Correo Oficial de la República Argentina SA s/ juicio sumarísimo” (2016) y determinó que la titularidad del derecho de huelga y las medidas de acción directa asimiladas a ella, corresponde a los sindicatos con personería gremial y a las asociaciones sindicales simplemente inscriptas, no así a los grupos informales de trabajadores.

Sin embargo, no se analizó el tema principal planteado desde el principio de la causa por el actor, relativo al despido discriminatorio sufrido como consecuencia de su actividad sindical.

Cabe destacar que, idéntica decisión fue replicada contemporáneamente en las causas “Brindisi, Ricardo Gabriel c/ Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/ juicio sumarísimo”; “Conte, Maximiliano c/ Correo Oficial de la República Argentina SA s/ juicio sumarísimo” y “Defilippis, Fernando Javier Correo Oficial de la República Argentina SA s/ juicio sumarísimo”, a cuyos fundamentos se remitió en lo pertinente el Alto Tribunal Nacional, por razones de brevedad.

Asimismo, fue posteriormente reproducida en los autos “Lafuente, César Roberto c/ Correo Oficial de la República Argentina SA s/ otros reclamos-nulidad de acto discriminatorio”, con idénticos fundamentos.

La solución generó opiniones encontradas en la doctrina, por lo que se consideró un cambio de postura respecto de la decisión tomada en materia de despido discriminatorio por actividad sindical, a partir de lo resuelto en la mencionada causa “Álvarez” y los fallos que le sucedieron.

A casi nueve años de aquel decisorio, la Corte Suprema volvió a expedirse sobre el tópico, en la causa “Varela, José Gilberto c/ Disco S.A. s/ amparo sindical” (2018), en donde –también por mayoría- no sólo ratificó su postura expuesta en el fallo citado, sino que además amplió la fundamentación para este tipo de reclamos, al destacar el estándar probatorio utilizado en otros precedentes anteriores relevantes, tal como sucedió en el fallo “Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/amparo” (2011).

De tal manera, respecto de la particular decisión tomada por nuestro Máximo Tribunal en la causa “Orellano”, Sappia destaca que no es casual, sino que se encuentra en la misma línea de pensamiento iniciada por la propia Corte Suprema en el caso “Asociación Trabajadores del Estado c/ Ministerio de Trabajo s/ Ley de Asociaciones Sindicales” (2008), cuya solución revela la intención deliberada de contribuir, como órgano político, a la modificación del modelo sindical argentino, que se encuentra en un evidente estado de crisis (Sappia, 2010). Cabe recordar que se trata del primero de los casos trascendentes en materia de derecho colectivo que resolvió la Corte Nacional, mediante el cual se declaró la inconstitucionalidad del artículo 41 apartado a) de la ley 23.551/88, por considerar a dicha normativa, violatoria de la libertad sindical, en cuanto dispone que, para ser delegado de personal se requiere estar afiliado a la respectiva asociación sindical con personería gremial y ser elegido en comicios convocados por ésta.

Respecto del tema central involucrado, relativo al despido discriminatorio del actor -representante sindical de una asociación simplemente inscripta- sobre el que la

Corte en el fallo “Orellano” no se expidió, se plantea el interrogante sobre cuál es la real motivación de dicho precedente, o dicho de otra manera, qué papel juega frente a otras sentencias, que sobre el tema dictó el mismo Tribunal.

Desde este punto de vista cabe desentrañar si tal decisorio podría constituir un cambio de criterio respecto de la postura que venía sosteniendo en materia de despido discriminatorio por actividad sindical a partir de lo resuelto en “Alvarez”, o sólo se trataría de una excepción a la misma.

O si, desde otra perspectiva, lo resuelto en “Orellano”, podría efectivamente tratarse de una contribución de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con el fin de impulsar la transformación del llamado “modelo sindical argentino” regulado en la ley 23.551/88, tal como lo ha hecho al pronunciarse en el caso “Asociación Trabajadores del Estado” y los fallos posteriores.

CAPÍTULO 1: LA LIBERTAD SINDICAL

No resulta tarea sencilla elaborar una definición suficientemente completa y abarcativa de lo que debe entenderse por libertad sindical. Ello se debe a que su contenido suele verse condicionado por las decisiones de política legislativa, de acuerdo con los distintos momentos históricos por los que atraviesa cada país. Sin embargo, es posible ensayar en forma amplia una definición, cuya utilidad práctica es otorgar un marco referencial que nos acerque al contenido concreto en el que se manifiesta la libertad sindical en nuestro ordenamiento jurídico (Recalde, 2017).

Por lo tanto, intentaremos, desde la doctrina, aproximarnos a un concepto general, para luego efectuar un abordaje desde la normativa nacional e internacional que regula la materia.

1.1. Concepto

De acuerdo con una postura tradicional, por libertad sindical se entiende el conjunto de poderes individuales y colectivos, que aseguran la independencia de sus respectivos titulares en orden a la fundación, organización, administración y gobierno y actividad externa (actividad sindical) de las asociaciones profesionales de trabajadores (López, 2014).

También se ha intentado definirla como conjunto de garantías jurídicas tendentes a asegurar a los trabajadores y sus organizaciones que podrán asociarse y desarrollar actividad en defensa de sus intereses profesionales sin interferencia ni obstrucción de los gobiernos o de los empleadores (Rial, Machado y De Manuele, 2011).

De acuerdo con lo expresado por Ojeda Avilés (1995) citado por Recalde (2017) es “el derecho fundamental de los trabajadores a agruparse establemente para participar de la ordenación de las relaciones productivas” (p. 91). Mientras que, según entiende Palomeque López y Álvarez de la Rosa (1999), citado por el mismo autor, es “el derecho de los trabajadores a fundar sindicatos y a afiliarse a los de su elección, así

como el derecho de los sindicatos al ejercicio libre de las funciones que le son atribuidas constitucionalmente para la defensa de los intereses del trabajo asalariado” (p. 91).

Según postula Etala (2007, p. 61), es “el conjunto de derechos, potestades, privilegios e inmunidades otorgados por las normas constitucionales, internacionales y legales a los trabajadores y las organizaciones voluntariamente constituidas por ellos, para garantizar el desarrollo de las acciones lícitas destinadas a la defensa de sus intereses y al mejoramiento de sus condiciones de vida y de trabajo”

Como puede advertirse, no existe acuerdo en la doctrina sobre la expresión que debe utilizarse para definir a la libertad sindical, la que resulta finalmente descripta como “poder”, “garantía”, “derecho”, etcétera.

Sin embargo, en este punto entendemos, que resulta más apropiado concebir a la libertad sindical como un derecho subjetivo, comprensivo de la dimensión individual y colectiva, con la específica finalidad de crear asociaciones sindicales para la promoción y defensa de los intereses colectivos.

Por otra parte, la configuración de la libertad sindical como un verdadero derecho subjetivo, supone una situación particular en que se encuentra una persona o conjunto de personas en relación al derecho objetivo (Ackerman, 2007).

Tal concepción, entendemos, es la que mejor se conjuga con la protección de este derecho, a nivel internacional y nacional, de acuerdo con la legislación vigente.

1.2. Contenido

Creemos relevante la referencia al contenido de la libertad sindical, desde que el mismo está relacionado con las diversas modalidades de concreta manifestación o materialización de la misma.

La postulación de la libertad sindical como derecho subjetivo, nos advierte acerca de su complejidad, debido a la doble dimensión de su contenido, compuesto por

un lado, por las expresiones individuales de los trabajadores y de los empleadores; y por otro, por las expresiones colectivas propias de la organización sindical constituida (Ackerman, 2007).

1.2.1. Ámbito individual

Desde este punto de vista podemos apreciar a la libertad sindical en su doble dimensión positiva y negativa, desde que consiste en la posibilidad de afiliarse a un sindicato, no afiliarse o desafiliarse.

En una concepción amplia, Ackerman (2007, p. 47) la conceptualiza como el derecho “a crear organizaciones sindicales, a afiliarse, no afiliarse o desafiliarse a ellas y a desarrollar todas las acciones que resulten necesarias para el ejercicio de tales derechos y para la defensa y promoción de sus intereses colectivos, sin interferencias ni necesidad de autorización previa”.

Nos interesa destacar la faceta individual positiva de la libertad sindical, por estar referida al derecho al desarrollo de acciones sindicales sin obstáculos o limitaciones en su ejercicio. Aparecen, entonces, conductas unipersonales surgidas de la libre determinación del sujeto y que se encuentran directamente encaminadas a la realización de lo que se conoce como “activismo sindical”.

Como ejemplos concretos podemos mencionar el derecho a constituir asociaciones sindicales, afiliarse a las ya existentes, participar en la vida interna de una asociación sindical, permanecer en la afiliación, no ser discriminado, etcétera.

En contraposición, la faceta negativa, consistente en la posibilidad de no afiliarse a una organización sindical y/o desafiliarse de ella, se trata de una libertad ejercida frente al sujeto colectivo. Por lo que debe tenerse en cuenta que, su aceptación o rechazo depende del límite que se admita a la prevalencia del interés colectivo en su relación con los derechos individuales de los trabajadores y de los empleadores (Ackerman, 2007).

1.2.2. Ámbito colectivo

La expresión colectiva de la libertad sindical tiene como sujeto a la propia entidad sindical y consiste en “el derecho de las organizaciones de empleadores y de las de trabajadores a crear organizaciones de grado superior, nacionales o internacionales, a afiliarse, no afiliarse o desafiliarse de ellas, y a desarrollar sus actividades sindicales de gestión interna y externa sin interferencias” (Ackerman, 2007, p. 53).

De acuerdo con este autor, también cabe aquí distinguir una dimensión positiva y otra negativa. La primera de ellas está representada por la autonomía en sentido amplio, que supone la independencia y autodeterminación de la organización para desarrollar sus actividades con exclusión de toda injerencia o interferencia de sujetos públicos o privados. Por otro lado, es posible enunciar como libertad negativa en sentido estricto – derecho a no hacer-, la facultad de las entidades sindicales, de no afiliarse a una entidad de grado superior –nacional o internacional- y a desafiliarse de ella.

1.3. Marco normativo

Según se ha señalado, la libertad sindical constituye el pilar sobre el que se asienta el reconocimiento formulado en las sociedades democráticas y pluralistas a las organizaciones corporativas de trabajadores que se consideran contemporáneamente necesarias para el logro del bienestar general (Simón y Ambesi, 2014).

Por lo que, creemos que, en tanto la libertad sindical es necesaria para que la organización sindical cumpla con la función social en aras de lograr un bien común, su análisis no puede efectuarse sin tener en cuenta el marco jurídico concreto, que en nuestro país constituye lo que se conoce como “modelo sindical argentino”.

1.3.1. Constitución Nacional

a. La Constitución de 1853. El artículo 14

El texto constitucional sancionado no tuvo referencias explícitas en materia de libertad sindical, en tanto en esa época, la discusión radicaba en las garantías individuales y la consolidación de un régimen republicano de gobierno. Sin embargo, cabe mencionar el artículo 14 de este texto original, considerado la piedra angular del sistema liberal adoptado, al constituir la consagración normativa del respeto a la libertad y dignidad de la persona. Ello por cuanto reconoció, entre otros derechos constitucionales, al de “asociarse con fines útiles” y estableció así, el derecho de asociación como un derecho natural de todo ser humano (Rial y De Manuele, 2019).

Señala Bidart Campos (1998), que el concepto de “utilidad” debe interpretarse como referido a un fin no dañino para el bien común, es decir, neutro o inofensivo.

El mismo autor distingue dos aspectos que comprende este derecho: por un lado, el derecho individual que implica reconocer a las personas físicas la libertad de formar una asociación o ingresar a una asociación ya existente (faz positiva); no ingresar a una asociación o dejar de pertenecer a una asociación de la que se es socio (faz negativa). Por otro lado, el derecho de la asociación como tal, que implica reconocerle a ésta un status jurídico y una zona de libertad jurídicamente relevante en la que no se produzcan interferencias arbitrarias del estado.

En virtud de ello, consideramos a esta norma como un antecedente muy importante en materia de asociaciones sindicales, máxime si se tiene en cuenta que la misma fue mantenida en la reforma constitucional que con posterioridad adicionó a nuestra Carta Magna el artículo 14 bis.

b. La Constitución de 1949

Estimamos de interés mencionar esta reforma constitucional como dato histórico, al haber sido derogada por el proceso militar. En su momento, significó el reflejo de las llamadas “corrientes sociales”, impulsadas por el gobierno justicialista a cuyo frente se

encontraba Juan Domingo Perón y de ahí que también se la conozca en forma coloquial como la “constitución peronista”.

En lo que aquí interesa, se incorporó al texto de 1853, un capítulo denominado “Derechos del trabajador, de la familia, de la ancianidad, de la educación y de la cultura”, en el cual en el artículo 37 se introdujeron los derechos sociales. Según lo expresado en el Diario de Sesiones por Sampay (1949) citado por Rial y De Manuele (2019), “la libertad sindical queda reconocida expresamente como instrumento básico de la defensa de los intereses gremiales garantizados por la reforma constitucional. El derecho de huelga es un derecho natural del hombre en el campo del trabajo, como es el de la resistencia a la opresión en el campo político” (p. 61).

Como anticipamos, el régimen militar denominado “Revolución Libertadora” derrocó al gobierno peronista y con él, varias disposiciones entre las que se encontraba la mencionada constitución. A través de una proclama militar de fecha 27 de abril de 1956, el gobierno de facto ordenó “restablecer el texto constitucional de 1853, con las reformas de 1860, 1866 y 1898”, y llegaba así a su fin el primer intento de constitucionalismo social en nuestro país (Rial y De Manuele, 2019).

c. La reforma constitucional de 1957. El artículo 14 bis

A instancias del gobierno de facto imperante, se institucionalizó en nuestra Carta Magna, los llamados “derechos sociales” a través del “artículo nuevo”, que posteriormente se transformaría en el artículo 14 bis, además de la incorporación en el artículo 67 inciso 11, de la facultad del Congreso para sancionar un Código del Trabajo y la Seguridad Social. Ello constituyó sin duda un hito de relevancia en la consolidación del constitucionalismo social y el reconocimiento de los derechos políticos y gremiales de los trabajadores, a fin de desterrar la exclusividad de los derechos individuales y la concepción individualista del estado (Rial y De Manuele, 2019).

Es importante recordar en este aspecto, que el artículo 14 de nuestra Carta Magna original, respondía al constitucionalismo clásico o moderno, surgido a fines del

siglo XVIII con la independencia de las colonias inglesas de Norteamérica y con la constitución de los Estados Unidos tuvo el carácter de una reacción contra el absolutismo monárquico y colocó a los derechos individuales frente a un estado que debía abstenerse de violentarlos. Mientras que, el artículo 14 bis puso de manifiesto las transformaciones sociales que se iniciaron en el siglo XX con el constitucionalismo social, cuya primera expresión fue la constitución de Querétaro de 1917. En este nuevo orden, el estado deja de cumplir el rol de mero policía para transformarse en un estado de bienestar social, que no sólo respeta los derechos individuales, sino que también los promueve. Lejos de realizar amputaciones al constitucionalismo clásico, el constitucionalismo social lo completa y amplía, porque a los clásicos derechos civiles o individuales les agrega los derechos sociales, que ahora se desglosan en económicos, sociales y culturales (Bidart Campos, 1998).

Nos permitimos la transcripción textual de este autor, porque creemos que resume con claridad el cambio de paradigma que se vio reflejado en los artículos 14 y 14 bis de nuestra Constitución Nacional:

La democracia liberal pasa a ser democracia social; el estado liberal avanza hacia el estado social (o social y democrático de derecho); la igualdad formal ante la ley adiciona la igualdad real de oportunidades; los derechos ya no van a quedar satisfechos solamente con el deber de abstención u omisión a cargo del sujeto pasivo, sino que muchos de ellos van a ser derechos de prestación, de crédito o de solidaridad, en reciprocidad con obligaciones de dar y de hacer por parte del sujeto pasivo, y el estado no limitará su papel frente a los derechos en el reconocimiento, el respeto y la tutela, sino que deberá además promoverlos, es decir, moverlos hacia adelante para hacer posible su disponibilidad y su acceso a favor de todas las personas, especialmente de las menos favorecidas (p. 475).

Comienza el artículo 14 bis con la frase “el trabajo en todas sus formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador...”, lo cual conlleva la obligación ineludible del Congreso de dictar las leyes tendientes a asegurar tales derechos (Pérez Hualde, 1995).

Entre los derechos individuales de los trabajadores consagrados en el primer párrafo, se encuentra el de “organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial”.

Según advierte con acierto Bof (1991), la organización sindical libre surge del propio reconocimiento constitucional del derecho de asociarse con fines útiles, contenido en el artículo 14 de nuestra Carta Magna, mientras que la exigencia democrática apunta fundamentalmente a la relación del trabajador con su organización gremial.

A su turno, Bidart Campos (1981) citado por Rial y De Manuele (2019), entiende que los calificativos “libre” y “democrática” significa que “por categoría profesional han de existir tantas organizaciones como los trabajadores decidan formar; que cada trabajador individualmente considerado tiene derecho de afiliarse a la organización que elija, el de no afiliarse a ninguna o el de desafiliarse y, asimismo, que la estructuración interna de las organizaciones debe ser, en sus cuadros, en su elección y renovación de autoridades, en la actividad de sus miembros, etc., libre y democrática” (p. 65).

Respecto del reconocimiento de la asociación sindical por la simple inscripción en un registro especial, nuestra actual ley de asociaciones profesionales, dispone ciertos requisitos para el otorgamiento de la personería gremial, que van más allá de la “simple inscripción en un registro especial”. De tal manera que la concesión de la personería gremial otorga una mayor capacidad gremial y se mantiene el derecho a la simple inscripción para su reconocimiento, pero con una capacidad de actuación menor (Bof, 1991).

El segundo párrafo del artículo está referido a los derechos de las asociaciones sindicales, tanto de los gremios como de los representantes gremiales.

El tema de las garantías de los representantes sindicales y su estabilidad en el empleo, generó un interesante debate en la Asamblea Constituyente, luego del cual se impuso la garantía de estabilidad propia, según la cual, no es sustituible, a criterio del empleador, la reinstalación por una suma indemnizatoria. Tal es la interpretación que cabe otorgar al término “estabilidad”, que coincide con el alcance en el ámbito del derecho del trabajo, es decir, el empleador no puede disponer la ruptura del contrato de trabajo sin que existan causas que justifiquen la disolución. En consecuencia, la violación a tal prohibición otorga al representante acción para petitionar la reinstalación

en su puesto de trabajo, con más los salarios caídos desde el despido hasta el reintegro (Bof, 1991).

d. La reforma constitucional de 1994. Los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos

Nacida del acuerdo político de las dos principales organizaciones partidarias del momento, el Partido Justicialista y la Unión Cívica Radical, denominado primero “Pacto de “Olivos” y luego “Pacto de la Rosada”, la Convención estableció importantes reformas al texto constitucional, y lo convirtió en un moderno cuerpo normativo de avanzada (Rial y De Manuele, 2019).

Así, las atribuciones del Congreso que antes se encontraban en el artículo 67 inciso 11, pasaron a integrar el inciso 12 del artículo 75, de tal manera que se facultó a ese cuerpo a dictar, entre otros, el Código del Trabajo y Seguridad Social, “en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según las cosas, o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones”.

Pero sin duda, uno de los aspectos más trascendentes y significativos de esta reforma, fue la constitucionalización de los tratados y declaraciones internacionales referidos a los derechos humanos, a través de su inclusión en el texto del artículo 75 inciso 22 de la Carta Magna (Livellara, 2003), según el cual le corresponde al Congreso:

Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos

o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

De tal manera, no sólo quedó claro que todos los tratados tienen una jerarquía superior a las leyes, sino que, además, once instrumentos internacionales referidos a derechos humanos, en las condiciones de su vigencia, tienen igual jerarquía que la Constitución. Además, tal como menciona el propio texto legal, estos tratados no derogan ningún artículo de la primera parte del texto constitucional, sino que deben entenderse como un complemento de los derechos y garantías allí reconocidos.

En tal sentido, se advierte que, la reforma de 1994 varió considerablemente la “pirámide” de Kelsen que dejó de ser tal para convertirse en un “trapecio” con la cúspide ocupada por más de una norma jurídica (Ábalos, 2014).

Podemos entonces concluir que la supremacía ejercida sobre el resto del ordenamiento jurídico por la Constitución Nacional en virtud de su artículo 31, a partir de esta reforma, es compartida por los citados instrumentos internacionales sobre derechos humanos, que se encuentran al mismo nivel que el propio ordenamiento constitucional.

Es importante destacar que no sólo se inviste de jerarquía constitucional a los tratados sobre derechos humanos mencionados en forma taxativa en el artículo 75 inciso 22, sino que la propia normativa prevé la incorporación posterior de otros instrumentos internacionales sobre derechos humanos, a través de un procedimiento especial en el Congreso, a fin de lograr también, tal jerarquía.

Por tal motivo, Bidart Campos (1998) interpreta que toda la constitución (su primera parte más el resto del articulado) en común con los once instrumentos

internacionales sobre derechos humanos de jerarquía constitucional (más los que la adquieran en el futuro) componen el “bloque de constitucionalidad federal” que, por un lado tiene una igual supremacía sobre el derecho infraconstitucional, y por el otro forman una cabecera en la que todas sus normas se encuentran en idéntico nivel entre sí.

Lo cierto es que, en relación al orden de prelación normativa, a partir de la reforma constitucional de 1994, por encima de las leyes del Congreso se encuentran los tratados internacionales incluidos los de integración, y con jerarquía constitucional los de derechos humanos enumerados en el inciso 22 del artículo 75 y los que se han incorporado con posterioridad (Ábalos, 2016).

De acuerdo con la sistematización que realiza Góngora Mera (2007), citado por Seco (2018), la nueva jerarquía normativa que surge de la Carta Magna es la siguiente:

(i) Constitución y tratados internacionales de derechos humanos con rango constitucional (artículo 75, inciso 22, párrafos 2 y 3);

(ii) Otros tratados internacionales ratificados por Argentina, v. gr. concordatos, tratados de integración, convenios de la Organización Internacional del Trabajo ratificados, etcétera (artículo 75, inciso 22, párrafo 1);

(iii) Leyes nacionales del Congreso (artículo 28), reglamentos del Poder Ejecutivo (artículos 76 y 99, inciso. 3, párrafos 2, 3 y 4);

(iv) Decretos reglamentarios del Poder Ejecutivo (artículo 99, inciso 2);

(v) Derecho local (artículos 5, 31, 123 y 129).

Según indica Plá Rodríguez (1994), citado por Livellara (2003), los “derechos humanos” o derechos fundamentales del hombre, presentan un doble componente:

a) que es un derecho que pertenece a todos los hombres, o sea, que todo hombre posee por el sólo hecho de ser hombre, sin necesidad de ningún calificativo, condicionante o exigencia adicional y que debe reconocérselo a todos los hombres sin ninguna excepción, y b) que es un derecho que deriva de la condición de hombre, por lo que debe ser reconocido y respetado por el propio legislador (p. 9).

De allí que, según observa Barra (1994), citado por Livellara (2003) “la constitucionalización del reconocimiento de los derechos humanos pone de manifiesto la importancia que la conciencia jurídica universal ha dado a los mismos, al garantizarlos a toda persona, por el solo hecho de serlo” (p. 24).

Resulta de interés memorar lo expuesto en tal sentido por la propia Convención Constituyente de Santa Fe:

Los derechos humanos son la expresión directa de la dignidad de la persona humana, conforman una obligación para todos, *erga omnes*, y todo Estado debe estar jurídicamente interesado en la protección del derecho del hombre. El Estado no puede sustraerse de su responsabilidad con el pretexto de que es un ámbito – esencialmente- de su competencia nacional, con un concepto antiguo de la soberanía, porque, de lo que se trata, es de la protección internacional. La persona es el sujeto del Derecho Internacional (Cafiero y Barbagelata, 1997, citado por Livellara, 2003, p. 24).

Varios de los instrumentos internacionales constitucionalizados por la reforma de 1994, y que hoy integran el bloque de constitucionalidad federal, revisten trascendencia para el derecho colectivo del trabajo, al reconocer como derechos humanos con jerarquía constitucional, tanto al de asociación, como al de sindicación, base precisamente, para el ejercicio de la libertad sindical. Ellos son los siguientes:

(i) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá, 1948): En su Artículo II (Derecho a la igualdad ante la ley) dispone: “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna”. Mientras que según su Artículo XXI (Derecho de reunión), “Toda persona tiene el derecho de reunirse pacíficamente con otras en manifestación pública o en asamblea transitoria, en relación con sus intereses comunes de cualquier índole”. Finalmente su Artículo XXII (Derecho de asociación) completa la normativa de la siguiente forma: “Toda persona tiene el derecho de asociarse con otras para promover, ejercer y proteger sus intereses legítimos de orden político, económico, religioso, social, cultural, profesional, sindical o de cualquier otro orden”.

(ii) Declaración Universal de Derechos Humanos (Asamblea General de Naciones Unidas, 1948): De acuerdo con su Artículo 23, “4. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses”.

(iii) Convención Americana sobre Derechos Humanos (San José de Costa Rica, 1969): En su Artículo 15 (Derecho de reunión) “Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas...”, mientras que de acuerdo con lo dispuesto en su Artículo 16 (Libertad de asociación),

1. Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquier otra índole. 2. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás. 3. Lo dispuesto en este artículo no impide la imposición de restricciones legales, y aún la privación del ejercicio del derecho de asociación, a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía.

(iv) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Nueva York, 1966): Según el Artículo 6, “1. Los Estados Partes en el presente pacto reconocen el derecho a trabajar que comprende el derecho de toda persona de tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho...”, mientras que de acuerdo con el Artículo 7 “Los Estados Partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias...”. De acuerdo con el Artículo 8,

1. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar: a) El derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales. No podrán imponerse otras restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos; b) El derecho de los sindicatos a formar federaciones o confederaciones nacionales y el de éstas a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas; c) El derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público o para la protección de los derechos y libertades ajenos; d) El derecho de huelga, ejercido

de conformidad con las leyes de cada país. 2. El presente artículo no impedirá someter a restricciones legales el ejercicio de tales derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la administración del Estado. 3. Nada de lo dispuesto en este artículo autorizará a los Estados Partes en el convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948 relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación a adoptar medidas legislativas que menoscaben las garantías previstas en dicho convenio o a aplicar la ley en forma que menoscabe dichas garantías.

(v) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 1966): El Artículo 22 reza:

1. Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses. 2. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás. El presente artículo no impedirá la imposición de restricciones legales al ejercicio de tal derecho cuando se trate de miembros de las fuerzas armadas y de la policía. 3. Ninguna disposición de este artículo autoriza a los Estados Partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948, relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación, a adoptar medidas legislativas que puedan menoscabar las garantías previstas en él ni a aplicar la ley de tal manera que pueda menoscabar esas garantías.

(vi) Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (Nueva York, 1966): Según el Artículo 5,

En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes:...d) Otros derechos civiles, en particular: ix) El derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas; e) Los derechos económicos, sociales y culturales, en particular: i) El derecho al trabajo, a la libre elección de trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, a la protección contra el desempleo, a igual salario por trabajo igual y a una remuneración equitativa y satisfactoria; ii) El derecho a fundar sindicatos y a sindicarse....

(vii) Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Asamblea General de Naciones Unidas, 1948): Establece en su Artículo 2 que

Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones,

una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a:...c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación....

Mientras que en su Artículo 11 dispone “1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar a la mujer, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos...”.

A partir de la reforma constitucional, no cabe duda que la libertad sindical es un derecho humano fundamental, si bien cabe reconocer su carácter complejo, dado por la pluralidad de sujetos titulares individuales y colectivos cuyos intereses resultan contrapuestos, así como por el amplio contenido de derechos positivos y negativos que contiene (Las Heras, Serén Novoa, Valle y Carugo, 2019).

1.3.2. Los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo

a. Convenio 87

El 9 de julio de 1948, la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, reunida en San Francisco, aprobó el Convenio 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, instrumento ratificado por nuestro país a través de la ley 14.392/59.

El Convenio en análisis presenta la particularidad de que no sólo ostenta el carácter de jerarquía superior a las leyes, sino que adquiere también jerarquía constitucional por la remisión contenida en el artículo 8.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y por el artículo 22.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles, también llamados “convenios de Nueva York” o “doble pacto”, ambos incorporados en el artículo 75 inciso 22 de nuestra Carta Magna (Rial y De Manuele, 2019).

En estas normas de los Pactos mencionados se determina que los Estados partes en el Convenio 87, no pueden adoptar medidas legislativas que menoscaben las garantías previstas en dicho Convenio o a aplicar la ley en forma que menoscabe dichas garantías (Etala, 2012).

Observa Livellara (2003) que este Convenio adquiere así una fuerza especial, al tener una prelación en su aplicación con relación al Derecho Interno argentino, que no podrá apartarse de sus directivas, a riesgo de devenir en inconstitucional.

Asimismo se ha afirmado que, aún cuando no se compartiera el criterio del rango constitucional, el Convenio igualmente tendría jerarquía supralegal, al ser nuestro país, signatario de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, que considera como tales a aquellos celebrados en el seno de una organización internacional, como la Organización Internacional del Trabajo (Simón y Ambesi, 2014).

El Convenio aborda la libertad sindical tanto en su aspecto individual como colectivo, y además reconoce derechos tanto para los trabajadores como para los empleadores.

Según el análisis de Falchetti (1985), citado por Recalde (2017), este Convenio consagra cuatro garantías y dos cláusulas de salvaguarda, a saber:

La primera garantía está prevista en el art. 2º que otorga a los trabajadores y empleadores, sin ninguna distinción sin autorización previa, el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como de afiliarse a estas organizaciones, con la condición de observar sus estatutos. El precepto quiere excluir toda discriminación, ya sea por razones de ocupación, raza, sexo, credo, nacionalidad u opinión política, como también entre trabajadores privados y del sector público. Garantiza la plena libertad de elección, desechando en consecuencia el monopolio sindical impuesto por el Estado pero no la unidad sindical cuando ella es resultado de la voluntad de los propios interesados. Asimismo proscribire la exigencia de una autorización estatal previa para constituir sindicatos, aún cuando admite la existencia de un registro de entidades sindicales llevado por el poder público, siempre y cuando la inscripción en el mismo no sea discrecional.

La segunda garantía se refiere a la autonomía colectiva de las asociaciones de trabajadores y empleadores, y surge del artículo 3º que les reconoce el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos –aunque la ley puede prescribir sus contenidos básicos–; la libre elección de sus representantes y la organización de su administración y de sus actividades, sin perjuicio de que la autoridad estatal pueda

ejercitar un contralor financiero, siempre que no implique una injerencia arbitraria en la vida interna sindical. También garantiza este artículo 3° la formulación de su programa de acción sindical, inclusive en el ámbito político, salvaguardando la finalidad esencial de carácter profesional y la futura continuidad de la asociación.

La tercera garantía es la norma del artículo 4°, por la cual se dispone que las organizaciones de trabajadores y de empleadores no están sujetas a suspensión o disolución por vía administrativa, requiriéndose por lo tanto que medidas tan extremas estén supeditadas a un pronunciamiento judicial rodeado de todas las garantías del debido proceso.

La cuarta garantía es la consagración del derecho de los sindicatos a constituir organismos de grado superior –federaciones y confederaciones– y el de éstas a adherirse a organizaciones internacionales de trabajadores o empleadores, como expresión de la solidaridad internacional.

La primera cláusula de salvaguarda radica en el artículo 7° según el cual la adquisición de la personalidad jurídica por estas entidades no puede estar sujeta a condiciones que desnaturalicen las demás garantías otorgadas por el mismo Convenio.

La segunda cláusula de salvaguarda consiste en que los trabajadores y los empleadores o sus respectivas organizaciones, al ejercer los derechos que el Convenio les reconoce, deberán respetar la legalidad y que los Estados que lo ratifiquen no dictarán leyes ni las aplicarán de manera que se menoscaben las garantías previstas en el Convenio (p. 100/101).

b. Convenio 98

El 1° de julio de 1949, la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, reunida en Ginebra, aprobó el Convenio 98 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, el cual fue ratificado por nuestro país a través del decreto-ley 11.594/56.

Este instrumento, no sólo protege el derecho de sindicación sino además, la promoción de la negociación colectiva y sus reglas resultan complementarias del Convenio 87, de tal manera que, según Von Potobsky y Bartolomei de la Cruz (1990), citado por Ackerman (2007), mientras “el primero establece principios y garantías relativos al derecho de sindicación frente al Estado, el segundo protege, especialmente, a los trabajadores y sus organizaciones frente a los empleadores en lo que se refiere al ejercicio de los derechos sindicales” (p. 62).

De acuerdo con el esquema propuesto por Recalde (2017), el Convenio contiene dos garantías relacionadas con la discriminación antisindical por parte de los empleadores.

La primera garantía contemplada en el artículo 1º protege a los trabajadores contra todo acto discriminatorio tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con el empleo, en cuanto tienda a supeditar la contratación de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o se desafilie del mismo; o bien cuando se lo despidan o perjudique de cualquier otra manera a causa de su afiliación o participación en actividades sindicales –dentro o fuera del horario de trabajo– consentidas por el empleador. Abarca la protección tanto al momento de la contratación del trabajador como al desarrollo de la relación laboral, y contempla no sólo el despido sino otras medidas como el traslado, negativa de ascensos, retrogradación, medidas disciplinarias, restricciones en materia salarial o en otras ventajas sociales, etcétera.

La segunda garantía es la que contempla el artículo 2º: la prevención contra actos de injerencia de una organización, respecto de la constitución, funcionamiento o administración de otras, ya sea directamente o por sus miembros o agentes. La norma especifica ejemplos: fomentar la creación de sindicatos dominados por el empleador o sostener económicamente o en alguna otra forma organizaciones de trabajadores, para colocarlas bajo el control de un empleador o de una organización patronal (p. 101/102).

A su vez, en el artículo 3 el Convenio obliga a crear los “organismos adecuados a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para garantizar el respeto al derecho de sindicación definido en los artículos precedentes”.

Además, impone el deber de adoptar “las medidas adecuadas a las condiciones nacionales cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo” (artículo 4).

c. Convenio 135

Este instrumento, referido a la protección de los representantes sindicales en la empresa, fue aprobado en la Conferencia del año 1971, en Ginebra y recibió la

ratificación por la República Argentina a través de la ley 25.801/03.

Regula tanto la protección especial que debe concederse a los representantes de los trabajadores en la empresa, como las facilidades de que deben gozar para el ejercicio de sus funciones y se aplica a los representantes sindicales, nombrados o elegidos por los sindicatos o sus afiliados, como también a los representantes libremente elegidos por los trabajadores de la empresa "y cuyas funciones no se extienden a actividades que sean reconocidas en el país como prerrogativas exclusivas de los sindicatos" (artículo 3) (Von Potobsky, 2010).

Machado y Ojeda (2006) se refieren a la amplitud de la frase referida a los representantes de los trabajadores en la empresa, según la cual "deberán gozar de protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarlos", incluido el despido por su condición de tales, o por su afiliación, o por su actividad (artículo 1°). Según estos autores, pareciera que el vocablo utilizado "posee una significación más fuerte que el empleado por el Convenio de 1949 ("protección adecuada"), en tanto la eficacia sólo puede estar conectada con un grado tal de intensidad que se traduzca en la posibilidad real de ejercicio de representación".

d. Convenio 151

Está referido a las relaciones de trabajo en la administración pública, fue aprobado en la Conferencia del año 1978, en Ginebra, y recibió la ratificación por la República Argentina a través de la ley 23.328/86.

Entre sus disposiciones más relevantes, establece la extensión de la protección del derecho de sindicalización "contra todo acto de discriminación antisindical en relación con su empleo" (parte II, artículo 4.1). A continuación agrega que:

Dicha protección se ejercerá especialmente contra todo acto que tenga por objeto: (a) sujetar el empleo del empleado público a la condición de que no se afilie a una organización de empleados públicos o a que deje de ser miembro de ella; (b) despedir a un empleado público, o perjudicarlo de cualquier otra forma, a causa

de su afiliación a una organización de empleados públicos o de su participación en las actividades normales de tal organización (parte II, artículo 4.2).

Asimismo, en la parte II, artículo 5 dispone:

1. Las organizaciones de empleados públicos gozarán de completa independencia respecto de las autoridades públicas.
2. Las organizaciones de empleados públicos gozarán de adecuada protección contra todo acto de injerencia de una autoridad pública en su constitución, funcionamiento o administración.
3. Se consideran actos de injerencia a los efectos de este artículo principalmente los destinados a fomentar la constitución de organizaciones de empleados públicos dominadas por la autoridad pública, o a sostener económicamente, o en otra forma, organizaciones de empleados públicos con objeto de colocar estas organizaciones bajo el control de la autoridad pública.

e. Convenio 154

Trata sobre el fomento de la negociación colectiva, fue aprobado en la Conferencia del año 1981, en Ginebra, y recibió la ratificación por la República Argentina a través de la ley 23.544/88.

El mismo establece la extensión de la negociación colectiva, de carácter libre y voluntaria, a todas las ramas de la actividad económica, incluida la administración pública (parte I, artículo 1). En consecuencia, en su parte III, artículo 5 dispone:

1. Se deberán adoptar medidas adecuadas a las condiciones nacionales para fomentar la negociación colectiva.
2. Las medidas a que se refiere el párrafo 1 de este artículo deberán tener por objeto que: (a) la negociación colectiva sea posibilitada a todos los empleadores y a todas las categorías de trabajadores de las ramas de actividad a que se aplique el presente Convenio; (b) la negociación colectiva sea progresivamente extendida a todas las materias a que se refieren los apartados a), b) y c) del artículo 2 del presente Convenio; (c) sea fomentado el establecimiento de reglas de procedimiento convenidas entre las organizaciones de los empleadores y las organizaciones de los trabajadores; (d) la negociación colectiva no resulte obstaculizada por la inexistencia de reglas que rijan su desarrollo o la insuficiencia o el carácter impropio de tales reglas; (e) los órganos y procedimientos de solución de los conflictos laborales estén concebidos de tal manera que contribuyan a fomentar la negociación colectiva.

1.3.3. Legislación nacional

a. Antecedentes

Se ha señalado que hasta la sanción del régimen vigente, constituido por la ley 23.551/88 y su decreto reglamentario 467/88, el Estado ha regulado la materia sindical a través de cambios o intentos modificatorios que, en la mayoría de los casos fueron producto de los vaivenes políticos de nuestro país y tuvieron como finalidad principal la adopción del modelo a los intereses y objetivos del momento (Rial y De Manuele, 2019).

Por tal razón, y a fin de una mejor comprensión de la normativa actual, resulta de interés efectuar una breve reseña de la etapa evolutiva producida en nuestro país.

Según indica Etala (2007), desde la organización nacional producida en 1853 hasta 1943, se produjo una etapa de tolerancia, durante la cual las organizaciones obreras fueron mencionadas en algunas leyes referidas a otros institutos, e incluso se asignaban funciones de control sobre su cumplimiento. Tal aconteció, por ejemplo, con las leyes 8.999/12 (creación del Departamento Nacional del Trabajo), 9.148/13 (agencias de colocaciones), 11.317/24 (trabajo de mujeres y menores), 11.338/26 (trabajo nocturno en panaderías), 11.544/29 (jornada de trabajo), 12.713/41 (estatuto del trabajo a domicilio), etcétera.

b. Decreto 2.669

Dictado en 1943 por el entonces gobierno militar que derrocó al presidente Castillo, este decreto inició una etapa de reconocimiento de las asociaciones sindicales de trabajadores. Sin embargo, la norma no llegó a tener efectividad práctica, porque pretendió constituirse en una regulación completa de la constitución y funcionamiento de las organizaciones profesionales de trabajadores y de empleadores, lo que en ciertos

sectores fue interpretado como una medida de indudable filiación corporativista (Etala, 2007).

c. Decreto 23.852

Esta disposición, sancionada en 1945 mientras Perón era Secretario de Trabajo, cristalizó el modelo normativo sobre el que se estructura la actual organización sindical argentina, al implementar la distinción entre lo que hoy conocemos como “asociación sindical simplemente inscripta” y “asociación sindical con personería gremial” (López Malah, 2018).

En efecto, el decreto estableció el sistema de la entonces llamada “personalidad gremial”, que era la capacidad otorgada por el Estado a una asociación profesional de trabajadores para representar ante el Estado y los empleadores los intereses profesionales de toda la categoría profesional –trabajadores afiliados o no afiliados- en el ámbito territorial y personal reconocida por la resolución que le otorgaba la personalidad gremial (Etala, 2007).

Respecto de la adquisición de la “personalidad gremial”, el artículo 9 disponía que en caso de existir un sindicato con personalidad gremial, sólo podrá concederse esa personalidad a otro sindicato de la misma actividad, cuando el número de afiliados cotizantes de este último, durante un período mínimo y continuado de seis meses inmediatamente anteriores a la solicitud, fuera superior al de los pertenecientes a la asociación que goce de personalidad gremial. En palabras de Krotoschin (1956), citado por Rial y De Manuele (2019), la norma introdujo “el sistema de la entidad más representativa tomado de la Organización Internacional del Trabajo, aunque con un marcado margen de discrecionalismo estatal, pues la personería gremial no era otorgada a las entidades más representativas sino a las suficientemente representativas, sin fijarse parámetros numéricos objetivos para medir dicha representatividad” (p. 88).

Cabe agregar lo dispuesto por el artículo 22, que en palabras de Etala (2007) constituyó también un rasgo característico del llamado “modelo sindical argentino” al

disponer: “No podrán obtener personería gremial ni ser inscriptas las asociaciones profesionales que se constituyan, diferencien o dominen en base a religiones, credos, nacionalidades, razas o sexos”.

d. Ley 14.250

La norma, sobre Convenios Colectivos de Trabajo, fue dictada en 1953 mientras Perón era presidente de la Nación y se encuentra en vigencia en la actualidad. Al disponer que sólo las asociaciones sindicales con personería gremial pudieran negociar convenios colectivos de trabajo, afianzó los lineamientos generales del Decreto 23.852 (López Malah, 2018).

De acuerdo con su artículo 1º, “Las convenciones colectivas de trabajo que se celebren entre una asociación profesional de empleadores, un empleador o un grupo de empleadores, y una asociación profesional de trabajadores con personalidad gremial, estarán regidas por las disposiciones de la presente ley”.

En consecuencia la ley que regula la negociación colectiva sólo reconoce a las asociaciones sindicales de trabajadores con personería gremial, la capacidad para representar a los trabajadores —tanto afiliados como no afiliados— para celebrar convenios colectivos de trabajo con los efectos obligatorios previstos por el artículo 4 de la misma ley (Etala, 2007).

e. Decreto 9.270

Fue dictado en 1956 bajo el gobierno *de facto* de Aramburu, y su objetivo principal fue desactivar la distinción entre asociación sindical simplemente inscripta y asociación sindical con personería gremial (López Malah, 2018), al que se agregó la prohibición absoluta de las asociaciones sindicales para todo tipo de actuación política (Valdovinos, 2007).

En efecto, producido el derrocamiento de Perón, el gobierno militar suspendió los derechos constitucionales, entre ellos, la derogación de la Constitución sancionada en 1949 y el Decreto 23.852, lo que significó en materia sindical el paso de un modelo de unicidad a otro de pluralidad. Sobre este régimen López (1988), citado por Rial y De Manuele (2019), señaló que, el hecho de que todas las asociaciones tuvieran los mismos derechos, creaba serias dificultades a la hora de determinar la entidad sindical autorizada para celebrar las convenciones colectivas –cuya ley no fue derogada-, “lo que se intentó solucionar mediante la institucionalización de las llamadas comisiones intersindicales, integradas por representantes de los distintos sindicatos en actividad, en representación proporcional de su cantidad de afiliados” (p. 89).

Explica Etala (2007) que este régimen intentó desmontar el aparato sindical que había constituido uno de los más fuertes respaldos del gobierno peronista, para lo cual se recurrió al modelo europeo de organización sindical, según el cual la constitución de los sindicatos era libre. De allí que la derogación del sistema de personería gremial (o unidad promocionada) suponía que todos los sindicatos iban a ser simplemente inscriptos y en pie de igualdad, sistema que, en definitiva nunca llegó a aplicarse en la práctica.

f. Decreto 3.838

También dictado en 1956 bajo el gobierno *de facto* de Aramburu, tuvo por objetivo la organización sindical libre y democrática, para lo cual declaró la necesidad de una reforma constitucional, de la cual surgió el artículo 14 bis de nuestra Carta Magna (López Malah, 2018).

g. Ley 14.455

En el año 1958 y durante el gobierno de Arturo Frondizi, se dictó esta normativa cuyo objetivo era instalar la idea fuerza de sindicato más representativo, al implementar

nuevamente el régimen legislativo construido durante el primer y segundo gobierno de Perón (López Malah, 2018).

En efecto, se ha señalado que esta ley fue un producto del acuerdo del gobierno imperante con el general Perón (en el exilio) y significó un retorno al sistema de personería gremial, cuya autoridad de aplicación era el Ministerio de Trabajo de la Nación. Según López (1988), citado por Rial y De Manuele (2019), se eliminó “el margen de discrecionalismo estatal, pues la personería gremial era otorgada a la entidad más representativa, la que sólo podía perder la personería si era superada por otra entidad con mayor cantidad de afiliados cotizantes” (p. 90).

En opinión de Valdovinos (2007), la ley restableció el sistema de personería gremial introducido por el Decreto 23.852, pero procuró su perfeccionamiento. Así creó un recurso jurisdiccional especial para ante la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, en caso de revocatoria, no reconocimiento o denegatoria tácita de la personería gremial. También formuló criterios más objetivos de reconocimiento de la misma, a través de la utilización del concepto de “más representativo” en lugar del ambiguo “suficientemente representativo”. Igualmente dispuso del derecho de todos los trabajadores a afiliarse y acrecentó los recaudos protectorios de la libertad sindical frente al Estado y los empleadores.

h. Decreto 969

La norma, reglamentaria de la ley 14.455/58, fue dictada en 1966 bajo el gobierno de Arturo Illia y pretendió introducir parámetros objetivos para el reconocimiento de la personería gremial (López Malah, 2018), sin embargo, se incurrió en un exceso reglamentario absurdo, que terminó por vulnerar la libertad sindical (Etala, 2007).

En efecto, señala Valdovinos (2007), que el pretendido decreto reglamentario desnaturalizó por completo a la norma legal, al avanzar sobre materias que aquélla no regulaba, por ejemplo, limitó el ámbito territorial de las organizaciones sindicales de

primer grado al de las provincias o la Capital Federal de modo que imposibilitaba la existencia de uniones de alcance nacional, reguló minuciosamente el contenido estatutario y condicionó extremadamente el derecho de huelga.

i. Ley 20.615

Fue sancionada en 1973, bajo el tercer gobierno de Perón e intentó mantener el modelo basado en la personería gremial, por lo que limitó la injerencia del Estado para su cancelación o suspensión, ya que debía hacerlo en el marco de un proceso (López Malah, 2018).

Rial y De Manuele (2019) refieren que, con el retorno democrático y del peronismo al poder, después de dieciocho años de proscripción, se sancionó un nuevo régimen sindical que significó una continuidad del sistema de la ley 14.455 con modificaciones de mayor protección y beneficios a las entidades gremiales. Así, entre las particularidades del nuevo sistema, se mantuvo el de la personería gremial, la cual sólo podía otorgarse a un sindicato de empresa u oficio cuando no hubiera en la respectiva actividad una asociación de trabajadores de primer grado con ámbito territorial superior o mayor. También se contempló la estabilidad gremial de los representantes por un año, más allá de la duración de sus mandatos. Se creó el Tribunal Nacional de Relaciones Profesionales con competencia para juzgar las prácticas desleales y contrarias a la ética de las relaciones del trabajo, y además para pronunciarse sobre medidas de despido, suspensión o modificación de las modalidades de la prestación de servicios dispuesta por los empleadores en perjuicio de los representantes gremiales.

j. Ley 22.105

Esta normativa fue dictada en 1979 por la dictadura militar, años después de producido el golpe de 1976, que de inmediato suspendió el ejercicio de los derechos gremiales, intervino gremios, disolvió la Confederación General del Trabajo y muchos

militantes y dirigentes gremiales fueron víctimas de secuestros, detención y muerte. De la misma manera fue suprimido el ejercicio de las libertades y derechos constitucionales y el régimen resultó incompatible con los Convenios 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo (Rial y De Manuele, 2019).

En referencia a esta etapa histórica, Valdovinos (2007) cita a López (1971), cuando afirma que “constituyó una página negra en la historia del Derecho Sindical argentino”, y señala las violaciones cometidas contra libertad sindical. Menciona como ejemplos que se facultó al Ministerio de Trabajo para inhabilitar representantes sindicales, establecer incompatibilidades a los trabajadores para ser candidatos e intervenir los órganos de las entidades sindicales. También se dispuso la disolución de las asociaciones de tercer grado y la apropiación de su patrimonio; se cercenó brutalmente el objeto permitido a la acción sindical; se privó a los sindicatos intervenir en la actividad política, económica, así como administrar sus propias obras sociales; se restringió la afiliación conjunta de trabajadores jerarquizados y no jerarquizados. Asimismo, si bien se mantuvo el sistema de personería gremial, sometió todos los derechos inherentes a la autonomía asociacional, a la más absoluta discrecionalidad de los órganos estatales.

k. Ley 23.551

Resulta de interés mencionar los orígenes de nuestro actual régimen, sancionado en el año 1988 y reglamentado por Decreto 467/88, durante el gobierno de Raúl Alfonsín.

Luego del retorno a la democracia, el Poder Ejecutivo envió un proyecto de ley de asociaciones sindicales, que no obtuvo aprobación parlamentaria. El senador Oraldo Britos presentó un proyecto de ley que se trató en 1986, en cuyos fundamentos se hacía expresa referencia a los Convenios 87, 98, 135 y 151 de la Organización Internacional del Trabajo y el artículo 14 bis de la Constitución Nacional. Tal proyecto de ley regulaba la libertad sindical, individual y colectiva, la autonomía y no injerencia, la democracia interna y la efectiva participación de los trabajadores en los órganos de

dirección. Este texto fue aprobado por la Cámara de Senadores y se paralizó su tratamiento legislativo hasta mediados de 1987 cuando el Poder Ejecutivo presentó un nuevo proyecto, cuyos lineamientos se asimilaban al aprobado en el Senado y que finalmente se aprobó por unanimidad, lo que marcó el origen del actual régimen sobre asociaciones sindicales (Rial y De Manuele, 2019).

Con acierto se ha señalado que la ley 23.551/88 ha priorizado en el título preliminar y en su artículo 1° que la tutela de la libertad sindical será garantizada por todas las normas referidas a la organización y acción de las asociaciones sindicales, con lo cual estableció un principio rector y general en nuestro ordenamiento jurídico positivo. Ello significó un avance en la materia con relación a las legislaciones anteriores, al colocar a la libertad sindical como un principio fundamental de todo el sistema normativo de las organizaciones sindicales, en consonancia con el mandato constitucional que garantiza el derecho de los trabajadores a la “organización sindical libre y democrática” que establece el art. 14 bis de nuestra Carta Magna (Strega, 2013).

Consecuente con ello, la actual normativa reconoce a los trabajadores derechos para constituir libremente y sin autorización previa asociaciones sindicales, afiliarse y desafiliarse, participar en su vida interna y desarrollar actividades (artículo 4), dispone que los poderes públicos, especialmente la autoridad administrativa del trabajo, los empleadores y sus asociaciones y toda persona física o jurídica deberán abstenerse de limitar la autonomía de los sindicatos, más allá de lo establecido en la legislación vigente (artículo 6) y contiene una norma procesal especial para tutelar la libertad sindical por vía judicial (artículo 47). Además incluye una limitación a la autoridad de aplicación para que, salvo en los supuestos habilitados expresamente, no intervenga en la dirección y administración de los sindicatos y particularmente en la restricción al manejo de los fondos sindicales (artículo 57) (Simón y Ambesi, 2014).

Valdovinos (2007) destaca como aspecto relevante de la ley, la intensificación de la tutela a través del llamado “amparo sindical” instituido por el artículo 47, remedio procesal urgente que puede ser empleado por las asociaciones y por los trabajadores y que puede ser dirigido indistintamente contra actos estatales, de los empleadores y de

personas o sectores actuantes dentro de la propia organización sindical. El remedio otorga a todo trabajador o asociación sindical que se le haya impedido u obstaculizado el ejercicio regular de los derechos de la libertad sindical, el ejercicio de la acción, a fin de que el órgano jurisdiccional interviniente disponga el cese inmediato del comportamiento antisindical.

Síntesis del capítulo

Si bien en una primera aproximación, resulta dificultoso conceptualizar a la libertad sindical, debido a que su contenido depende de un devenir histórico complejo y cambiante, no hay duda de que la misma involucra un derecho subjetivo, que presenta una doble dimensión individual y colectiva, con el fin específico de crear asociaciones sindicales que persiguen un bien común a través del logro de intereses colectivos.

Reviste interés la evolución normativa sobre el tema, tanto a nivel nacional como internacional, lo que revela una constante preocupación por tutelar la faz asociativa de los trabajadores, quienes en el pasado se veían impedidos del correcto ejercicio de tal derecho, debido a la falta de una regulación específica.

En tal sentido, creemos que a nivel local, resulta de fundamental importancia la reforma constitucional de 1994, que incluyó en el bloque de constitucionalidad federal ciertos instrumentos internacionales referidos a derechos humanos, entre los cuales, se encuentran aquellos que garantizan los derechos de libre asociación y sindicación, que constituyen la base para el ejercicio de la libertad sindical, la cual orienta al resto de la normativa regulatoria de la misma.

De tal manera, la consideración de la libertad sindical como un derecho humano, implica que el mismo hace a la dignidad de la persona humana, es ejercitable *erga omnes* y por tanto todos, incluso el Estado, tienen la obligación de respetarlo y promoverlo, a fin de posibilitar a los trabajadores, sin ningún tipo de interferencia o discriminación alguna, el logro de sus intereses colectivos. Entendemos que en este punto cobra vital importancia el amparo como herramienta a favor tanto de los

trabajadores como de las asociaciones sindicales, para lograr la tutela efectiva de los derechos reconocidos en la legislación, ante la eventual lesión causada por los empleadores u organismos estatales.

CAPÍTULO 2: EL MODELO SINDICAL ARGENTINO

En el ámbito del derecho colectivo se habla del “modelo sindical argentino” a partir de la publicación de la obra de Néstor Corte, quien no imaginó que tal expresión quedaría definitivamente instalada en la doctrina nacional, como omnicomprensiva de los modos en que se ha organizado desde la legislación y los comportamientos gremiales de los sindicatos en nuestro país (Sappia, 2010).

Por ello intentaremos caracterizar dicho modelo, el cual, en ciertos aspectos ha sido objeto de análisis a través de ciertos fallos relevantes, dictados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

2.1. Concepto y origen

Con acierto expresa Recalde (2017), que tanto las características del sindicalismo de un país o de una región, como su concreta regulación jurídica, dependen de los cambiantes factores económicos, sociales, políticos e históricos. Consecuentemente, el sindicalismo argentino se ha manifestado y desenvuelto a través de distintas formas y modalidades organizativas, hasta llegar a adoptar un esquema propio y particular, que en líneas generales se ha mantenido vigente a pesar de los vaivenes políticos e institucionales de nuestro país.

Por ello, para este autor, se denomina “modelo sindical argentino” al específico modo de organización que se ha dado el movimiento obrero argentino a partir de 1945 y que presenta características propias que lo distinguen de los demás tipos organizativos del resto del mundo.

En efecto, el dictado del Decreto 23.852/45, marcó el nacimiento de nuestro particular modelo sindical, toda vez que a partir de dicha normativa, la regulación del funcionamiento de las asociaciones sindicales se basó en los principios elementales sobre los cuales los trabajadores decidieron fundar sus organizaciones y que se encuentran plasmados actualmente en la Ley 23.551/88.

Es que, según indica Sappia (2010), el llamado “modelo sindical argentino”, parte de una cultura laboral propia de nuestro país, que expresa una voluntad general de los trabajadores de constituir asociaciones fundadas en la identidad de situaciones profesionales, es decir, aquéllos se coaligan a partir de su pertenencia a un ámbito común en el cual desarrollan su vida laboral.

Cabe destacar como rasgo fundamental de la normativa dictada en 1945, el haber institucionalizado el llamado “sistema de unidad promocionada” consistente en el reconocimiento del derecho a la libertad de constituir sindicatos, pero consagrando a uno solo -el más representativo-, el derecho exclusivo de representar los intereses colectivos de los trabajadores, negociar convenios colectivos de trabajo, ejercer el derecho de huelga y representar al sector en organismos públicos nacionales e internacionales que requieran participación laboral. Tal esquema mantuvo una realidad sindical dual, al admitir dos tipos de asociaciones sindicales: por un lado las asociaciones sindicales con personería gremial, reconocidas a través de un dictado administrativo del Estado, por ser las más representativas en cada actividad. Por otro, los sindicatos simplemente inscriptos, que por ser menos representativos, sólo podían representar a los trabajadores cuando en el sector no existía entidad con personería gremial (Sappia, 2010).

El mismo autor observa que, este sistema de la unidad sindical por sindicato más representativo fue mantenido, con ligeros matices a través de la historia, con diversos gobiernos, tal como sucedió con la Ley 14.455/58, la Ley 20.616/74, la Ley de facto 22.105/79 y la Ley 23.551/88, vigente en la actualidad.

Creemos que la correcta comprensión de la importancia histórica del Decreto 23.852/45, exige distinguir entre los dos sistemas de modelos sindicales posibles: unidad sindical y pluralidad sindical.

El sistema de la unidad sindical se presenta en los casos en que la ley impone o reconoce un solo sindicato por actividad, oficio o profesión, o cuando, existiendo varios, sólo uno (generalmente el más representativo) tiene funciones sindicales. La pluralidad sindical se presenta cuando es posible constituir varias asociaciones (más de una) por actividad, oficio o profesión, es decir que existen distintas asociaciones representativas de los trabajadores de una misma actividad u oficio.

En este sistema hay tantas entidades de una misma actividad, oficio o profesión con iguales derechos sindicales como lo decidan los propios trabajadores (Grisolía, 2001, p. 1330).

Según explica el autor, el sistema en nuestra legislación actual es el de “unidad promocionada” o “unidad inducida”, por el cual sólo se le otorga personería gremial a la organización sindical más representativa, que hubiere actuado durante un período no inferior a seis meses como asociación simplemente inscripta. Esto significa que de todas las asociaciones registradas sólo una –la más representativa- tiene la representación gremial de la actividad, es decir, la personería gremial. Mientras que las otras asociaciones registradas tienen funciones no esenciales desde el punto de vista de los derechos sindicales, al carecer de la misma.

Etala (2012) aclara que en este modelo legal, la unidad no está impuesta, pero se encuentra enérgicamente estimulada por la reglamentación. En consecuencia, una asociación sindical simplemente inscripta puede llegar a arrebatar la personería gremial al sindicato que la poseía si logra ser más representativa -por tener más afiliados cotizantes-, que el sindicato superado.

2.2. Características

De acuerdo con lo expresado por Corte (1988) citado por Etala (2012), los rasgos distintivos de este modelo son los siguientes: “reglamentarismo legal, forma asociativa fundada en la profesionalidad, unidad de representación de los intereses colectivos, concentración sindical, estructura articulada en forma piramidal, amplitud de los fines sindicales, representación unificada en los lugares de trabajo, activo protagonismo político y alta tasa de sindicalización” (p. 737).

2.2.1. Reglamentarismo legal

En oposición a la denominada “corriente abstencionista”, el ordenamiento nacional sigue la tendencia reglamentarista que prevalece en los países latinoamericanos

y que se caracteriza por una regulación explícita y detallada de los aspectos relativos a la constitución y funcionamiento de las organizaciones sindicales, así como los requisitos que se deben cumplir para integrar las mismas (Etala, 2012).

Concretamente nuestra legislación regula los tipos de sindicatos que pueden constituirse, los trámites para su inscripción, requisitos específicos que deben reglar sus estatutos, composición de sus órganos, régimen electoral, conformación del patrimonio, etcétera. Además, la norma reglamentaria avanza en la regulación de la actuación interna del sindicato, en aspectos centrales de la vida del mismo y su relación con sus representados y afiliados (Las Heras, Serén Novoa, Valle y Carugo, 2019).

2.2.2. Forma asociativa profesional

Si bien el artículo 14 bis de la Constitución Nacional reconoce y garantiza el derecho de los trabajadores a la “organización sindical libre”, en la práctica laboral y en la legislación positiva dictada desde 1945, el carácter de sujetos colectivos típicos del derecho sindical ha sido otorgado sólo a las organizaciones que adopten como forma específica la de asociación configurada en torno a la profesión de sus trabajadores. Ello supone, por un lado, que la base aglutinante de los sindicatos radica esencialmente en una comunidad de situación laboral de profesión, oficio o categoría de los trabajadores o de actividad del empleador y de la empresa. Por otro lado, corresponde desestimar tal reconocimiento de ese carácter a otras agrupaciones carentes de una personalidad jurídica distinta de la de sus miembros, tales como las manifestaciones presindicales (coaliciones) o parasindicales (cuerpos de delegados, comités o consejos de empresas, asambleas de personal) (Etala, 2007).

2.2.3. Unidad de representación de los intereses colectivos

No obstante que el artículo 14 bis de nuestra Carta Magna tutela la "organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial", en nuestra experiencia práctica tiene vigencia una arraigada tendencia sindical

unificadora y monopolizante, designada como de la "unidad promocionada", plasmada en los sucesivos regímenes legales vigentes desde el decreto 23.852/45. Tal sistema atribuye la capacidad exclusiva de representación del interés profesional colectivo, en los aspectos más significativos de las relaciones laborales, al sindicato más representativo, a través del otorgamiento de la llamada "personería gremial" (Etala, 2007).

Consecuente con ello, nuestra vigente ley 23.551/88, distingue entre las asociaciones sindicales simplemente inscriptas (artículos 21 a 24) y las asociaciones sindicales con personería gremial (artículos 25 a 31). La diferencia entre ambas, es que esta última es considerada la más representativa en su ámbito territorial y personal de actuación, siempre que cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 25, es decir, haber actuado durante un período no menor de seis (6) meses como asociación sindical simplemente inscripta, afiliar a más de veinte por ciento (20%) de los trabajadores que intenta representar y contar con el mayor número promedio de afiliados cotizantes.

La obtención de la personería gremial otorga a la respectiva asociación una serie de derechos exclusivos, frente a la simplemente inscripta, los cuales enumera en el artículo 31, y entre los que cabe citar por su importancia, la facultad de defender y representar ante el Estado y los empleadores los intereses individuales y colectivos de los trabajadores de su actividad, profesión, oficio o categoría (según el tipo de organización elegido) ya sean afiliados o no; intervenir en negociaciones colectivas con los empleadores y administrar sus obras sociales.

Según observa Etala (2012), la carencia de estos derechos provoca que las asociaciones simplemente inscriptas vean sensiblemente disminuidas sus posibilidades de acción. Ello, creemos se ve especialmente acentuado ante la imposibilidad de celebrar convenios colectivos de trabajo, como también en que sólo pueden peticionar y representar los intereses individuales de sus afiliados y a pedido de parte, tal como lo dispone el artículo 23 de la ley, reglamentado por el Decreto 757/01. A lo que cabe agregar el hecho de que según dispone el art. 1º de esta normativa, debe efectuarse con los mismos requisitos establecidos por el artículo 22 del Decreto 467/88, es decir, que

para representar los intereses individuales de los trabajadores se debe acreditar el consentimiento por escrito de los interesados, del ejercicio de dicha tutela.

2.2.4. Concentración sindical

Como consecuencia de la tendencia unificadora, en nuestro país predominan los sindicatos denominados “verticales”, es decir, organizados por actividad o rama de producción, concebidos como los más idóneos para el fortalecimiento de la actividad sindical (Etala, 2007).

2.2.5. Estructura piramidal

Según el artículo 11 de la ley 23.551/88, “las asociaciones sindicales pueden asumir algunas de las siguientes formas: a) Sindicatos o uniones; b) Federaciones, cuando agrupen asociaciones de primer grado; c) Confederaciones, cuando agrupen a las asociaciones contempladas en los incisos que preceden a éste”.

La normativa recepta así, una estructura de organización piramidal, en la cual la base está constituida por sindicatos o uniones (asociaciones de primer grado), que tienen por afiliados a los trabajadores individualmente considerados. La parte media está formada por federaciones (asociaciones de segundo grado), cuyos afiliados son sindicatos. Finalmente en la parte superior encontramos las confederaciones (asociaciones de tercer grado), cuyos afiliados son las federaciones y uniones (Grisolía, 2011), con la aclaración de que en nuestro país la cúspide o ápice final está constituida por la Confederación General del Trabajo, única de grado superior con personería gremial (Etala, 2007).

2.2.6. Amplitud de fines

En oposición a la concepción restrictiva que prevalece en el sindicalismo anglosajón, las organizaciones sindicales argentinas persiguen un variado espectro de

objetivos en el plano socioeconómico, cultural, asistencial y comunitario, sistemas de capacitación profesional y sindical, de servicios sociales para la cobertura de contingencias de la salud, creación de infraestructuras apropiadas para el disfrute del tiempo libre a través de las prácticas deportivas y del turismo social, funcionamiento de escuelas, talleres y cursos especializados, constitución de cooperativas y mutualidades y todo aquello que sea necesario para promover el mejoramiento y la calidad de vida de los trabajadores y sus familias (Etala, 2012).

Tal amplitud de fines, se encuentra reflejada en la ley 23.551/88, destinada a regir a “las asociaciones que tengan por objeto la defensa de los intereses de los trabajadores” (artículo 2), entendiéndose por fines, “todo cuanto se relacione con sus condiciones de vida y de trabajo. La acción sindical contribuirá a remover los obstáculos que dificulten la realización plena del trabajador” (artículo 3).

2.2.7. Representación unificada en los lugares de trabajo

Señala Etala (2012), que nuestro régimen legal estructura un sistema original de representación unificada en los lugares de trabajo, a través de los delegados de personal y comisiones internas elegidos por la totalidad de trabajadores del establecimiento (afiliados o no) y cuya función es ejercer la representación: “a) De los trabajadores ante el empleador, la autoridad administrativa del trabajo cuando ésta actúa de oficio en los sitios mencionados y ante la asociación sindical; b) De la asociación sindical ante el empleador y el trabajador” (artículo 40, ley 23.551/88).

La misma normativa establece en su artículo 41 como requisitos para acceder a esos cargos, el de “estar afiliado a la respectiva asociación sindical con personería gremial y ser elegido en comicios convocados por éstas, en el lugar donde se presten los servicios o con relación al cual esté afectado y en horas de trabajo, por el voto directo y secreto de los trabajadores cuya representación deberá ejercer”, además de “tener dieciocho (18) años de edad como mínimo y revistar al servicio de la empresa durante todo el año aniversario anterior a la elección”.

2.2.8. Activo protagonismo político

A partir de la etapa de reconocimiento o institucionalización del régimen sindical operada en 1945, el sindicalismo argentino ha evidenciado una clara adhesión al movimiento peronista o justicialismo. Etala (2007) observa que sus dirigentes y las bases se identificaron con ese sector político en forma invariable, con algunos matices representados por la aparición en el ámbito sindical de sectores de clase media (docentes, profesionales) proclives a orientar sus preferencias a un arco más amplio de posiciones políticas.

2.2.9. Alta tasa de sindicalización

A diferencia de los demás países latinoamericanos e incluso de los Estados Unidos, que presentan bajas tasas de sindicalización, el porcentaje de afiliación de los trabajadores argentinos a las organizaciones sindicales iguala o supera a las de las entidades sindicales europeas (Etala, 2007).

2.3. Principios

Según indica De Manuele (2017), el “modelo sindical argentino”, también se estructura sobre la base de ciertos principios, los cuales cabe conceptualizar como “las ideas fundamentales e informadoras sobre las cuales se ha edificado la organización sindical, tanto en los hechos como desde el punto de vista normativo” (Recalde, 2017, p. 64).

2.3.1. Libertad sindical

Como principio estructural del Derecho Colectivo, remite a la idea de autonomía o capacidad de autodeterminación, al reconocer a las personas y a las asociaciones que

ellas crean, la aptitud para tomar decisiones sobre los asuntos que les conciernen (De Manuele, 2017).

El autor distingue tres aspectos de la libertad sindical, los cuales encontramos receptados en la normativa vigente.

a. Libertad fundacional

Consiste en la posibilidad de cada trabajador de fundar, junto a otros, las organizaciones que estimen convenientes, sin necesidad de requerir autorización del Estado, derecho garantizado por el artículo 2 del Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo. En concordancia con ello, el artículo 4 inciso a) de la ley 23.551/88, establece como uno de los derechos sindicales de los trabajadores el de “constituir libremente y sin necesidad de autorización previa, asociaciones sindicales”.

b. Libertad de pertenencia

Se refiere a la dimensión individual positiva y negativa de la libertad sindical, ambas receptadas la ley 23.551/88, que establece entre los derechos sindicales de los trabajadores, el de afiliarse, no afiliarse o desafiliarse a una organización sindical ya constituida (artículo 4 inciso b), la cual a su vez, deberá admitir la libre afiliación, de acuerdo a la ley y a sus estatutos (artículo 12).

Resulta de interés señalar que, si bien, el art. 2 del Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo garantiza el ejercicio de la libertad sindical positiva, no hace referencia alguna a la faceta negativa, por lo cual cabe entender que su reglamentación depende de cada Estado (Etala, 2007).

Sin embargo, en cuanto al primer aspecto, el derecho de los trabajadores de afiliarse debe también ejercerse sin ninguna distinción, lo que en nuestro ordenamiento se encuentra plasmado en el artículo 7, que prohíbe a las asociaciones sindicales

“establecer diferencias por razones ideológicas, políticas, sociales, de credo, nacionalidad, raza o sexo, debiendo abstenerse de dar un trato discriminatorio a los afiliados”. Cabe agregar que la misma normativa contiene en el artículo 47 una cláusula de protección ante actos discriminatorios u obstructivos del ejercicio de la libertad sindical, en consonancia con el artículo 1 del Convenio 98 de la Organización Internacional del Trabajo.

c. Autonomía sindical

Etala (2007) la define como “la facultad de autodeterminación de las asociaciones sindicales de trabajadores frente a las fuerzas, poderes, personas y organizaciones que pretendan interferir en su constitución y funcionamiento” (p. 85).

Esta facultad de autogobierno de las asociaciones sindicales, se encuentra plasmada en el artículo 3 del Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo, que les otorga el derecho a redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, elegir libremente sus representantes, organizar su administración y sus actividades y formular su programa de acción. Asimismo, dispone que las autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal.

La ley 23.551/88 establece en su artículo 5, como derechos de las asociaciones sindicales:

- a) Determinar su nombre, no pudiendo utilizar los ya adoptados ni aquellos que pudieran inducir a error o confusión;
- b) Determinar su objeto, ámbito de representación personal y de actuación territorial;
- c) Adoptar el tipo de organización que estimen apropiado, aprobar sus estatutos y constituir asociaciones de grado superior, afiliarse a las ya constituidas o desafiliarse;
- d) Formular su programa de acción, y realizar todas las actividades lícitas en defensa del interés de los trabajadores. En especial, ejercer el derecho a negociar

colectivamente, el de participar, el de huelga y el de adoptar demás medidas legítimas de acción sindical.

El artículo 6 de la misma ley, también incluye una norma que resguarda la independencia sindical, al disponer que “los poderes públicos y en especial la autoridad administrativa del trabajo, los empleadores y sus asociaciones y toda persona física o jurídica deberán abstenerse de limitar la autonomía de las asociaciones sindicales, más allá de lo establecido en la legislación vigente”.

2.3.2. Democracia sindical

Señala Recalde (2017), que la ley 23.551/88 ha implementado un sistema que garantiza la participación de los trabajadores en la vida interna de la asociación y el respeto a la voluntad de las mayorías. Así, cada trabajador afiliado tiene derecho a elegir y ser elegido (artículo 4) y que sus representantes los informen y rindan cuentas del cumplimiento de los mandatos (artículo 8). El estatuto del sindicato no puede establecer discriminaciones entre sus afiliados (artículo 7). Se prevé la periodicidad o limitación del mandato de las autoridades, que duran lo que establezca el estatuto pero no podrán exceder de cuatro (4) años (funcionarios) o dos (2) años (delegados), aunque en uno y otro caso pueden ser reelectos (artículos 17 y 42). El voto será directo y secreto tanto para los delegados (artículo 41) como para el órgano de dirección y administración (artículo 17) y para las autoridades de los sindicatos locales y de las seccionales o delegaciones de las uniones (artículo 8). Las minorías tienen derecho a ser oídas y a tener representación en los cuerpos deliberativos mediante la asignación de un cupo de congresales (artículo 8).

2.3.3. Autonomía colectiva

Según observa Recalde (2017), existe una tendencia a hablar del principio de autonomía o autarquía sindical sin distinción, si bien esta última se refiere al manejo administrativo de los fondos de la asociación sindical. Refiere a la independencia que debe mantener la asociación frente al Estado, a los empleadores y a los organismos

políticos, fundamentalmente referida al impedimento de recibir subsidios o cualquier tipo de apoyo económico de los organismos políticos y del sector empresarial. Tal impedimento se encuentra contemplado en el artículo 9 de la Ley 23.551/88, según el cual “las asociaciones sindicales no podrán recibir ayuda económica de empleadores, ni de organismos políticos nacionales o extranjeros. Esta prohibición no alcanza a los aportes que los empleadores efectúen en virtud de las normas legales o convencionales”.

2.3.4. Principio de pureza

La ley 23.551/88 está destinada a regir a “las asociaciones que tengan por objeto la defensa de los intereses de los trabajadores” (artículo 2), norma reglamentada por el artículo 1 del decreto 467/88 que define como trabajador a quien desempeña una actividad lícita que se presta a favor de quien tienen facultad de dirigirla. El principio promueve así, según Recalde (2017), que la asociación profesional debe necesariamente unir en forma exclusiva a trabajadores, en aras de evitar los sindicatos mixtos, pues considera que empleador y trabajador son partes antagónicas.

2.3.5. Principio de especialidad

En virtud del mismo, las asociaciones sindicales tienen como objetivo concreto, la defensa y representación de los intereses de los trabajadores (artículo 2 de la ley 23.551/88) de tal forma que una entidad sindical no puede constituirse como cualquier entidad civil o simple asociación, para perseguir fines generales (De Manuele, 2017).

2.3.6. Principio de profesionalidad

Además de los principios de especialidad y pureza, este principio indica que en la constitución de una asociación sindical, debe tenerse en cuenta la profesionalidad de los integrantes, es decir, que los mismos compartan una misma actividad, oficio, profesión o categoría de trabajadores (De Manuele, 2017).

2.3.7. Principio de igualdad

También llamado “principio de no discriminación”, significa que los sindicatos no pueden reservarse el derecho de admisión, esto implica que la asociación no puede rechazar a un trabajador activo si cumple con los requisitos que exige el estatuto, de acuerdo con el artículo 2 del Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo (Recalde, 2017), en consonancia con lo establecido en el artículo 7 de la ley 23.551/88.

2.4. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Tal como observan Las Heras, Serén Novoa, Valle y Carugo (2019), el alto reglamentarismo de la ley sindical no podía quedar exento de controversias que requiriesen la intervención del Poder Judicial.

En tal entendimiento, la Corte Suprema de Justicia de la Nación interpretó la ley de asociaciones sindicales, a través de la declaración de inconstitucionalidad de cinco artículos -31 apartado a), 41 apartado a), 44, 48 y 52- a la que cabe sumar su decisión acerca del sujeto titular del derecho de huelga.

Creemos que ello implica un importante cuestionamiento, por vía pretoriana, al sistema de personería gremial regulado en la ley 23.551/88, al haber, en definitiva resuelto que los sindicatos simplemente inscriptos pueden convocar a elecciones de delegados en las empresas; que no es necesario estar afiliado al sindicato con personería gremial para ser electo delegado de personal; que los representantes electos por los trabajadores gozan de tutela sindical, licencias y permisos gremiales, ya sea que pertenezcan a un sindicato con personería gremial o a uno simplemente inscripto; que los sindicatos simplemente inscriptos pueden reclamar ante las autoridades y empleadores por los derechos colectivos de sus representados y que todos los sindicatos inscriptos -cuenten o no con personería gremial- son titulares del derecho de huelga consagrado en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional (Oyola, 2016).

2.4.1. El caso “Outon”

Se trata del primer antecedente de relevancia sobre el diseño legal del sistema de personería gremial, en relación a la cláusula constitucional de “organización sindical libre y democrática”, dictado el 29 de marzo de 1967, en los autos “Outon, Carlos José y otros s/ recurso de amparo”. Allí la Corte sentó pautas de innegable trascendencia actual, referidas al derecho federal en juego, la procedencia del amparo –según las normas entonces vigentes-, las facultades del poder judicial en el control de constitucionalidad y el derecho de libre agremiación (Fera, 2013).

En el caso, los actores –trabajadores marítimos- promovieron amparo judicial a fin de que se les restableciera el goce de los derechos de trabajar y agremiarse libremente, que estimaron violados por el Decreto 280/64, reglamentario de la Bolsa de Trabajo Marítimo para Marinería y Maestranza. El artículo 16 inciso b) de la norma exigía como condición para inscribirse en la Bolsa, contar con el carnet de afiliación sindical a la asociación profesional con personería gremial reconocida. En primera instancia el amparo fue concedido y se ordenó la inscripción de los peticionantes sin previa presentación del carnet sindical. La Cámara revocó la decisión y contra tal sentencia se interpuso el recurso extraordinario federal.

Finalmente la Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó el pronunciamiento apelado e hizo lugar al amparo interpuesto a través de argumentos que, a nuestro entender, reflejaban la preocupación del Alto Tribunal por proteger la libertad sindical. Entre ellos, se señaló que los derechos de trabajar y agremiarse libremente eran derechos humanos fundamentales, violados por una norma reglamentaria que contravenía el texto de la Constitución Nacional y causaba un daño grave e irreparable, en la medida en que comprometía la atención de las necesidades primarias de los trabajadores. Así, el carnet sindical que otorgaba un solo sindicato para que los obreros pudieran inscribirse en la Bolsa de Trabajo y obtener y conservar su empleo, era incompatible con aquellos derechos, toda vez que “la libertad de agremiación importa el derecho de afiliarse al sindicato que se prefiera o no afiliarse a ninguno, y no puede admitirse como congruente

con la Constitución un ordenamiento según el cual el derecho de trabajar queda supeditado a una afiliación gremial necesaria y a la permanencia en determinado sindicato mientras dure la ocupación”.

Por último, cabe destacar lo expresado en el considerando 25) del fallo, según el cual:

Que esta doctrina es conforme con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que proclama la naturaleza fundamental del derecho al trabajo y a la libre agremiación de los trabajadores para la defensa de sus intereses (art. 23) y consagra el derecho a un recurso efectivo ante los tribunales competentes, que ampare a todas las personas contra los actos que violan sus derechos fundamentales, reconocidos por la Constitución o por la ley (art. 8°). Es también la doctrina de la convención internacional 87 de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.), sobre libertad sindical, ratificada por la ley 14.392. Es, por último, la doctrina que mejor se aviene con el art. 14 de la Constitución Nacional, que garantiza “una organización sindical libre y democrática”.

2.4.2. El caso “Asociación Trabajadores del Estado”

A partir de la renovación de los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación durante la década pasada e impulsada por la reforma constitucional de 1994 al artículo 75 inciso 22, aquélla ha dictado una serie de pronunciamientos que ha puesto en tela de juicio al modelo sindical argentino en varios aspectos y ha declarado la inconstitucionalidad de diferentes artículos de la Ley 23.551/88, respecto de situaciones relacionadas con los principales temas del derecho colectivo del trabajo: asociación y representación sindical, negociación colectiva, protección de los representantes sindicales y el derecho de huelga (Oyola, 2016).

El primero de los casos trascendentes en materia de Derecho Colectivo del Trabajo que resolvió la Corte Nacional en los últimos años, fue dictado el 11 de noviembre de 2008 en la causa “Asociación Trabajadores del Estado c/ Ministerio de Trabajo s/ Ley de Asociaciones Sindicales”. Allí se declaró la inconstitucionalidad del artículo 41 apartado a) de la ley 23.551/88, por considerar a dicha normativa, violatoria de la libertad sindical, en cuanto dispone que, para ser delegado de personal se requiere

estar afiliado a la respectiva asociación sindical con personería gremial y ser elegido en comicios convocados por ésta.

En este caso, la Asociación de Trabajadores del Estado había convocado a elecciones de personal en el ámbito del Estado Mayor General del Ejército y el Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas. La Dirección Nacional de Asociaciones Sindicales hizo lugar a la impugnación formulada por la Unión del Personal Civil de las Fuerzas Armadas, y declaró la invalidez de la convocatoria, lo que motivó que la Asociación de Trabajadores del Estado interpusiera un recurso jerárquico ante el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social. Tal recurso fue desestimado, al considerar que, de acuerdo al artículo 41 inciso a) de la ley 23.551/88, la única asociación profesional con aptitud para "convocar, organizar y fiscalizar" las elecciones de delegados en ese ámbito, era la Unión del Personal Civil, por detentar la personería gremial. La Cámara confirmó lo resuelto en el ámbito administrativo, por lo que la Asociación de Trabajadores del Estado interpuso el recurso extraordinario federal, cuya denegatoria dio lugar a la queja ante la Corte.

En definitiva, se revocó la sentencia recurrida en cuanto desconoció el derecho de la Asociación de Trabajadores del Estado a intervenir en la celebración de los comicios de delegados del personal en el ámbito del Estado Mayor General del Ejército y el Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas, con base en que, pese a comprender dicho ámbito de actividad, no gozaba en éste de personería gremial.

La decisión colocó en igualdad de condiciones a las asociaciones sindicales con personería gremial y a las simplemente inscriptas, en cuanto a la representación sindical dentro de la empresa y posibilitó que ambos tipos de asociaciones de trabajadores puedan convocar a elecciones de delegados de personal. A ello se suma que, luego de lo resuelto por la Corte, pueden ser candidatos a delegados de personal, los trabajadores sin necesidad de ser afiliados a la asociación sindical que cuente con personería gremial, lo cual fortalece los principios de libertad sindical, democracia sindical y representatividad sindical (Oyola, 2016).

2.4.3. El caso “Rossi”

Con posterioridad, en la causa “Rossi, Adriana María c/ Estado Nacional - Armada Argentina s/ sumarísimo”, dictada el 09 de diciembre de 2009, la Corte nacional se pronunció acerca del alcance de la estabilidad y tutela sindical de aquellos trabajadores que no obstante haber sido electos delegados de personal, no se encontraban afiliados a una asociación sindical con personería gremial.

En este caso se declaró la inconstitucionalidad del artículo 52 de la ley 23.551/88 en tanto excluía a los directivos de un sindicato simplemente inscripto de la tutela o fuero sindical; concluyó que esos directivos no deben ser objeto de sanciones disciplinarias ni despedidos sin el previo juicio de exclusión de aquella tutela de igual modo que los que pertenezcan a un sindicato con personería gremial, derecho del que son titulares esos trabajadores frente al Estado y frente a los particulares o actores no estatales. Según se sostuvo, los representantes sindicales deben de estar rodeados de un marco de protección, al ser "garantías necesarias" y tener "carácter forzoso e ineludible".

En los hechos, la actora, presidente de la Asociación de Profesionales de la Salud del Hospital Naval (entidad sindical de primer grado simplemente inscripta) y miembro titular del Consejo Federal de la Federación Médica Gremial de la Capital Federal (federación con personería gremial a la cual estaba afiliada la primera), reclamó que se dejara sin efecto la sanción disciplinaria de suspensión y el cambio de lugar de tareas que su empleadora, la Armada Argentina, había dispuesto sin contar con una autorización judicial previa. La Cámara confirmó lo resuelto en primera instancia, al considerar que la tutela sindical del artículo 52 de la ley 23.551/88, no resultaba operativa respecto de una entidad que se ve desplazada en la representación del personal por otra que posee la personería gremial. Ante tal decisión la actora interpuso el recurso extraordinario federal, cuya denegatoria dio lugar a la queja ante la Corte.

No obstante que la declaración de inconstitucionalidad del artículo 52 de la ley sindical fue sostenida por los Ministros Lorenzetti, Highton, Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni, cabe hacer una salvedad respecto del voto de la Doctora Argibay, en la

medida en que, si bien propuso una resolución revocatoria respecto de la instancia anterior, se basó en distintos fundamentos. Así sostuvo que la protección otorgada por los artículos 48 y 52 de la ley de asociaciones sindicales no podía verse válidamente restringida por la letra del artículo 35 del mismo cuerpo legal, el cual al establecer la preferencia de la entidad gremial de primer grado en virtud del principio de subsidiariedad, aludía en general a la relación entre entidades gremiales de distintos grados, en cuanto a la representación de los trabajadores. Por lo que, inferir de esta regla de coordinación entre diferentes sindicatos otra negatoria de la tutela a un representante para el cumplimiento de su gestión sindical, implicaba otorgarle al precepto legal un significado que lo ponía en contradicción con el artículo 14 bis de la Constitución Nacional. La magistrada concluyó que la preexistencia de un sindicato con personería gremial de primer grado en el ámbito laboral donde se desempeñan los trabajadores de la actividad que la Federación Médica Gremial de la Capital Federal también representaba, no podía constituir un motivo válido en términos constitucionales para privar de la protección especial establecida en el artículo 52 de la ley 23.551/88 a uno de sus dirigentes (Fera, 2013).

En definitiva, a través de este pronunciamiento, el Cíbero Tribunal, sentó la doctrina según la cual, no cabe distinguir entre asociaciones sindicales con personería gremial y asociaciones sindicales simplemente inscriptas a la hora de tutelar al dirigente gremial, otorgándole las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo, conforme lo recepta el artículo 14 bis de la Constitución Nacional. De tal manera se armoniza lo receptado por esta norma con las disposiciones internacionales de carácter suprallegal y se evita cualquier tipo de discriminación para los representantes de las asociaciones sindicales simplemente inscriptas respecto de los miembros de los sindicatos con personería gremial (Oyola, 2016).

2.4.4. El caso “Asociación Trabajadores del Estado II”

En una nueva controversia planteada por la Asociación Trabajadores del Estado, en la causa “Asociación de Trabajadores del Estado s/ Acción de inconstitucionalidad”, el 18 de junio de 2013, el Superior Tribunal declaró la inconstitucionalidad no sólo del artículo 31 apartado a) de la ley 23.551/88 en tanto impedía al sindicato representar los intereses colectivos, sino también del Decreto 5/2003 mediante el cual el Intendente de la Municipalidad de la ciudad de Salta alegó una situación de emergencia y dispuso una rebaja de las remuneraciones de los agentes municipales.

En el caso, frente al decreto en cuestión, que disminuía los salarios, la Asociación de Trabajadores del Estado y un empleado municipal promovieron acción de inconstitucionalidad, que fue rechazada por la Corte provincial, con el argumento que la Asociación carecía de legitimación para representar los intereses colectivos de los trabajadores del municipio salteño, habida cuenta de que la Unión de Trabajadores Municipales de Salta, gozaba de la personería gremial y, por tanto, del derecho exclusivo de representación (Fera, 2013).

Con la declaración de inconstitucionalidad del artículo 31 apartado a) de la ley sindical, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ratificó la doctrina sentada en los casos "Asociación Trabajadores del Estado" y "Rossi", dado que al haberse despejado las dudas respecto a que no existían diferencias o prerrogativas para elegir representantes de los trabajadores, entre los sindicatos con personería gremial y los simplemente inscriptos, y al gozar los delegados o miembros electos de los diferentes gremios de la tutela legal para el ejercicio de su función, resultaría un absurdo equiparar derechos por un lado, y luego no permitir a los sindicatos simplemente inscriptos que puedan ejercer su principal función, de representar y defender los intereses colectivos de los trabajadores frente a sus empleadores (Oyola, 2016).

En referencia los matices introducidos por la Corte Suprema al sistema legal de las asociaciones sindicales, se ha afirmado que las "exclusividades" en el ejercicio de determinados derechos de las que gozaban los sindicatos más representativos en la República Argentina se han visto morigeradas, en especial, en virtud de las sentencias

dictadas en “Asociación Trabajadores del Estado”, “Rossi” y “Asociación Trabajadores del Estado II” (Gelli, 2016).

Por su parte Arese (2017) señala como efectos de los fallos mencionados: en el ámbito público, la ampliación de la cantidad de entidades preexistentes y de la disputa por ámbitos de representación y en el ámbito privado, un incremento de sindicatos simplemente inscriptos y su generación de instancias representativas a nivel de empresas; concretamente, la convocatoria a elecciones de delegados sindicales de entidades simplemente inscriptas y la ampliación de los sujetos protegidos por la estabilidad sindical frente a conductas discriminatorias.

2.4.5. El caso “Nueva Organización de Trabajadores Estatales”

Con posterioridad a sus primeros fallos sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia de la Nación continuó con la declaración de inconstitucionalidad de diversos artículos de la ley de asociaciones sindicales, tal como sucedió el 24 de noviembre de 2015 al dictar sentencia en la causa “Nueva Organización de Trabajadores Estatales c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/ Amparo”, en donde declaró la inconstitucionalidad de las disposiciones legales que privilegian a los dirigentes de los sindicatos con personería gremial por sobre los pertenecientes a los simplemente inscriptos, en materia de franquicias y licencias gremiales.

En este caso la Nueva Organización de Trabajadores Estatales –sindicato simplemente inscripto- dedujo acción de amparo en procura de la concesión de franquicias gremiales a sus delegados y de licencias de igual naturaleza a sus dirigentes. La Sala B de la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario confirmó lo resuelto por la instancia de grado y declaró la inconstitucionalidad de los artículos 41 inciso a), 44, 48 y 52 de la ley 23.551/88 y ordenó al instituto demandado que se abstuviera de realizar cualquier acto discriminatorio en materia de franquicias y licencias gremiales, entre los representantes sindicales y delegados de la actora y aquellos de las entidades con personería gremial. Contra tal pronunciamiento el instituto demandado dedujo recurso

extraordinario federal que, denegado, motivó la queja directa, que finalmente confirmó la sentencia apelada.

Respecto de los artículos 41 inciso a) y 52 de la ley sindical, la Corte efectuó una directa remisión, en lo pertinente, a lo que ya había decidido al respecto en las causas “Asociación Trabajadores del Estado” y “Rossi”, a lo que se agregó la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 44 y 48, también con remisión a los fundamentos expresados en las mencionadas causas.

En resumen, los delegados y dirigentes de sindicatos simplemente inscriptos tienen derecho a gozar de las mismas facilidades para reunirse con el personal de las empresas y de las mismas licencias en sus empleos para desempeñar funciones gremiales que la ley contempla para quienes pertenecen a sindicatos con personería gremial. Mientras que se mantienen como las únicas prioridades o prerrogativas a favor de los sindicatos con personería gremial, las de negociar convenios colectivos de trabajo, las de consulta ante las autoridades y la de designación de delegados ante organismos internacionales (Oyola, 2016).

2.4.6. El caso “Orellano”. Su repercusión en los casos “Brindisi”, “Conte”, “Deffilipis” y “Lafuente”

El 7 de junio de 2016 la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó sentencia en la causa “Orellano, Francisco Daniel c/ Correo Oficial de la República Argentina SA s/ juicio sumarísimo”, y determinó que la titularidad del derecho de huelga y las medidas de acción directa asimiladas a ella, corresponde a los sindicatos con personería gremial y a las asociaciones sindicales simplemente inscriptas, no así a los grupos informales de trabajadores.

En el caso, el actor fue despedido por el Correo Oficial de la República Argentina, por haber participado junto a otros empleados, en dos asambleas en horario y lugar de trabajo, así como también por haber llevado adelante medidas de acción directa, las que a criterio del empleador habían sido ilegítimas porque no contaron con el aval de

los sindicatos representativos del personal. Todo ello en un conflicto de encuadramiento sindical que involucraba a la Asociación de Trabajadores del Estado -para quien militaba el actor y sus compañeros- por un lado y por el otro a las asociaciones vinculadas con la actividad de la empresa. El actor planteó la invalidez del despido porque se hallaba en ejercicio del derecho de huelga y calificó de discriminatoria la medida, por lo que solicitó su reinstalación, el pago de los salarios caídos desde su despido y un resarcimiento por daño moral.

En primera instancia, se consideró que las medidas llevadas a cabo por el actor y sus compañeros y que fueron invocadas por la demandada para despedirlo, formaban parte de su legítimo derecho de huelga. Se entendió que el despido careció de justa causa, toda vez que aún tratándose de una huelga ilegal correspondía una previa intimación al trabajador para que retomase tareas y que obedeció "a una motivación antisindical y discriminatoria, sustentada únicamente en la condición de activista sindical del actor". Sobre la base de dichas consideraciones, de lo dispuesto por los artículos 47 de la ley 23.551/88, 1° de la ley 23.592/88 y 16, 75 inciso 22 y consiguientes de la Constitución Nacional, se reconoció el derecho del trabajador a que se dejara sin efecto el acto discriminatorio. En consecuencia se declaró la nulidad de la decisión rescisoria adoptada por la demandada y se ordenó la reinstalación del actor en su puesto de trabajo.

Apelada la sentencia por la accionada, la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, confirmó la resolución recurrida.

Llegado el caso a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se convocó en forma previa a una audiencia pública, a la que se presentaron bajo la figura de *amicus curiae*, la Central de Trabajadores de la Argentina, la Asociación de Trabajadores del Estado, el Sindicato de Trabajadores de la Industria de la Construcción y Afines, la Federación de Trabajadores Aceiteros, la Unión Industrial Argentina, la Asociación de Abogados Laboralistas, el Instituto de Derecho de Buenos Aires y el Centro de Estudios Legales y Sociales (Oyola, 2016).

Finalmente, la Corte juzgó conveniente no emitir opinión respecto de una temática que había sido planteada desde el inicio de la causa, por el propio actor -el despido discriminatorio sufrido a causa de su actividad sindical a los términos de la ley 23.592/88-, para expedirse sobre la titularidad del derecho de huelga; decisión que, en consecuencia, derivó en la convalidación o justificación del despido producido por el Correo Argentino.

Cabe resaltar que, si bien a nivel doctrinario y académico generalmente se hace referencia a la causa “Orellano”, lo cierto es que el mismo día, el Máximo Tribunal también se pronunció en tres causas de similares características, caratuladas “Brindisi, Ricardo Gabriel c/ Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/ juicio sumarísimo”; “Conte, Maximiliano c/ Correo Oficial de la República Argentina SA s/ juicio sumarísimo” y “Deffipilis, Fernando Javier c/ Correo Oficial de la República Argentina SA s/ juicio sumarísimo”, en las cuales, por razones de brevedad, se remitió en su totalidad a los fundamentos de aquella causa primigenia.

Lo propio hizo con posterioridad, al pronunciarse el 4 de octubre del 2016 en la causa “Lafuente, César Roberto c/ Correo Oficial de la República Argentina SA s/ otros reclamos-nulidad de acto discriminatorio”, con similares argumentos.

El análisis en profundidad de lo decidido por la Corte Nacional en el fallo “Orellano” es objeto de tratamiento en el Capítulo 4, de tal manera que la breve referencia a los decisorios que aquí se realiza, lo es al solo efecto de completar la exposición de las distintas interpretaciones de la Corte sobre la ley de asociaciones sindicales y por su relación con lo decidido en estas últimas causas de mención.

Síntesis del capítulo

Los distintos escenarios históricos de nuestro país, con sus diversos matices, se han visto de alguna manera plasmados en la legislación que regula el ámbito asociativo y en este contexto entendemos que cobra vital importancia la aparición del Decreto

23.852/45, momento a partir del cual comenzaron a trazarse los lineamientos directrices de lo que luego se conocería como el “modelo sindical argentino”.

La nota característica de este diseño es la recepción del sistema de la personería gremial, el cual con distintas variantes, se mantuvo en las posteriores regulaciones, hasta verse definitivamente plasmada en la actual ley de asociaciones sindicales 23.551/88.

En este sentido, cabe poner énfasis en las particularidades del sistema vigente, llamado de “unidad promocionada” o “unidad inducida”, que entendemos lo hacen único en su tipo, al conferir la personería gremial al sindicato más representativo, que hubiere actuado durante un período no inferior a seis meses como asociación simplemente inscripta. Ello resulta posible gracias al fuerte reglamentarismo legal propio del sistema, que si bien no impone la unidad, la incentiva, en la medida en que una asociación sindical simplemente inscripta podría obtener la personería gremial, si logra ser la más representativa.

El sistema, que distingue entre las asociaciones con personería gremial y las simplemente inscriptas, las cuales sólo se diferencian entre sí por los derechos que les corresponden a cada una de ellas, ha inspirado diversos cuestionamientos, entre los cuales resulta relevante el que surge de la propia jurisprudencia emanada de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, como máxima intérprete del ordenamiento jurídico.

Creemos que resulta de gran interés la evolución de los precedentes del Alto Tribunal, quien en defensa de la libertad sindical, se ha pronunciado en diversos casos icónicos, en los cuales, a través de la declaración de inconstitucionalidad de varios artículos de la ley que regula las asociaciones sindicales, pareciera enviar un claro mensaje, tendiente a borrar, en forma pretoriana, la distinción entre los dos tipos de entidades allí reguladas. Esta tendencia también se vislumbra en el fallo “Orellano”, en donde si bien no se pronunció a favor de la inconstitucionalidad de normativa alguna, dejó de lado el tema motivo de conflicto relacionado con el despido discriminatorio del actor, para expresarse sobre la titularidad del derecho de huelga, el cual –según este

decisorio- sólo corresponde a las asociaciones con personería gremial y a las asociaciones simplemente inscriptas.

CAPÍTULO 3: EL DESPIDO DISCRIMINATORIO POR MOTIVOS SINDICALES

El dictado de la ley 23.592/88 llamada “ley antidiscriminatoria”, ha ampliado el marco de garantías que aseguran el tratamiento igualitario y no discriminatorio contenido originariamente en la ley de contrato de trabajo. Ello, sin duda se ha visto enriquecido con la reforma constitucional de 1994 al artículo 75 inciso 22, momento a partir del cual ciertos tratados internacionales sobre derechos humanos -referidos al principio de igualdad de trato y prohibición de discriminación-, tienen igual jerarquía que la Constitución Nacional y forman parte del llamado “bloque de constitucionalidad”.

El ejercicio de la libertad sindical puede verse obstaculizado por diversos factores, o prácticas antisindicales, entre las cuales es común encontrar el despido discriminatorio, situación en cuya solución resulta de aplicación la ley 23.592/88, por resultar una normativa transversal al resto del ordenamiento jurídico.

Por tal motivo, intentaremos establecer los alcances de la obligación de no discriminación por motivos sindicales, para lo cual se tendrá en cuenta no sólo los estándares internacionales que integran nuestro bloque de constitucionalidad, sino también los criterios jurisprudenciales emanados de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación.

3.1. Generalidades sobre la discriminación

Creemos necesario efectuar una primera aproximación a lo que debe entenderse por discriminación, a cuyo efecto resulta muy esclarecedor, un interesante estudio sobre el tema realizado por Martínez Vivot (2000), en donde recuerda que la palabra “discriminación” - como referida al trato desigual arbitrario-, apareció con tal sentido en la primera mitad de este siglo, para señalar actitudes de trato desigual y despectivo con respecto a determinado grupo racial y exclusivamente con él, como minoría. Ello de hecho ocurrió con el tratamiento dispensado en Alemania a algunos miembros de la

comunidad judía o también en Sudáfrica con relación a las personas de raza negra, régimen conocido como *apartheid*.

Posteriormente y por extensión, esta expresión se comenzó a utilizar también en referencia al trato desigual otorgado a las mujeres, particularmente a las que trabajaban en distintas actividades extradomésticas. A partir de allí la expresión se generalizó para señalar todo trato desigual y arbitrario ocurrido ya en otro tipo de situaciones, como por ejemplo, la nacionalidad respecto de los trabajadores migrantes, razones políticas, ideológicas o gremiales, el estado civil o el idioma de una persona.

Finalmente la expresión “discriminación” adquirió firmeza y notoriedad al aparecer por primera vez en un Tratado, tal como sucedió con la Declaración Universal de Derechos Humanos adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas, en 1948. Allí el término perdió su nivel de generalización, para aparecer en el texto del artículo 7, vinculado a la igualdad ante la ley, al afirmar que todos “sin distinción” tienen derecho “a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta declaración y contra toda provocación a tal discriminación”.

En materia de relaciones laborales, la expresión no existió sino hasta mitad del siglo y en tal sentido Von Potobsky y Bartolomé de la Cruz (1990) citado por Martínez Vivot (2000) sostienen que recién en el Convenio sobre Política Social (territorios metropolitanos) de 1947, la Organización Internacional del Trabajo afirmó que uno de los fines del mismo “deberá ser el de suprimir toda discriminación entre los trabajadores fundada en razones de raza, color, sexo, credo, asociación a una tribu o afiliación a un sindicato (Art. 10). Cabe destacar que sólo vuelve a utilizarse la expresión en 1958, al aprobarse el Convenio N° 111, sobre discriminación en el empleo y la ocupación” (p.22), el cual la define como “cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato”.

Para Livellara (2003), el principio de igualdad de trato en el contrato de trabajo se traduce en una prohibición al empleador de trato diferenciado injustificado de los

trabajadores, que veda la discriminación ilícita de los mismos. El autor cita a Palomeque López (1985), quien analiza ambos ingredientes o elementos constitutivos de esta figura:

1) trato diferenciado de un trabajador por el empleador en relación con otro u otros de sus compañeros en la empresa por razón de una circunstancia personal ostentada por aquél (edad, sexo, opinión política, afiliación sindical, etc). Discriminar traduce la idea de “separar, distinguir, diferenciar” una persona de otra, lo que supone necesariamente una relación comparativa con otros sujetos, de la que se propone extraer una consecuencia diferenciada, particular y distinta, y 2) trato diferenciado de un trabajador por el empleador que resulta además injustificado, por reprobado por el ordenamiento jurídico (no toda diferenciación de trato comporta una discriminación ilícita). Consecuentemente, se presenta el trato diferenciado injustificado cuando la diferenciación del trabajador en cuestión, en relación a los demás trabajadores, contiene una vulneración de cualquiera de los derechos constitucionales del mismo (p. 76).

De tal manera, en el ámbito específico del derecho laboral, la igualdad de trato y prohibición de discriminación, deben ser compatibilizadas con las facultades directrices propias de la patronal, por lo que la garantía constitucional de igualdad no es absoluta, sino relativa, y está referida a una igualdad en igualdad de circunstancias (Livellara, 1995); entonces, si el trato dispensado por el empleador es diferenciado y responde a razones o circunstancias no objetivas, estaremos frente a una situación de discriminación (Livellara, 2003).

Por lo tanto el despido discriminatorio es aquel cuyo motivo no está vinculado a la funcionalidad de la empresa ni a la laboriosidad o eficiencia del trabajador sino que su móvil son prejuicios irracionales sobre ciertos grupos específicamente protegidos, categorías o situaciones que el sistema legal antidiscriminatorio protege para evitar que se vulnere el derecho a la igualdad de trato o de oportunidades (Karpiuk, 2016).

El ámbito colectivo no resulta ajeno a este flagelo, ya que en ciertas ocasiones, tanto los dirigentes como las entidades sindicales incurren en conductas violatorias de la libertad sindical, lo que puede ocurrir por razones políticas, ideológicas o por simples disputas de poder, que dan lugar a la discriminación (Rial y De Manuele, 2019), que constituye un obstáculo al desempeño del representante gremial.

Este fenómeno, además puede trasladarse a la empresa y afectar el propio vínculo laboral, dando lugar al despido discriminatorio por motivos sindicales, que es otra forma de afectación a la libertad sindical.

3.2. Régimen jurídico

3.2.1. Constitución Nacional

La importancia del análisis del texto constitucional radica en que el mismo constituye el reservorio principal de las declaraciones, derechos y garantías que amparan a los habitantes (Martínez Vivot, 2000).

Según observa Livellara (2003), el principio de igualdad de trato y no discriminación en las relaciones laborales, ya se encontraba consagrado en el artículo 16 del texto constitucional originario de 1853, regulatorio de la igualdad ante la ley, según el cual “todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad”.

Por otro lado la reforma de 1957 incorporó el artículo 14 bis, que garantiza el tratamiento igualitario en materia de remuneraciones, al imponer como directiva el principio de “igual remuneración por igual tarea”.

Sin embargo, creemos que el marco de garantías que aseguran el tratamiento igualitario y no discriminatorio, se vio definitivamente ampliado y completado con la reforma de 1994, que en su artículo 75 inciso 22, otorgó jerarquía constitucional, en las condiciones de su vigencia, a ciertos tratados sobre derechos humanos, con la aclaración de que los mismos “no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”.

Cabe puntualizar que, entre las diversas posturas doctrinarias interpretativas del párrafo transcrito, que son analizadas por Ábalos (2014), compartimos la expuesta por Bidart Campos (1998), según la cual “toda la constitución (su primera parte más el resto

del articulado) en común con los once instrumentos internacionales sobre derechos humanos de jerarquía constitucional (más los que la adquieren en el futuro) componen un bloque que tiene una igual supremacía sobre el derecho infraconstitucional” (p. 345). Al referirse al alcance que debe darse a los términos “no derogación” y “complementariedad”, el autor, con claridad sintetiza que:

ni los artículos de la primera parte de la constitución derogan o dejan sin efecto a normas internacionales de su mismo rango, ni éstos perturban a aquéllos, porque unos y otras, dentro del sistema de derechos al que como fuente alimentan con igual jerarquía, forman un conjunto coherente, insusceptible de desgajar, o desarticular o dividir con supuestas incompatibilidades, oposiciones o contradicciones (p. 347).

De tal manera que, en el grupo de instrumentos internacionales que se refieren al principio de igualdad de trato y prohibición de discriminación, que revisten jerarquía constitucional encontramos, los siguientes:

a. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá, 1948): En su Artículo II establece que: “Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna”.

b. Declaración Universal de Derechos Humanos (Asamblea General de Naciones Unidas, 1948): En el Artículo 2 declara que

1. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. 2. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.

Asimismo, de acuerdo con su Artículo 7 “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”. Asimismo, según el Artículo 23, “1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y

satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo. 2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual...”.

c. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 1966): De acuerdo con su Artículo 2.1,

Cada uno de los Estados partes en el presente Pacto se compromete a respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Ello se ve reafirmado por lo dispuesto en el art. 26:

Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

d. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Nueva York, 1966): Según el Artículo 2.2 “Los Estados partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

e. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Nueva York, 1967): Según el Artículo 5, “En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico”, particularmente en el goce de los derechos que enumera, entre los que se encuentra “...i) El derecho al trabajo, a la libre elección de trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, a la protección

contra el desempleo, a igual salario por trabajo igual y a una remuneración equitativa y satisfactoria...”.

f. Convención Americana sobre Derechos Humanos (San José, Costa Rica, 1969): En su Artículo 1 (Obligación de respetar los derechos) dispone:

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

g. Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Naciones Unidas, 1979): En su Artículo 1 dispone

A los efectos de la presente Convención, la expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

Mientras que en su Artículo 2 establece que “Los estados partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer”, mediante los compromisos que allí asume.

h. Convención sobre los Derechos del Niño (Naciones Unidas, 1989), que en su Artículo 1 dispone que “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”. Mientras que en su Artículo 2 declara

1. Los Estados partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica,

los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

2. Los Estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

Además, destacamos que la reforma de 1994 introdujo otras normativas novedosas en relación a la adopción de medidas positivas destinadas a desterrar la discriminación. Así el artículo 37 apartado 2º dispone que “la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral”. Por su parte el artículo 43 párrafo 2º enumera los sujetos legitimados para interponer la acción de amparo “contra cualquier forma de discriminación”, siendo los mismos “el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización”.

De la misma manera el artículo 75 en su inciso 19 faculta al Congreso a sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden, entre otras cosas, “la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna”; mientras que el inciso 23 lo faculta a “legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”.

En la evolución actual del derecho del trabajo, uno de los principios fundamentales es, precisamente, el de no discriminación, que se traduce en la obligación del empleador de tratar de igual manera a los iguales, en iguales circunstancias y de allí la trascendencia de que haya adquirido jerarquía constitucional en la reforma de 1994. “Es que partiendo del presupuesto básico del respeto de la dignidad de los integrantes de la empresa, no se puede lograr esa valorización de la personalidad humana, si no se

dispensa igual tratamiento, a quienes se hallen en las mismas circunstancias concretas” (Livellara, 1995, p. 289).

3.2.2. Los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo y de la Organización de los Estados Americanos

En directa relación con la reforma constitucional de 1994 al artículo 75 inciso 22 segundo párrafo, los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo ratificados por el Congreso de la Nación tienen jerarquía superior a las leyes (Pinto Varela, 2019). Cabe hacer la salvedad respecto del Convenio 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, que además de tener tal calidad, adquirió también rango constitucional, por la remisión contenida en el artículo 8.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y por el artículo 22.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles, de acuerdo con el análisis que efectuamos en el Capítulo I.

Allí también hicimos referencia a la importancia que en el tema reviste el Convenio 98, sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, ya que ambos instrumentos se complementan entre sí y proscriben la discriminación, en un intento por garantizar el pleno ejercicio de la libertad sindical.

En referencia al tema en análisis, especial mención merecen los Convenios 100 - igualdad de remuneración entre la mano de obra femenina y la mano de obra masculina por un trabajo de igual valor- y 111 -discriminación en materia de empleo y ocupación-.

El carácter fundamental de este último Convenio en su intento por conjurar la discriminación en el mundo del trabajo, es puesta de resalto por Pinto Varela (2019), quien recuerda que en sus considerandos, la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo señala que todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo, tienen derecho a percibir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de oportunidades y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de

oportunidades y agrega que “la discriminación constituye una violación de los derechos enunciados por la Declaración Universal de los Derechos Humanos”.

En nuestra opinión, la importancia de este Convenio radica en contener, en su Artículo 1º, un concepto de discriminación, abarcativo de diversas conductas, las que enumera de la siguiente forma:

(a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;

(b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.

Como puede apreciarse, la enumeración de causales incluidas en el Convenio 111 es del tipo "abierto", toda vez que permite la inclusión de otras por parte de los Estados Miembros, previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y trabajadores o, sin seguir dicho procedimiento, en cumplimiento del deber a "formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto" (Artículo 2º) (Karpiuk, 2016).

También en un rango supralegal se ubican aquellos convenios de la Organización de los Estados Americanos, ratificados por nuestro país, entre los que cabe mencionar la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer o “Convención de Belém Do Pará” (Asamblea General, 1994), ratificada por nuestro país por ley 24.632/96. La importancia de este instrumento radica en que contiene una definición de que lo debe entenderse por violencia contra las mujeres y establece el derecho de las mismas a vivir una vida libre de violencia, como asimismo destaca a la violencia como una violación de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Entre los derechos protegidos cabe mencionar el de libertad de asociación (Artículo 4.h) y a ser libre de toda forma de discriminación (Artículo 6.a).

Asimismo, resulta de trascendental importancia la “Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra las Personas con Discapacidad” (Guatemala, 1999), ratificada por nuestro país por ley 25.280/00. El instrumento define la "discapacidad" como “una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social” (Artículo I.1) y el término “discriminación contra las personas con discapacidad” “significa toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales” (Artículo I.2.a).

3.2.3. Legislación nacional

Según indica Livellara (2003), con anterioridad a la sanción de la Ley de Contrato de Trabajo, el principio de la igualdad de trato de los trabajadores fue expuesto por nuestros tratadistas y receptado por los tribunales laborales. El autor cita a Krotoschin (1947), para quien, no obstante la falta de regulación expresa sobre su obligatoriedad, que llegaría con la ley de contrato de trabajo, “desde la doctrina tradicional se ha considerado que el principio de igualdad de trato y de no discriminación encuentra su fundamento en el deber de buena fe y de previsión del empleador” (p. 80).

Con la sanción de la ley 20.744/74, el principio de trato igualitario de los trabajadores y la prohibición de hacer discriminaciones, de inconfundible raigambre constitucional (Fanjul, 2014), fueron incorporados legislativamente en la letra de los artículos 17 y 81. Sin perjuicio de ello, el artículo 172 excluye todo tipo de discriminación en el empleo fundada en razones de sexo o del estado civil de la mujer, el artículo 178 sanciona con una indemnización especial el despido de la mujer trabajadora por razones de maternidad y embarazo, y también se incluyen normas contra

el despido de la mujer por causa de matrimonio en los artículos 180, 181 y 182 (Livellara, 2003).

Posteriormente, el principio también tuvo recepción legislativa en el artículo 7 de la ley 23.551/88, que prohíbe el trato discriminatorio en la relación de la asociación sindical con sus afiliados, así como respecto de las relaciones entre una asociación de grado superior y otra de grado inferior. Cabe resaltar que la misma normativa regula en su artículo 47 el ejercicio de la acción de amparo, que puede ser interpuesta por todo trabajador o asociación sindical que fuere impedido u obstaculizado en el ejercicio regular de los derechos que otorga la libertad sindical.

Sin embargo, el vacío que aún existía en este tema, se completó, a nuestro criterio, gracias a un acontecimiento muy importante, que marcó un nuevo rumbo a nivel doctrinario y jurisprudencial: la sanción de la ley 23.592/88, conocida como “ley antidiscriminatoria”, de origen netamente civilista, pero de indiscutible aplicación al derecho laboral, que en su art. 1° dispone:

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.

Señala Livellara (2003), que la idea fuerza que inspira esta normativa es la de asegurar a todos los habitantes el efectivo goce de la igualdad ante la ley, para lo cual posibilita que el damnificado pueda acudir judicialmente reclamando que se deje sin efecto el acto discriminatorio o que cese en su realización y la reparación del daño moral y material ocasionado.

Elías (2014) observa que, la formulación genérica de la discriminación que plantea esta ley, como una lesión arbitraria a derechos de rango constitucional, difiere de la técnica empleada por los Tratados Internacionales incorporados al texto constitucional que, en lugar de emplear una fórmula general, describen la discriminación a partir de

una enumeración de móviles discriminatorios. Así, tales textos internacionales aluden a distinciones fundadas en "raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social" (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); en razones de "de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna" (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre); o "motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social" (Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)).

Como dato de interés a destacar, en su origen, la "ley antidiscriminatoria", estuvo vinculada con la decisión política de poner fin a la modalidad de muchos locales bailables de Capital Federal de no permitir el ingreso a determinados jóvenes que no daban el perfil pretendido por sus dueños, en razón de la vestimenta, condición social, color de piel, etcétera (Berduc, 2016).

Sin embargo, Toselli (2010), citado por Méndez (2015), señala que esta ley resulta "acorde a las declaraciones, tratados y convenios que conforman el Derecho Universal de los Derechos Humanos –*ius cogens*- con prevalencia sobre cualquier dispositivo del marco interno que se le oponga. De ahí su aplicación a las relaciones laborales, por cuanto lo contrario sería establecer una segregación normativa hacia el trabajador por el mero hecho de detentar tal condición" (p.135).

En atención a ello, es nuestra convicción que la ley 23.592/88 es de una utilidad innegable a la hora de tratar situaciones de discriminación en el despido, por variadas razones, entre las cuales cabe mencionar a modo de ejemplo: edad, salud, nacionalidad, raza, condición sexual y actividad sindical. A través de la invocación de esta ley el trabajador puede optar por reclamar una indemnización por las consecuencias del acto discriminatorio que se acumula a la tarifa del despido o demandar la nulidad del mismo con la consiguiente reinstalación y pago de salarios caídos y en ciertos casos una indemnización por daño moral (Elías, 2008).

Como dato histórico, cabe mencionar la sanción de la ley 25.013/98, de Reforma Laboral, que en su artículo 11 pretendió introducir la figura del despido discriminatorio. La norma lo conceptualizaba como el originado en motivos de raza, nacionalidad, sexo, orientación sexual, religión, ideología u opinión política o gremial. Fue observada por el Decreto 1.111/98, que limitó las causas de despido discriminatorio a las originadas por motivos de raza, sexo y religión (incluidas las creencias reconocidas oficialmente) y eliminó los términos “nacionalidad, orientación sexual, ideología y opinión política o gremial”. La normativa se aplicaba solamente a los contratos celebrados desde la vigencia de la ley, esto es a partir del 03/10/98, además de cargar con la prueba al trabajador (Grisolía y Herrezuelo, 2004).

Obviamente la disposición ocasionó una serie de conflictos, relacionados con su abierta contradicción respecto de la regulación de la legislación laboral y de la ley general antidiscriminatoria, especialmente por la arbitraria enumeración de móviles discriminatorios, como por la fecha de corte para su aplicación, que generaba una causal de discriminación más (Martínez Vivot, 2000). Tal anomalía fue posteriormente corregida por la ley 25.877/04 de Ordenamiento Laboral, que finalmente derogó la figura y confirmó así la plena vigencia de la ley 23.592/88.

A su turno, la ley 25.212/99, denominada “Pacto Federal del Trabajo”, estableció un nuevo régimen unificado de sanciones laborales, e incorporó entre las infracciones consideradas muy graves a “las decisiones del empleador que impliquen cualquier tipo de discriminación en el empleo o la ocupación por motivos de raza, color, ascendencia nacional, religión, sexo, edad, opinión política, origen social, gremiales, residencia o responsabilidades familiares” (artículo 4 inciso a) (Livellara, 2003).

Finalmente, no podemos dejar de referirnos a la ley 26.485/09 de “Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales”, ya que opinamos que la normativa goza de la misma transversalidad de la ley 23.592/88 y completa, respecto de las mujeres, las disposiciones allí contenidas. Así, el objeto de la ley es, entre otros, promover y garantizar “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en

todos los órdenes de la vida” (artículo 2 inciso a) y garantiza todos los derechos reconocidos por la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, entre los cuales se encuentra el de “una vida sin violencia y sin discriminaciones” (artículo 3 inciso a).

3.3 La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Ugarte Cataldo (2011), citado por García (2019), señala que “la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de discriminación en las relaciones de trabajo ha acompañado la evolución experimentada durante el siglo XX por la sociedad y la política estatal ante el execrable fenómeno y su consecuente recepción por el ordenamiento jurídico infraconstitucional, primero en el ámbito del Derecho Civil y luego en el Laboral” (p. 89).

En este sentido, nos interesa centrarnos en el análisis de los pronunciamientos dictados a partir del caso “Álvarez”, porque pensamos que con tal precedente, el Alto Tribunal inició un camino importante hacia la construcción de un marco protectorio contra el despido discriminatorio por motivos sindicales.

3.3.1. El representante sindical de una asociación simplemente inscripta. El caso “Alvarez”

El 7 de diciembre del 2010, al pronunciarse en los autos “Alvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud SA s/ acción de amparo,” la Corte Suprema de Justicia de la Nación –por mayoría-, confirmó la sentencia que hizo lugar a la acción de amparo y declaró la nulidad del despido de los actores con fundamento en la ley antidiscriminatoria 23.592/88 y ordenó su inmediata reincorporación a sus respectivos puestos de trabajo.

Los actores se desempeñaban en la empresa Cencosud S.A. como personal fuera del convenio del Sindicato de Empleados de Comercio (CCT 130/75), en la “pseudo-categoría” de asesores. Como el sindicato respectivo les había negado su afiliación,

decidieron constituir un nuevo sindicato denominado “Sindicato de Empleados Jerárquicos de Comercio”, integraron su Comisión Directiva y procedieron a inscribir a dicha asociación gremial en la Dirección Nacional de Asociaciones Sindicales del Ministerio de Trabajo.

Luego, el presidente de la Comisión Directiva intimó a Cencosud al pago de diferencias salariales, tras lo cual, el Gerente de Operaciones de la empresa mencionada obtuvo una lista del personal que integraba dicha Comisión Directiva.

Finalmente los integrantes de esa lista fueron despedidos sin causa y los trabajadores afectados consideraron que los despidos resultaron un acto discriminatorio motivado en sus actividades sindicales, por lo que reclamaron la reinstalación en sus cargos y una reparación económica.

La sentencia de primera instancia admitió la pretensión de los accionantes, declaró nulos los despidos y ordenó la reinstalación en los puestos de trabajo por aplicación de la ley 23.592/88, con fundamento en la conducta discriminatoria de la empleadora, al despedir a los actores como represalia por la creación de una entidad sindical.

Apelada la sentencia por la demandada, la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo resolvió - por mayoría-, confirmar la resolución recurrida.

Llegados los autos a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, también con voto dividido, decidió admitir el recurso extraordinario deducido y confirmar la sentencia apelada.

Entendemos, que el núcleo central del decisorio se compone de dos cuestiones fundamentales: la primera de ellas versa sobre la aplicación de la ley 23.592/88 a la relación privada de trabajo y la segunda se refiere a la procedencia de la reinstalación en sus puestos de trabajo solicitada por los actores.

Respecto de la aplicación de la ley antidiscriminatoria, tanto el voto mayoritario –compuesto por los Ministros Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni- y el voto

minoritario –integrado por Lorenzetti, Highton y Argibay-, coincidieron, no sólo en que dicha ley posee raigambre federal, sino también que resulta aplicable a la relación de trabajo privada.

En consecuencia, la causa relativa al despido de un representante sindical de una entidad simplemente inscripta se fundó en el derecho fundamental de igualdad de trato y no discriminación (Arese, 2017), con lo cual se le otorgó ciudadanía judicial a la discriminación antisindical de trabajadores no sindicalizados (Sappia, 2014).

En este sentido, García (2019) observa que para resolver este caso, la Corte podría haber invocado su propia doctrina, sentada con anterioridad en las causas “Asociación Trabajadores del Estado” y “Rossi”, para ordenar la anulación de los despidos y la reinstalación de los actores, pero no lo hizo debido al interés en fijar posición respecto de la aplicabilidad de la ley antidiscriminatoria a las relaciones laborales. De ahí que la importancia de esta sentencia reside en que su eje argumental no fue el artículo 47 ni ninguna otra norma de la ley 23.551/88, sino la aplicación de la ley 23.592/88 a la relación de trabajo.

Luego de hacer una extensa referencia al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, al Bloque Federal de Constitucionalidad, a los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo, especialmente el Convenio 111, doctrina y jurisprudencia, el voto mayoritario expresó las razones por las cuales consideraba que la ley antidiscriminatoria resultaba de aplicación al ámbito del derecho individual del trabajo: no hay nada en el texto de la ley ni en la finalidad que persigue que indique lo contrario; la proscripción de la discriminación no admite salvedades o ámbitos de tolerancia, que funcionarían como “santuarios de infracciones” sino que se reprueba en todos los casos y la especificidad de la relación laboral, desde que la prestación del trabajador está constituida por la actividad humana, la cual resulta *per se* inseparable de la persona humana y de su dignidad (Considerando 6°). Más aún, concluyó que la ley 23.592/88 reglamenta directamente los principios que surgen de los artículos 14, 16 y 17 de la Constitución Nacional y reconoció que el vínculo laboral supone, regularmente, una desigualdad entre las partes, en favor del trabajador (Considerando 11°).

Sin embargo, lo atinente a la reinstalación en sus puestos de trabajo solicitada por los actores a los términos del artículo 1° de la ley 23.592/88, produjo un quiebre sustancial en las opiniones de los integrantes del Alto Tribunal. En efecto, la mayoría se inclinó por la procedencia de la reinstalación, para lo cual dedicó unos extensos cuatro considerandos, entre cuyos fundamentos citó el Protocolo de San Salvador, “que contempla la “readmisión en el empleo” como una de las consecuencias admisibles para la legislación interna en casos de despido injustificado” (Considerando 7°).

Mientras que la minoría estimó que, dado el carácter general y transversal de la ley 23.592/88, correspondía una aplicación prudente, por lo que no se debe obligar al empleador contra su voluntad a mantener en su puesto de trabajo al empleado que no goza de su confianza; en definitiva, ante la negativa de reinstalación procede por analogía una indemnización equivalente a la contemplada en el artículo 245 con más un año de remuneraciones según el artículo 182 de la Ley de Contrato de Trabajo, sin perjuicio de los daños y perjuicios contemplados en el artículo 1° de la ley 23.592.

La solución de la Corte en este último punto invita al debate, no menor, en torno a las consecuencias de la declaración de nulidad del despido discriminatorio a los términos de esta última normativa, sobre si corresponde de manera concluyente la reinstalación del trabajador o si ello puede ser reemplazado por el pago de una indemnización. La cuestión trasluce una colisión entre el ejercicio del derecho constitucional de organización y dirección como obvia derivación del derecho de industria lícita y de propiedad (artículos 14 y 17 de la Constitución Nacional) por un lado y el amparo de derechos fundamentales como los derechos a la igualdad y a la dignidad del trabajador (artículos 14 bis y 16 de idéntico cuerpo legal) (Arese, 2008).

Así, autores como Elías (2008), consideran que el efecto de la reinstalación podría ser temporal, en la medida en que el empleador podría despedir sin causa nuevamente al trabajador reincorporado, como forma de burlar la condena judicial.

Mientras García (2019) señala que una parte importante de la doctrina y la jurisprudencia ven en el voto minoritario de “Alvarez”, la consecuencia natural a la

nulidad del despido prevista por el artículo 1° de la ley 23.592/88, que mejor compatibiliza la libertad de contratación del empleador.

3.3.2. Los fallos posteriores. Casos “Arecco”, “Parra Vera” y “Cejas”

Con acierto observa Arese (2017), que la decisión tomada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Alvarez”, sirvió de base jurídica para los fallos “Arecco, Maximiliano c/ Praxair Argentina S.A. s/ sumarísimo”, del 23 de junio del 2011; “Parra Vera, Máxima c/ San Timoteo SA s/ acción de amparo”, del 23 de agosto de 2011, y “Cejas, Adrián E. c/ Fate S.A. s/ sumarísimo”, del 26 de marzo de 2013, que importaron el reconocimiento de derechos de protección, fundamentalmente sobre la igualdad de trato de quienes ejercieron derechos sindicales o se evidenciaba un trato discriminatorio, pero ligados a derechos de este tipo. Es que, en tanto se verificó que las cuestiones que motivaron la concesión de cada uno de los recursos extraordinarios, guardaban sustancial analogía con las debatidas y resueltas en “Alvarez”, tanto la mayoría como la minoría se limitó a formular una remisión a los fundamentos vertidos en dicho precedente (García, 2019), lo que se advierte de la lectura de las escuetas sentencias en cuestión.

Entendemos que con esta postura la Corte dio un claro mensaje, de mantenerse en su férrea postura de confirmación de la decisión tomada en “Alvarez”, lo que a su vez contribuyó a mantener viva la polémica en torno a las posibles consecuencias del despido discriminatorio a los términos del artículo 1° de la ley 23.592/88, especialmente en lo tocante a la reinstalación del trabajador producto de la nulidad del despido.

3.3.4. La cuestión de la prueba. Caso “Pellicori”

El 15 de noviembre de 2011 la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se pronunció en la causa “Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ amparo”, fallo trascendente que sentó los principios que debían regir

la carga de la prueba en las situaciones en las que se controvertía el motivo real de un despido juzgado de discriminatorio (Pisacco, 2014).

En los hechos, la actora dedujo acción de amparo, al afirmar que había sido despedida por una causal falsa consistente en el uso irregular de una notebook que generó la pérdida de información reservada y que la verdadera razón había sido discriminatoria debido a su vínculo de pareja con un delegado gremial. Solicitó la nulidad del despido y su reincorporación, planteo que fue acogido en primera instancia.

La Sala III de la Cámara Nacional del Trabajo revocó la nulidad del despido con la consiguiente reincorporación dispuesta en primera instancia. El fundamento principal fue que la nulidad intensa que contemplaba el artículo 1° de la ley 23.592/88, requería de la producción de una prueba muy convictiva y una apreciación exigente de la misma, porque en el caso la actora no se encontraba tutelada por la garantía prevista en los artículos 48 y 52 de la ley 23.551/88. Por lo que el hecho de que aquella mantuviera algún vínculo con un delegado gremial podía llegar a constituir un mero indicio, pero no permitía establecer un claro nexo causal con la decisión rescisoria.

Llegados los autos a la Corte Federal, ésta hizo un muy sólido desarrollo de fundamentos para crear pretorianamente una regla probatoria que se apartó del tradicional criterio legal de que la carga de la prueba recae sobre quien alega los hechos respectivos (Maza, 2019).

En efecto, luego de reiterar, en líneas generales los fundamentos del fallo “Alvarez”, el decisorio advierte sobre las serias dificultades probatorias por las que regularmente atraviesan las víctimas de trato discriminatorio para acreditar, mediante plena prueba, dicho motivo. Por ello entiende que en aquellos casos en que se controvierte el motivo real de un acto tildado de discriminatorio a los términos de la ley 23.592/88, por un lado se debe reducir el grado de convicción que respecto de tal motivo debe generar la prueba que recae sobre quien invoca ser víctima de dicho acto. Y por otro lado, se debe modular la distribución de la carga de la prueba y la medida en que ésta pesa sobre el demandado al que se le imputa la responsabilidad por el mismo (Considerando 5°).

También la Corte cita las advertencias de la Organización Internacional del Trabajo, al especificar que uno de los problemas procedimentales más importantes de quien alega una discriminación en el empleo o la ocupación, es la carga de la prueba del motivo discriminatorio. Recuerda que lo más frecuente es que la discriminación sea una acción o una actividad más presunta que patente y difícil de demostrar, especialmente cuando la información y los archivos que podrían servir de elemento de prueba están en manos de la persona a quien se dirige el reproche. Por ello entiende que en algunos países la legislación o la jurisprudencia invierten a veces la carga de la prueba o dan una cierta flexibilidad al demandante en tal sentido (Considerando 7°).

Por lo tanto fija las siguientes reglas o pautas que deben regir en materia probatoria cuando se controvierte la existencia de un motivo discriminatorio a los términos de la ley 23.592/88:

Resultará suficiente, para la parte que afirma dicho motivo, con la acreditación de hechos que, *prima facie* evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación. La evaluación de uno y otro extremo, naturalmente, es cometido propio de los jueces de la causa, a ser cumplido de conformidad con las reglas de la sana crítica y que esta doctrina, no supone la eximición de prueba a la parte que tilda de discriminatorio a un acto pues, de ser esto controvertido, pesa sobre aquélla la carga de acreditar los hechos de los que verosímilmente se siga la configuración del motivo debatido. Tampoco implica, de producirse esa convicción, una inversión de la carga probatoria ya que, ciertamente, en este supuesto, al demandado le corresponderá probar el hecho que justifique descartar el *prima facie* acreditado (Considerando 11°).

Según García (2019), la solución propuesta desplaza la carga de la prueba al empleador, para obviar la dificultad que representa acreditar la motivación antisindical del despido. De tal manera, no es suficiente que el trabajador se limite a invocar el móvil discriminatorio del distracto dispuesto por su empleador, sino que es necesario un principio de prueba, el aporte de los indicios que, sin acreditar de manera inmediata y directa la conducta lesiva, sean idóneos para generar en el juez laboral la sospecha razonable de la conducta discriminatoria.

El autor cita a Ugarte Cataldo (2011), quien elabora una lista ejemplificativa de hechos con valor indiciario, entre los que menciona:

la correlación temporal del ejercicio del derecho fundamental y la conducta lesiva del empleador (como ocurriría si una vez enterado el empleador de que el trabajador ha efectuado una denuncia, lo despidiera en el tiempo inmediato); manifestaciones del empleador que den a entender o puedan leerse motivada por una intención lesiva de derechos fundamentales; la comparación del trato del empleador a trabajadores en una situación semejante a la del denunciante y la existencia de un clima agresivo hacia el ejercicio de derechos fundamentales en la empresa, dado por conductas previas y persistentes del empleador (p. 295).

Tal actividad probatoria mínima o indicio aportado por el actor, creará en el juzgador una creencia lógica y racional sobre la discriminación denunciada cuando, el demandado no logre acreditar una justificación objetiva de su accionar discriminatorio. Esta forma de distribución de la carga de la prueba permite que, dentro de un proceso judicial, el empleador sindicado como autor de tal acto no pueda escudarse en una cerrada y maliciosa negativa de los hechos (Tula, 2019).

Obviamente, y como no podía ser de otra manera, nos parece relevante destacar que, el fallo pone en manos del juez, la ponderación –según las reglas de la sana crítica racional-, de las pruebas aportadas por ambas partes del proceso, en orden a la determinación, en cada caso concreto, de la existencia o no del móvil discriminatorio.

Por tal razón, entendemos que resulta dificultoso –cuando no, imposible- cualquier intento de elaboración de una lista cerrada y exhaustiva de motivos discriminatorios, sino que ello dependerá de las especiales circunstancias invocadas y acreditadas en cada caso en particular, de acuerdo con la regla probatoria analizada.

3.3.5. El activismo sindical. Caso “Ledesma”

El 9 de setiembre de 2014 la Corte se pronunció en la causa “Ledesma, Florencio c/ Citrus Batalla S.A. s/ sumarísimo” y anuló un fallo originario del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes, que había rechazado la demanda por declaración de nulidad del despido y reinstalación del actor, al considerar que por tratarse de un mero activista gremial, no gozaba de la tutela otorgada por los artículos 48, 50 y 52 de la ley de asociaciones sindicales y por lo tanto no correspondía la aplicación de la ley 23.592/88.

De la lectura del fallo puede extraerse como conclusión general, que el despido de un mero “activista gremial” o “cabecilla de los reclamos laborales hechos en su propio beneficio y en el de sus compañeros de trabajo”, aún sin encuadrar en las previsiones de la tutela formal de la ley de asociaciones sindicales, configura un acto de discriminación a los términos de la ley 23.592/88 y hace procedente el pedido de reinstalación.

La síntesis de lo resuelto en cuanto la titularidad de los derechos antidiscriminatorios se encuentra en el Considerando 7°, según el cual:

Los jueces de la causa conjuraron toda posibilidad de trato igualitario entre quienes se encuentran protegidos por la Ley de Asociaciones Sindicales y aquellos que, materialmente aún sin ostentar las categorías comprendidas en esa ley, pueden ser objeto de tratos discriminatorios por el motivo “gremial” contemplado en la ley 23.592. De tal suerte y recurriendo al mencionado valladar interpretativo, el a quo se desentendió del desempeño de “actividad sindical” por parte del recurrente –la que por otra parte admitió (fs. 289 vta.)-, prescindió de todo examen encaminado a esclarecer si aquélla constituyó el factor determinante del despido y no indagó si, en tales condiciones, medió un acto susceptible de ser amparado en la ley mencionada en último término. En efecto, el Superior Tribunal, desacertadamente, no advirtió que era el ejercicio en sí mismo de la actividad gremial el núcleo de la cuestión a resolver y ello, con total prescindencia de la tutela legal específica establecida en la ley 23.551. A los fines de una adecuada solución de la causa, era necesario indagar si se había configurado la concurrencia de aquel proceder inadmisibles –la discriminación, de la que pudo derivar el despido cuestionado- en conexión con la “actividad gremial” del actor, aunque ésta no encuadrara en las previsiones formales de la Ley de Asociaciones Sindicales...un nuevo pronunciamiento deberá indagar si el despido impuesto al demandante, como el mismo a quo insinuó en su sentencia, obedeció a motivos discriminatorios en razón de asumir aquél reclamos propios y ajenos, los que se habrían referido, entre otras cuestiones, a la oportunidad del goce de las vacaciones a favor de él mismo y de otros dependientes.

Sin embargo, el decisorio presenta algunas particularidades que, pensamos, deben ser destacadas.

La primera de ellas, se refiere a que, al igual que ocurrió con el fallo “Alvarez”, existe plena coincidencia en los votos mayoritario y minoritario en cuanto a la aplicación de lo decidido en aquella causa. En esta oportunidad el voto minoritario estuvo sólo constituido por la disidencia parcial del Ministro Lorenzetti, quien sólo se pronunció a favor de la aplicación de la ley antidiscriminatoria al activista gremial, lo

que, creemos, guarda coherencia con lo decidido en “Alvarez”, en donde dejó sentada su postura a favor de la sustitución indemnizatoria de la reinstalación.

Sin embargo, como segunda observación, en el voto mayoritario, los Ministros Lorenzetti, Fayt, Maqueda y Zaffaroni, consideraron necesario indagar si se había configurado la concurrencia de la discriminación, de la que pudo derivar el despido cuestionado, en conexión con la "actividad gremial" del actor, aunque ésta no encuadrarse en las previsiones formales de la Ley de Asociaciones Sindicales.

Mientras que Petracchi, si bien no se opuso al voto mayoritario, consideró lisa y llanamente que la cuestión debía resolverse por aplicación de lo resuelto en “Alvarez”, a cuyos fundamentos y conclusiones se remitió.

Por último, observamos que, a diferencia de “Alvarez” en donde el despido antisindical del actor se resolvió enteramente a la luz de la aplicación de la ley 23.592/88, en este caso, además, se abordó la temática, también en directa referencia a la ley 23.551/88, para extender la protección al simple activista sindical, aún cuando se encontrare fuera de la tutela provista por esta última norma.

3.3.6. El daño moral. Casos “Farrell” y “Bibby”

El 6 de febrero de 2018, el Alto Tribunal Nacional, dictó sentencia en los autos “Farrell, Ricardo Domingo c/ Libertad S.A. p/ despido” y “Bibby, Nicolás c/ Libertad S.A. p/ despido”.

En el año 2006 Ricardo Farrell y Nicolás Bibby participaron, junto con 54 compañeros de trabajo, en una reunión en la que los trabajadores decidieron presentarle una nota a su empleadora para que evaluara la posibilidad de otorgar un aumento salarial al personal jerárquico fuera de convenio. Sin embargo, a los pocos días ambos fueron despedidos por la empresa, propietaria de una cadena de supermercados, quien adujo como causa de los despidos el supuesto incumplimiento de objetivos comerciales de ventas.

Ambos trabajadores alegaron que, en realidad, se trataba de una represalia por el reclamo salarial y demandaron judicialmente las indemnizaciones laborales por despido injustificado y, además, una indemnización civil adicional por el daño moral que les provocó la conducta discriminatoria asumida por la empresa, a los términos de la ley 23.592/88.

Los reclamos fueron declarados procedentes en primera instancia, sin embargo, el Superior Tribunal de Córdoba, hizo lugar a las indemnizaciones laborales por despido, pero rechazó los reclamos de indemnización por daño moral bajo el argumento de que la conducta discriminatoria reprochada no surgía del acto mismo del despido, ni del contexto fáctico que había rodeado a las desvinculaciones.

El análisis conjunto que realizamos respecto de estos casos se justifica, no sólo por tratarse de reclamos idénticos, sino porque en la causa “Farrell”, se considera que existe cuestión federal suficiente, atento a que la decisión “no ha efectuado un adecuado examen de las cuestiones planteadas de conformidad con la prueba producida en la causa” (Considerando 4º), mientras que en “Bibby”, la Corte va más allá, y afirma que el reclamo indemnizatorio por daño moral suscita cuestión federal, además de haber desestimado el reclamo en la instancia anterior “de un modo dogmático, incompatible con el respeto que impone la garantía de la defensa en juicio” (Considerando 5º).

Al igual que lo hiciera en “Pellicori”, el alto tribunal enumeró una serie de circunstancias que emanaban de la causa que, a su juicio, el Superior Tribunal de Córdoba no había analizado debidamente, por lo que finalmente decidió dejar sin efecto la sentencia apelada y devolver los autos a origen para el dictado de un nuevo fallo.

Confalonieri (2019) nos advierte sobre la vaguedad del fallo “Farrell”, que no tiene la más mínima referencia a la nulidad del despido y el consecuente reintegro del trabajador a su puesto de trabajo, lo que evidencia que la decisión central se focalizó en la procedencia de la indemnización de daño moral a raíz de un despido discriminatorio, lo que confirmó la doctrina sentada en “Álvarez”.

De tal manera, la Corte escuetamente concluyó que

En ese marco, el *a quo* no pudo afirmar, sin efectuar al menos una ponderación de esas pruebas y elementos o dar fundamentos válidos para descartarlos, que la conducta discriminatoria reprochada a la demandada no surgía del "contexto fáctico que rodeó la desvinculación", máxime cuando la empleadora había invocado supuestas razones para disponer el despido del actor con justa causa por pérdida de confianza que no resultaron probadas. El mero señalamiento de que "la supuesta conducta reprobada no surge del acto mismo del despido", resulta inconsistente para dar sustento a la decisión pues la discriminación, por lo común, se caracteriza por constituir una conducta solapada, oculta o encubierta, que no es reconocida por quien la ejecuta y, por lo tanto, es harto improbable que surja de los términos de una notificación rescisoria. De ahí que necesariamente deba ser demostrada mediante otras pruebas. Frente a ello, carece de fundamento la conclusión del *a quo* que descartó, sin más, los diversos elementos que la cámara había valorado en detalle para basarse en el texto formal de la comunicación del cese (Considerando 6°).

En nuestra opinión, idéntica situación se percibe en la causa "Bibby", en donde de nuevo y sin mayores argumentos se resolvió que

Los fundamentos dados por la cámara fueron objeto de crítica en el recurso de casación de la actora (fs.265/285) en el que se esgrimieron serios argumentos dirigidos a demostrar que, incluso en los términos de la propia sentencia recurrida, la conducta que se había atribuido a la demandada resultaba censurable y encuadrable tanto en el arto 1071 del Código Civil como en la ley 23.592, por haber sido el despido "abusivo" y "discriminatorio". De ahí que resulte dogmática la afirmación del *a quo* relativa a que "no se encontraba justificada la premisa de que el distracto fue un castigo por reclamar recomposición salarial" cuando la cámara, en función de los elementos fácticos examinados, había arribado a una conclusión contraria. Y, si bien en su decisión definitiva ese tribunal no admitió la procedencia del daño moral, lo cierto es que al efecto proporcionó diversos motivos que el demandante cuestionó en su recurso de casación mediante razonadas impugnaciones de las que, finalmente, la corte local hizo caso omiso (Considerando 7°).

En referencia a tales fundamentos, Ibarlucía (2018) considera que, con su nueva composición, el alto tribunal, con la firma de los Ministros Rosatti, Maqueda y Highton, ha ratificado la doctrina de "Álvarez", "Pellicori" y "Ledesma", en cuanto a que la ley 23.592/88 protege al trabajador que realiza actividades gremiales aún cuando no sea formalmente delegado gremial.

Sin embargo, también señala este autor que resulta llamativo que la Corte no haya citado los fallos aludidos, como lo hace habitualmente en cualquier cuestión que resuelve, por lo que cabe preguntarse, si con ello se ha querido dejar abierta una rendija para apartarse en algún caso en que no fuera tan clara la descalificación de la sentencia

por arbitrariedad. Sobre todo si se tiene en cuenta que uno de los jueces firmantes es la Doctora Highton, quien votara en disidencia en el caso "Álvarez", al propiciar una indemnización especial en caso de despido discriminatorio pero no la reincorporación (Ibarlucía, 2018).

3.3.7. De nuevo sobre la prueba. Caso "Varela"

El 4 de septiembre de 2018, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, retomó el abordaje y tratamiento de la carga de la prueba en los autos "Varela, José Gilberto c/ Disco S.A. s/ amparo sindical".

En los hechos, se trataba de un trabajador destacado y con más de diez años de antigüedad, que en reiteradas oportunidades instó a sus compañeros para que se organizaran y propusieran la designación de delegados obreros, llegando a presentar notas ante el Ministerio de Trabajo de la Nación, la Dirección de Inspección Laboral y el gremio para que se exigiera a la patronal tal elección. Sin embargo, el actor fue primero suspendido y luego despedido por supuestas irregularidades, lo que, a su entender encubrió un despido por motivos sindicales. Por ello promovió demanda contra su empleadora persiguiendo la declaración de nulidad de su despido con sustento en lo dispuesto por el artículo 43 de la Constitución Nacional, los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo 87 y 98 y el artículo 47 de la ley 23.551/88.

En primera instancia se hizo lugar a la demanda en todas sus partes, ya que el juez concluyó que la declaración en rebeldía de la demandada implicó un reconocimiento tácito de los extremos mencionados en el escrito inicial. En tal sentido, consideró demostrada la afiliación del actor a la entidad sindical, las gestiones llevadas a cabo ante la autoridad administrativa requiriendo la convocatoria a elección de delegados obreros y el apoyo de sus compañeros, el dictamen favorable del Ministerio de Trabajo, la intimación a la Seccional Catamarca del Centro de Empleados de Comercio a que disponga la convocatoria a elecciones de delegados, la existencia de actividad sindical del actor durante el desarrollo de la relación laboral y el motivo discriminatorio del despido.

Si bien la Cámara de Apelaciones confirmó el decisorio, entendió que la ley 23.551/88 no prevé la reinstalación del activista sino solo la de los representantes gremiales, con fundamento en que en el ámbito laboral privado, la estabilidad del dependiente es impropia; decisión que a su vez, fue confirmada por la Corte de Justicia de la Provincia de Catamarca, lo que, en definitiva, motivó la queja extraordinaria.

Observa Confalonieri (2019), que el voto mayoritario de los Ministros Highton, Maqueda y Rosenkrantz, solo ratificó la doctrina sentada en "Pellicori", con algunos agregados puntuales sobre los despidos discriminatorios por cuestiones de índole sindical; mientras que, en el voto del Ministro Rosatti, hay párrafos que expresan apego a la doctrina del fallo "Álvarez". En este sentido, se trata del primer fallo que dictó la Corte sobre el ejercicio de la libertad sindical, con composición actual, en el que los ministros Rosenkrantz y Rosatti han mantenido el criterio establecido por la composición anterior del Máximo Tribunal (Stile y Mañko, 2018).

Otro aspecto característico del fallo es su progresividad, al poner en una misma escala la ley 23.551/88 con la ley 23.592/88, en tanto las considera de aplicación a los trabajadores que no tienen un cargo sindical, sino que ejercen derechos sindicales "regulares" de los trabajadores, tales como el derecho a peticionar, libertad sindical y de expresión, democracia sindical, elegir y ser elegido (Duarte, 2019).

Para Hofele (2018) la Corte no solo revocó el fallo de la justicia provincial de Catamarca sino que ratifica, aclara y amplía la fundamentación para este tipo de reclamos.

En tal sentido, el voto mayoritario recordó el estándar de prueba exigido cuando se invocan conductas discriminatorias, sentado en "Pellicori". Así el trabajador deberá demostrar con visos de verosimilitud suficiente, que estaba llevando a cabo la actividad que merece la protección de la normativa invocada, de entidad tal que sea considerada como opinión gremial y que de esa manera satisfaga los requisitos más generales de la libertad de expresión. De acuerdo con ello, lo relevante del accionar del activista o militante sindical es el hecho del despido por esa labor que afecta un derecho humano fundamental como la libertad de expresión. Una vez demostrado ello, el empleador aún

puede probar que el despido no fue discriminatorio, diferenciando según se trate de un despido sin expresión de causa o de un despido con expresión de causa. En el primer supuesto bastará al empleador probar que el trato dispensado al trabajador no obedeció al reproche discriminatorio; mientras que en el segundo supuesto le bastará a la demandada demostrar que dicha causa se ha configurado, para con ello desactivar el reproche discriminatorio (Toselli, 2017).

La Corte Nacional reclamó a la Corte Provincial, el haber ignorado tal estándar, al no tener en cuenta elementos probatorios que daban cuenta de la verosimilitud de la afirmación del actor acerca de que su desvinculación obedeció a su actividad sindical, especialmente la documentación que acreditaba una presentación concreta efectuada por el demandante ante el Ministerio de Trabajo para que se convocara a elecciones de delegados de personal, de lo cual había recibido acogida favorable.

Asimismo, ponderó que no se había emitido un juicio fundado respecto de las testimoniales, que acreditaban el apoyo de los compañeros de trabajo a los reclamos de tipo gremial efectuados por el actor.

También examinó la conducta de la empresa, y en este sentido, entendió que la Corte local de Catamarca, omitió por completo examinar si aquella satisfizo la carga que sobre ella pesaba, además de omitir el hecho de que la empresa no contestó la demanda, no produjo prueba, como tampoco consideró la postura de las sentencias de primera y segunda instancia según las cuales, la falta de contestación por parte de la empresa la perjudicaba.

El voto del Ministro Rosatti se esfuerza en que la ley 23.592/88 fue sancionada pocos meses después de la ley 23.551/88, lo que hace presumir que el legislador quiso evitar los actos discriminatorios en el ámbito laboral, al ofrecer una nueva opción hasta el momento no contemplada en la legislación. Más aún, sostiene que la ley antidiscriminatoria amplía la protección de las leyes especiales (como la ley de asociaciones sindicales), de lo que se deduce que, a su criterio, se aplica en forma subsidiaria. El voto insiste en que no puede haber libre ejercicio de actividades gremiales, si no se protege la libertad de reunión, de expresión y de asociación. Hace

hincapié —siguiendo la doctrina de "Aquino", "Vizzotti", "Álvarez" y tantos otros— en el principio de progresividad de los derechos humanos y en particular en la especial tutela que merecen los trabajadores en nuestro sistema constitucional. Con cita de fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos expresa que la protección contra todo acto discriminatorio en el ámbito de la libertad sindical y sus condiciones imprescindibles (libertad de opinión, de expresión y de reunión), son patrimonio de todo trabajador, sindicado o no, con pretensiones de representatividad o sin ellas (Ibarlucía, 2018).

A título personal creemos que el voto de Rosatti, si bien no contradice los fundamentos del voto mayoritario, en el Considerando 6° introduce por vía indirecta, una reinterpretación del fallo “Álvarez”, en aquellos casos de actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como opinión política o gremial, de acuerdo con el artículo 1° de la ley 23.592/88.

En efecto, luego de reafirmar que dicha normativa general se aplica tanto a la ley 23.551/88 como a la ley 20.744/74, a renglón seguido, hace referencia a la acción específica de reinstalación prevista por el artículo 52 de la ley de asociaciones sindicales que “dio al afectado la facultad de elegir entre una acción dirigida a lograr la *restitutio in integrum* (dejar sin efecto el acto discriminatorio con más el pago de los salarios caídos durante la tramitación judicial) o una indemnización agravada”.

Para finalmente concluir el punto con la siguiente afirmación: “De lo expuesto se sigue que para el legislador no había tensión alguna en la coexistencia de distintos modos de reparación; solo así puede justificarse un régimen laboral en el que la respuesta legal transita entre un mínimo -reparación económica- y un máximo -restitución a las condiciones previas al acto discriminatorio-, a opción de la víctima”.

Dicho en otras palabras, se vislumbra en el voto, un esfuerzo por superar la dicotomía que produjo “Álvarez”, en cuanto a las consecuencias reparatorias del acto discriminatorio realizado en contra del activista sindical, quien podrá optar entre un mínimo (la indemnización) y un máximo (la restitución a su lugar de trabajo más el

pago de los salarios caídos), lo que, entendemos es una proyección de los principios de progresividad y *pro persona* desarrollados en el Considerando 9°.

De todas formas, al mantener plenamente vigente las conclusiones de “Pellicori”, creemos que, la evaluación de las circunstancias esgrimidas en la causa en torno al móvil discriminatorio, como su prueba, siguen siendo facultad del juez, de acuerdo con las reglas de la sana crítica racional.

Síntesis del capítulo

El mundo del derecho del trabajo no resulta ajeno al fenómeno de la discriminación, entendida como el trato diferenciado del empleador hacia el trabajador o un grupo de ellos, basado en razones injustificadas, no objetivas, producto de motivaciones irracionales, siendo un claro ejemplo de ello la actividad sindical, situación que finalmente puede dar lugar al despido del/los empleado/s afectado/s, lo que produce una grave afectación al ejercicio de la libertad sindical.

En nuestro país existió originariamente todo un plexo normativo regulatorio de la igualdad de trato y prohibición de discriminación, compuesto por las distintas disposiciones contenidas tanto en nuestra Constitución Nacional, como en la ley 20.744/74 y la ley 23.551/88.

El vacío legislativo que aún existía en el tema, fue llenado a partir de dos acontecimientos de gran trascendencia: por un lado, la sanción de la ley 23.592/88 conocida como “ley antidiscriminatoria”, de origen netamente civilista, pero de indiscutible aplicación al derecho laboral y por otro lado, la reforma constitucional de 1994, que otorgó jerarquía constitucional, en las condiciones de su vigencia, a ciertos tratados internacionales sobre derechos humanos que, unidos a los adquieran tal calidad en el futuro, componen el bloque de constitucionalidad federal.

En materia sindical, cobra relevancia el Convenio 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, que además de tener jerarquía superior a las

leyes, adquirió también rango constitucional, por la remisión contenida en el artículo 8.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y por el artículo 22.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles. Tal instrumento a su vez se complementa con el Convenio 98, sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, lo cual reviste importancia, ya que ambos Convenios garantizan el ejercicio de la libertad sindical a través de la proscripción de la discriminación.

En nuestra opinión, suscita interés el análisis efectuado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sobre el despido discriminatorio ligado a motivos sindicales, al abordar no sólo aspectos sustanciales, sino también procesales, vinculados al sujeto protegido, el régimen probatorio y las consecuencias que el mismo acarrea.

No cabe duda de la protección contra el despido discriminatorio respecto del representante sindical de una entidad con personería gremial, pero a partir de la interpretación que surge de los fallos del Alto Tribunal, dicha protección también es extensiva al representante sindical de una entidad simplemente inscripta, al activista sindical y aún a personas vinculadas con delegados sindicales.

Otra cuestión importante es la atinente a la prueba del acto discriminatorio, por las dificultades que plantea su acreditación y teniendo en cuenta que no existe un catálogo cerrado y exhaustivo de móviles discriminatorios. Por ello y atento los bienes jurídicos en juego, entendemos acertada la inversión de la carga probatoria dispuesta por la Corte Suprema en estos casos, de tal manera que al trabajador le bastará probar en el grado de verosimilitud suficiente los hechos y que el despido por tal motivo lesiona un derecho humano fundamental. Mientras que el empleador debe probar que el despido no fue discriminatorio; si fue un despido sin causa le bastará acreditar que el trato dispensado al trabajador no obedeció al reproche discriminatorio, mientras si se trató de un despido con causa le bastará con demostrar la configuración de la misma.

Respecto de las consecuencias que acarrea el despido discriminatorio, pensamos que la postura de la Corte ha evidenciado ciertas oscilaciones, desde que en sus primeros fallos se mostró en su mayoría favorable a la reinstalación, mientras que recientemente se ha inclinado por aceptar que existen variados modos reparatorios que van desde la

reinstalación a la indemnización y más aún hasta considerar arbitrario el fallo que desestimó el daño moral en estos casos, lo que, de alguna manera deja abierta la discusión en torno a este tema.

Estas primeras afirmaciones, revelan la preocupación del Tribunal Nacional en pronunciarse sobre distintos aspectos del despido discriminatorio y dejan abierto el interrogante sobre las motivaciones que tuvo al pronunciarse en el fallo “Orellano”, en donde obvió el tema motivo de conflicto relacionado con el despido discriminatorio del actor, para abordar la titularidad del derecho de huelga, lo que será abordado en el capítulo siguiente.

CAPÍTULO 4: EL CASO ORELLANO

En los capítulos anteriores, nos referimos a la importancia de la libertad sindical dentro del llamado “modelo sindical argentino”, el cual en ciertos aspectos ha sido objeto de consideración a través de algunos fallos trascendentes, dictados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. También hemos analizado la preocupación del Alto Tribunal, por sentar criterio respecto del despido discriminatorio por motivos sindicales, lo cual ha llevado a cabo en pronunciamientos de no menor importancia.

A partir de ello, intentaremos indagar sobre los fundamentos que tuvo la Corte Nacional para fallar de la manera en que lo hizo en la causa “Orellano”, como asimismo analizar las posibles consecuencias prácticas del decisorio.

Creemos importante anticipar que, el estudio del fallo en cuestión, no se hará en forma aislada, sino en relación con otros pronunciamientos dictados por la propia Corte sobre las temáticas implicadas. Lo contrario, conllevaría el peligro de arribar a conclusiones parciales, sesgadas, que atentarían contra el rigor científico de la presente investigación.

4.1. Descripción de la causa

4.1.1. El origen del conflicto

Creemos necesario hacer referencia a los hechos que desencadenaron el caso motivo de estudio, lo que permitirá la comprensión de lo resuelto en las distintas instancias, como asimismo el debate posterior acerca de lo decidido por la Corte Nacional.

En mayo de 2009 el Correo Oficial de la República Argentina S.A. y los sindicatos con personería gremial que actuaban en el ámbito del mismo, se encontraban desarrollando negociaciones colectivas de trabajo con el objeto de acordar aumentos salariales y de condiciones de trabajo. En el marco de esas negociaciones las entidades

sindicales con personería gremial adoptaron distintas medidas de acción directa entre el 13 y el 26 de mayo, mientras que entre el 26 y 29 de mayo se produjeron reuniones de trabajadores autoconvocados, que luego cesaron ante la intimación cursada por parte del empleador.

En tal contexto, la planta de Monte Grande fue el único establecimiento del Correo Oficial de la República Argentina S.A. en el que se produjeron convocatorias de trabajadores por fuera de las organizaciones sindicales reconocidas como más representativas. Así, un grupo de trabajadores se autoconvocó para deliberar y entorpeció la producción, lo que generó que seis millones de piezas postales no fueran procesadas (Cuartango, 2016).

Las medidas tomadas por los trabajadores consistían en el trabajo a reglamento y realización de asambleas en el horario y lugar de trabajo que interrumpían la actividad. Tales medidas se llevaban adelante en un contexto de disputa de encuadramiento sindical que involucraba a Asociación de Trabajadores del Estado por un lado y por el otro a las asociaciones vinculadas con la actividad de la empresa. El actor, junto con otros empleados, militaban durante el conflicto a favor de Asociación de Trabajadores del Estado, que no tenía personería gremial para actuar en el ámbito del Correo Oficial y a su vez, había convocado a elecciones en el establecimiento, con oposición del empleador y las demás asociaciones que disputaban el encuadramiento sindical.

Finalmente el trabajador, junto a un grupo de sus compañeros, fueron despedidos por la demandada el 14 de julio de 2009, con causa fundada en su participación en las asambleas celebradas entre el 13 y el 29 de mayo de 2009 en el horario de trabajo, así como también por haber llevado adelante medidas de acción directa invocando una representación que no poseían (Mansueti, 2016).

4.1.2. La judicialización del caso

Ante la acción sumarísima planteada por el actor, la sentencia de primera instancia declaró la nulidad del despido dispuesto por la demandada, por considerar que

existió una motivación antisindical y discriminatoria en los términos del artículo 1° de la ley 23.592/88, artículo 47 de la ley 23.551/88 y de los artículos 16 y 75 de la Constitución Nacional. Asimismo, ordenó la reinstalación en el puesto de trabajo de Orellano, con el pago de los salarios caídos desde la fecha del despido nulificado y la reparación del daño moral ocasionado por la conducta asumida por la demandada (Cuartango, 2016).

La accionada apeló la decisión y expresó sus agravios respecto de lo resuelto por el tribunal de grado en cuanto a la titularidad del derecho de huelga, porque consideró que el mismo no se hallaba en cabeza del actor. También consideró inaplicable la ley 23.592/88 al ámbito del derecho del trabajo y cuestionó aspectos accesorios vinculados a la intimación previa a trabajar al actor, monto de condena por daño moral, etcétera.

La Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, resolvió confirmar la resolución recurrida. Así, respecto del derecho de huelga, afirmó que su "titularidad concierne al grupo de trabajadores de la actividad u oficio unidos por una causa y no a ellos como sujetos individuales". A partir de lo resuelto por la Corte Nacional en el caso "Asociación de Trabajadores del Estado", consideró inadmisibile la necesidad de una afiliación a una asociación sindical con personería gremial para ejercer la representación de los trabajadores. Razonó entonces que "esa interpretación se proyecta en forma clara sobre el sujeto del derecho de huelga, porque de no seguir dicho criterio el grupo colectivo estaría obligado a afiliarse a un sindicato para poder ejercer el medio de presión que cuenta con protección constitucional". Asimismo, interpretó el ejercicio del derecho de huelga como integrante de la libertad sindical consagrada por el Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo.

Por otro lado, y luego de declarar aplicable la ley 23.592/88 al ámbito del contrato de trabajo consideró que el actor fue despedido por su activa y directa participación en reuniones celebradas en el lugar de trabajo, las que estaban dirigidas a la obtención de mejoras de salarios y contaban con la presencia de un número importante de personal "lo que permite vislumbrar la existencia de un hecho colectivo encuadrable en el ejercicio de la libertad sindical a que alude el artículo 14 bis de la

Constitución Nacional y el Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo" (Mansueti, 2016).

4.1.3. Lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Con carácter previo a la decisión, la Corte Nacional convocó a una Audiencia Pública para debatir el tema de la titularidad del derecho de huelga y se abrió la posibilidad de que participaran de la misma todos aquellos *Amicus Curiae* que cumplieran con los requisitos establecidos por la reglamentación, como asimismo se invitó a la Procuradora General de la Nación (Cuartango, 2016); todo ello con la finalidad de que las partes y los sectores interesados en la disputa expusieran sus alegaciones (Gelli, 2016). Así, se presentaron como "amigos del tribunal" la Asociación de Trabajadores del Estado, la Central de Trabajadores de Argentina, la Federación de Trabajadores Aceiteros, el Sindicato de Trabajadores de la Industria de la Construcción y Afines, la Asociación de Abogados Laboralistas, la Asociación de Abogados de Buenos Aires, el Instituto de Derecho Social de la Universidad Nacional de La Plata, el Centro de Estudios Legales y Sociales y la Unión Industrial Argentina (esta fue la única representación de empleadores) (Arese, 2016).

Es importante destacar que, como surge del propio relato del fallo, tras la convocatoria a la audiencia celebrada el 10 de septiembre de 2015, la parte actora efectuó una presentación en la que alegó la falta de subsistencia del interés recursivo en la demandada en razón de que, según sus propias manifestaciones, el 11 de julio de 2013 había reincorporado al actor a su puesto de trabajo, dando con ello cumplimiento a la sentencia apelada. Por lo que solicitó la aplicación de la doctrina del "pago voluntario sin reserva" como equivalente al desistimiento tácito de la queja.

Sin embargo, el Alto Tribunal rechazó dicha presentación por considerar que de conformidad con las constancias de la causa, la reincorporación del actor no constituyó un acto voluntario y espontáneo de la demandada, sino que obedeció a una intimación ordenada bajo apercibimiento de aplicarse una sanción conminatoria de \$500 por cada día de demora desde la resolución del 2 de julio de 2012. Además de que la condena

decretada involucró no solo la obligación de reincorporación sino también el pago de indemnizaciones de daños y perjuicios sin que existan elementos en el expediente que demuestren que estas últimas hayan sido satisfechas (Considerando 5°).

Ahora bien, al abordar el tratamiento de los agravios expresados en el recurso extraordinario, en voto unánime de los Ministros Lorenzetti, Highton y Maqueda, la Corte fundamentó que sólo atendería exclusivamente a los relativos a la titularidad del derecho a promover una huelga, “pues ponen en tela de juicio la interpretación que hizo el a quo de normas de indudable carácter federal y se trata de una cuestión cuyo esclarecimiento resulta fundamental para una adecuada solución del caso”. Además recordó su doctrina invariable según la cual “en la tarea de establecer la inteligencia de normas federales no se encuentra limitada por las posiciones del tribunal apelado ni por los argumentos de las partes sino que le incumbe efectuar una declaración sobre el punto disputado según la interpretación que rectamente les otorgue” (Considerando 6°).

Creemos que este último considerando es la clave para entender la decisión del Alto Tribunal, que optó por no tratar el tema de la aplicación o no de la ley 23.592/88, que también había sido propuesto por la accionada y se inclinó por delimitar el derecho de huelga desde el punto de vista objetivo y subjetivo.

Así, refirió que “la huelga y las medidas de acción directa asimiladas a ella –vgr.: “paros intermitentes”, “trabajo a reglamento”, “trabajo a desgano”, etc.- implican la abstención o el retaceo de la prestación laboral por parte de los trabajadores como medio de presión para lograr que se satisfagan ciertas reclamaciones previamente expresadas” (Considerando 7°).

De tal manera la Corte ha definido el tipo de medidas a adoptar como medio de presión –léase para obligar- al empleador a satisfacer reclamos expresados con anterioridad. Pero el párrafo no termina ahí, sino que, a renglón seguido también se ocupa de lo que podríamos llamar “efectos expansivos de la huelga” y que trascienden a los tradicionalmente enumerados por la doctrina, cuando expresa:

Al obstaculizar el normal desarrollo de las actividades de producción de bienes o de prestación de servicios en las que los trabajadores se desempeñan, las medidas

de acción directa no sólo perjudican al empleador sino que también afectan los intereses de los destinatarios de dichos bienes y servicios, es decir, de los consumidores o usuarios. Es así que el desarrollo de la huelga provoca una evidente tensión con el ejercicio de los derechos del empleador (libertad de comerciar, de ejercer toda industria lícita, etc.) así como también con derechos de terceros o de la sociedad (de transitar, de enseñar y aprender, a la protección de la salud, a la adquisición de bienes para una adecuada alimentación y vestimenta, a que se asegure la calidad y eficiencia de los servicios públicos, etc.) que también cuentan con protección constitucional.

Finalmente, con respecto a los sujetos, determinó que la titularidad del derecho a declarar una huelga no pertenece al trabajador en forma individual, ni a cualquier grupo informal de trabajadores (Considerando 8°), sino a las asociaciones sindicales que hubiesen cumplido el requisito de la inscripción (Considerando 15°).

Consecuentemente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo lugar al Recurso Extraordinario interpuesto por la demandada, revocó la sentencia de primera instancia y ordenó la remisión del expediente para el dictado de un nuevo pronunciamiento de conformidad con los parámetros analizados.

En síntesis, a partir de lo resuelto por el fallo, el derecho a declarar una huelga, queda reservado a la asociación sindical con personería gremial y a la simplemente inscripta, no así al trabajador en forma individual, como tampoco a cualquier grupo informal de trabajadores.

Cabe destacar que, si bien poco se habla del tema, atento a que en los distintos ámbitos generalmente se hace mención a lo resuelto en “Orellano”, uno de los primeros resultados de nuestra investigación fue, que lo allí decidido fue aplicado por remisión y sin mayores fundamentos en las causas “Brindisi”, “Conte”, “Defilippis” y “Lafuente”; ello justifica el análisis del fallo en cuestión, atento la incidencia que podría tener en los casos mencionados, de similares características que el referenciado en primer término.

4.2. Análisis crítico de la sentencia

4.2.1. La falta de pronunciamiento sobre el despido discriminatorio

El fallo en estudio desató, a nivel doctrinario, una oleada de críticas, que, con diversos argumentos, desaprobaron la decisión tomada por el Cíbero Tribunal.

De todas ellas nos interesa centrarnos en la que resulta motivo de esta investigación, relacionada con la ausencia de análisis del tema principal planteado desde el inicio de la causa por el actor, constituido por el despido discriminatorio sufrido como consecuencia de su actividad sindical.

En tal sentido, Duarte (2016) advierte con acierto, que el fallo no resuelve el tema central del conflicto, relativo al trato discriminatorio sufrido por el trabajador, quien ejerció una actividad gremial que se encontraba implícita en el concepto de "libertad sindical" perteneciente al Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo.

Sin embargo, creemos que no ha sido suficientemente analizada la situación del trabajador, quien con tal decisión vio, de alguna manera, convalidada o justificada su situación de despido discriminatorio por causa de su activismo sindical, precisamente en contra de la decisión tomada en "Alvarez" y sus pronunciamientos sucedáneos.

Estas primeras afirmaciones sirven como disparadores a fin de reflexionar sobre si, tal como considera Arese (2017), la decisión tomada en "Orellano", casi diez años después de la causa "Alvarez" y su saga de fallos posteriores, significó una marcha en sentido contrario a la protección otrora prodigada a los trabajadores que, ejercitando derechos colectivos gremiales, resultaban objeto de trato desigual o discriminatorio; o, desde otro punto de vista, sólo se trataría de una excepción a la misma.

La cuestión suscita interés, si se tiene en cuenta, que la solución del Máximo Tribunal, no se limitó al fallo en análisis, sino que fue reproducida en otras causas, interpuestas por los compañeros del actor que fueron despedidos junto a él en idénticas circunstancias.

En este sentido, en el mencionado Considerando 6° del fallo, la Corte precisó que sólo atendería exclusivamente a los agravios que aludían a la titularidad del derecho a promover una huelga porque ellos ponían en tela de juicio "la interpretación que hizo

el a quo de normas de indudable carácter federal”, cuyo esclarecimiento resultaba “fundamental para una adecuada solución del caso”.

Aquí aparece una de las primeras anomalías del pronunciamiento, desde que, con anterioridad en la causa “Alvarez”, el Alto Tribunal había entendido que la ley 23.592/88 o ley antidiscriminatoria, también tenía carácter federal, sin embargo, su tratamiento fue obviado deliberadamente, sin dar una suficiente fundamentación para ello. No entendemos justificada la afirmación según la cual la adecuada solución del caso debía ser encontrada a partir del análisis de la titularidad del derecho de huelga, dejando de lado el reclamo por el despido discriminatorio sufrido por el trabajador a raíz de su actividad sindical.

Creemos que la Corte intentó llenar este vacío a través de lo afirmado en la segunda parte del mismo Considerando, en el sentido que al interpretar normas federales, debe efectuar una declaración sobre el punto disputado, sin encontrarse limitada por los argumentos del tribunal apelado ni por los de las partes. Sin embargo, ello no hace más que confirmar la ausencia de tratamiento del despido discriminatorio del actor, el cual nunca dejó de ser motivo de conflicto.

Esta última afirmación se ve corroborada por la situación que da cuenta el propio Considerando 5° de la sentencia, según el cual, luego de la audiencia pública, la parte actora efectuó una presentación en la que alegaba la falta de subsistencia del interés recursivo de la demandada, en razón de que el 11 de julio de 2013 había reincorporado al actor a su puesto de trabajo y dado cumplimiento así a la sentencia apelada. Por lo que solicitó la aplicación de la doctrina del “pago voluntario sin reserva” como equivalente al desistimiento tácito de la queja.

Sin embargo, la petición fue rechazada por entender que la reincorporación del actor no constituyó un acto voluntario y espontáneo de la demandada sino que obedeció a una intimación ordenada bajo apercibimiento de astreintes. Además porque la condena dictada por el tribunal apelado no sólo involucraba la obligación de reincorporación sino también el pago de indemnizaciones de daños y perjuicios sin que existiesen elementos demostrativos de su cumplimiento. Por lo que la reinstalación del actor no podía ser

interpretada como una intención de la demandada de abdicar de la vía recursiva, no verificándose una hipótesis de renuncia o desistimiento tácito por incompatibilidad entre los actos en cuestión.

Ahora bien, la postura asumida por la Corte Suprema, evidenció por un lado, que el conflicto en torno al despido del actor seguía aún latente y por lo tanto, requería de un pronunciamiento expreso al respecto. Por otro lado, advertimos un apartamiento del voto mayoritario en el caso “Alvarez”, en donde, con fundamento en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se afirmó que en los casos de despido discriminatorio del representante sindical de una asociación simplemente inscripta, la reinstalación implicaba para el trabajador víctima del mismo, la plena reparación o *restitutio in integrum* de los daños irrogados. Ello no colisiona con el derecho constitucional de contratar y ejercer toda industria lícita del empleador, entre otras razones, porque no significa un régimen absoluto de estabilidad impropia para todo despido arbitrario, sino la reincorporación, para el litigio y en el litigio, derivada de la discriminación como motivo de ruptura del contrato de trabajo. Como fundamento de su postura citó los instrumentos internacionales que enuncian y resguardan el derecho a trabajar, como inalienable de todo ser humano: Declaración Universal de Derechos Humanos (Artículo 23.1), Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Artículo XIV), Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Artículo 5.e.i) y Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Artículo 11.1.a).

El tema no es menor, si tenemos en cuenta que la sentencia de la causa “Orellano” no contiene la más mínima referencia al fallo “Alvarez”, cuya posición luego se consolidó en los fallos posteriores, tales como “Arecco”, “Parra Vera”, “Cejas” y “Ledesma”. En este último caso, incluso se llegó a analizar el despido discriminatorio en relación al simple activista sindical, aún cuando no contase con la protección de la ley 23.551/88. A lo que cabe agregar que en el caso “Pellicori”, el Alto Tribunal se ocupó de delinear cómo debe distribuirse la carga de la prueba en situaciones en las que se controvierte el motivo real de un despido al que juzga discriminatorio.

La omisión de resolución de “Orellano” a la luz de lo decidido en “Alvarez”, significó que la propia Corte dejara de lado no sólo su propia jurisprudencia anterior basada en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sino también que se echara por tierra toda la labor legislativa protectora de los derechos del trabajador frente al despido discriminatorio.

En efecto, se obvió la profusa elaboración argumental contenida en el fallo “Alvarez”, en torno a dos cuestiones fundamentales: el principio de igualdad de trato y prohibición de discriminación y la aplicación de la ley 23.592/88 al ámbito de la relación laboral.

De tal manera se olvidó que el principio de igualdad de trato y prohibición de discriminación, resulta inherente a la dignidad de la persona humana y tiene carácter fundamental a fin de salvaguardar los derechos humanos, tanto a nivel interno como internacional. Por lo tanto, su carácter es imperativo, pertenece al *ius cogens* o derecho internacional general y crea obligaciones de protección *erga omnes*, no sólo respecto de los particulares, sino también de los Estados en forma independiente de que sea parte o no de un tratado internacional. Especialmente a estos últimos se les exige la realización de medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, con la obligación de que en las relaciones privadas no se vulnere, a este respecto, los estándares mínimos internacionales.

Para llegar a tales conclusiones trascendentes, la Corte partió del propio artículo 16 de la Constitución Nacional, el cual se vio reafirmado y profundizado a partir de la reforma del año 1994 al artículo 75 inciso 22 segundo párrafo, que incorporó al bloque federal de constitucionalidad el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, a través de los siguientes instrumentos: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo II); Declaración Universal de Derechos Humanos (artículos 2º y 7º); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 2.1 y 26); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículos 2º y 3º) y Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 1.1 y 24). Además, recordó los instrumentos destinados a la materia en campos específicos, tales como la

Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (artículos 2°, 3° y 5° a 16) y Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 2°). También añadió a este listado, en el plano supralegal (artículo 75 inciso 22 citado, primer párrafo), vgr., la Convención relativa a la Lucha contra la Discriminación en la Esfera de la Enseñanza (UNESCO, 1960), el Protocolo en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Protocolo de San Salvador, artículo 3°); la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid (1973); la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará, artículo 6°.a) y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

Asimismo, memoró que igual principio se encuentra sustentado por las organizaciones internacionales en el marco de las cuales fueron elaborados los instrumentos: Carta de la Organización de los Estados Americanos (artículo 3.1) y Carta de las Naciones Unidas (artículo 1.3 y concs.).

Por último y como integrante de este *corpus iuris*, en “Alvarez” se hizo una importante referencia al Convenio 111 sobre Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación, atento su carácter supralegal, por el cual el Estado se obligó a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con el objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto (artículo 2°).

En referencia a la ley 23.592/88, la sentencia de “Orellano” dejó de lado que en “Alvarez”, tal normativa fue considerada una expresión de las acciones positivas que en el orden interno debía llevar a cabo la legislación y que parte de tales acciones también eran incumbencia de los tribunales al interpretar la misma, la cual reglamenta los principios que surgen de los artículos 14, 16 y 17 de la Constitución Nacional y resulta

de aplicación a las relaciones laborales. En tal sentido, con fundamento en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, consideró al trabajo inherente a la dignidad de la persona humana y en la protección contra la discriminación mencionó como fundamentales el principio *pro homine* y el principio de progresividad, para establecer que el intérprete debe escoger el resultado normativo que proteja en mayor medida a la persona humana. Agregó también el principio de favorabilidad, elaborado por la propia jurisprudencia de la Corte a partir del caso Berçaitz, de 1974, según el cual toda inteligencia restrictiva de los derechos humanos debe ser censurada, por contrariar dicho principio universal.

La consecuencia directa del razonamiento de la Corte en “Orellano”, fue que se dejara sin efecto la sentencia dictada por el tribunal apelado, con devolución al tribunal de origen para el dictado de un nuevo pronunciamiento con arreglo al mismo.

De acuerdo con este análisis, en nuestra opinión, el fallo en análisis, resulta lesivo al trabajador que ha sido víctima de despido discriminatorio por dos motivos: en primer lugar por el notorio apartamiento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que se encuentra plenamente vigente a través del bloque federal de constitucionalidad, en cuanto lesiona el derecho humano a trabajar, a no ser discriminado por motivos sindicales y a ser reinstalado en su puesto de trabajo en caso de ser víctima de este tipo de despido.

En segundo lugar, porque al dejar sin efecto la sentencia del tribunal apelado que había ordenado la reinstalación del trabajador, sin siquiera haberse pronunciado sobre el punto, significó el riesgo real del actor, de obtener una nueva sentencia desfavorable a sus intereses. Esta consecuencia no deseada, de hecho se produjo en tres de las sentencias que se dictaron por remisión de lo decidido en “Orellano”.

Así, en “Conte”, “Defilippis” y “Lafuente”, se revocó la sentencia que había dispuesto la reinstalación del trabajador, con el pago de los salarios caídos y el daño moral por el despido discriminatorio. Consecuentemente la sentencia de reenvío dictada en cada una de estas causas, rechazó el planteo de nulidad del despido discriminatorio, así como la totalidad de los rubros mencionados. No obstante consideró injustificado el

despido del actor, ante la falta de intimación del Correo Argentino a que cesaran las medidas y otorgó la indemnización prevista por el artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo.

Este análisis resulta demostrativo de que, la aplicación lisa y llana de la solución propuesta en “Orellano”, implicó en concreto un claro perjuicio para estos trabajadores, quienes en definitiva obtuvieron una solución menos favorable a sus reclamos. Cabe destacar en este aspecto, que las sentencias de reenvío dictadas en “Conte” y “Defilippis”, llegaron nuevamente hasta la Corte Suprema gracias a los recursos interpuestos por cada uno de los actores. Sin embargo, ambos fueron rechazados; el primero por no cumplir con el requisito establecido en el artículo 7 inciso c) del reglamento aprobado por la Acordada 4/2007 y el segundo por resultar inadmisibles a los términos del artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Entendemos que, el rechazo formal producido en este último decisorio, implicó de alguna manera un claro mensaje en el sentido de que la cuestión del despido discriminatorio del actor, cuyo distracto con el Correo Argentino se produjo en iguales circunstancias que “Orellano”, no representaba agravio federal suficiente a tenor de la normativa citada. Tal decisión, de nuevo resultó contraria a lo resuelto en “Alvarez” y terminó por convalidar la situación de despido discriminatorio sufrido por el actor en esta causa.

Cabe entonces volver al análisis acerca de si, a partir de lo decidido en “Orellano”, la Corte dejó de proteger a los trabajadores que eran despedidos en forma discriminatoria por haber ejercitado sus derechos colectivos gremiales, o si sólo se trató de un fallo excepcional. Para ello es necesario, como anticipamos, contextualizar la decisión dentro de las resoluciones dictadas sobre el tema por el Cívero Tribunal.

Así advertimos que, con posterioridad la Corte retomó el análisis del despido discriminatorio por motivos sindicales. Ello ocurrió, en primer lugar con los fallos “Farrell” y “Bibby”, en los cuales, si bien no se hizo mención a los precedentes anteriores, de su interpretación surge el apego a la doctrina sentada en “Alvarez”, “Pellicori” y “Ledesma”, en la medida en que consideró que el trabajador que realiza

actividades gremiales resulta protegido por la ley antidiscriminatoria y en consecuencia revocó, en ambos casos, la sentencia por considerar que el tribunal apelado no había realizado un correcto análisis probatorio.

Con posterioridad se dictó el fallo “Varela”, que no sólo ratificó la doctrina sobre despido discriminatorio y el estándar probatorio que surgían de “Alvarez” y “Pellicori”, respectivamente, sino que, además, intentó a nuestro entender, superar a aquellos precedentes.

En efecto, en el voto mayoritario, además de reiterar el estándar probatorio sentado en “Pellicori”, se hace un análisis del mismo vinculado en concreto con el artículo 47 de la ley 23.551/88. De tal manera, el trabajador que afirma haber sido discriminado por motivos gremiales, no le basta con probar *prima facie* o en forma verosímil que estaba llevando a cabo una actividad de carácter sindical, sino que además se requiere que dicho ejercicio haya sido “de modo regular”, de acuerdo con lo previsto por la citada norma.

Por otra parte, se observa que el fallo también reglamenta la contraprueba a cargo del empleador y para ello efectúa una distinción que no estaba en “Pellicori”, que diferencia el despido sin causa del despido causado. En el primer supuesto, al empleador le bastará probar que el trato dispensado al trabajador no obedeció al reproche discriminatorio, sino a cualquier otro motivo de la naturaleza que fuere; ello así porque nuestro régimen constitucional y laboral permiten el despido sin causa. En el segundo supuesto a la demandada le bastará con demostrar la configuración razonable de la causal de despido para desactivar así el reclamo discriminatorio.

A su turno, el voto del Ministro Rosatti, si bien se encuentra en sintonía con los fundamentos del voto mayoritario, reinterpreta el fallo “Alvarez”, al vincular sus conclusiones, en concreto, a la acción de reinstalación prevista por el artículo 52 de la ley 23.551/88. Así, considera que tanto esta normativa, como la ley de contrato de trabajo, se ven alcanzadas por la ley antidiscriminatoria, por lo que no existe tensión en la coexistencia de distintos modos de reparación. De tal manera que el afectado por un acto discriminatorio por motivos gremiales, dispone de una opción antes inexistente en

el ordenamiento legal: perseguir la reparación máxima -reinstalación con más el pago de salarios caídos-; o bien la mínima -reparación económica-.

En este sentido, entendemos que “Varela” representa un giro superador del conflicto que generaba el voto mayoritario de “Alvarez”, en el caso de que el empleador, en ejercicio de su legítima libertad de contratar, se opusiese a la plena reparación que significaba la reincorporación de un trabajador que ya no gozaba de su entera confianza. Por otro lado, al mantener la vigencia del estándar probatorio de “Pellicori”, el juez conserva la facultad para evaluar tanto los hechos en torno al móvil discriminatorio, como su prueba, de acuerdo a su sana crítica racional.

Otro dato de no menor importancia en el voto del Ministro Rosatti, es que retoma como pauta interpretativa de lo dispuesto por el artículo 1° de la ley 23.592/88, su vinculación con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su recepción en nuestro bloque de constitucionalidad federal. Ello es de suma importancia, porque recupera los conceptos desarrollados en “Alvarez”, relativos al “decidido impulso hacia la progresividad en la plena efectividad de los derechos humanos que reconoce el mentado bloque y el principio pro persona que éste impone”, los cuales “determinan que el intérprete deba escoger, si la norma lo posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana”.

Asimismo, entendemos como otro aspecto superador de este voto respecto de “Alvarez”, el haberse referido al despido discriminatorio por motivos sindicales, bajo el análisis, en pie de igualdad, de las leyes 23.551/88 y 23.592/88, estableciendo una clara vinculación entre ambas normativas. En este sentido, cabe recordar, según analizamos en el Capítulo 3, que en “Alvarez” se decidió la anulación de los despidos y la reinstalación de los actores, exclusivamente sobre el eje argumental de la ley antidiscriminatoria y su aplicación a la relación de trabajo, al margen de lo resuelto en los casos “Asociación Trabajadores del Estado” y “Rossi”.

Por el contrario, en “Varela” se hace una expresa mención no sólo de lo resuelto en las causas mencionadas, sino también a los Convenios 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo, para fundamentar que el derecho de reunión, opinión y

expresión son, entre otros, requisitos *sine qua non*, de la libertad sindical, reconocido en el Preámbulo del Tratado de Versalles.

También es importante destacar que el Convenio 87 relativo a la Libertad Sindical y a la Protección del Derecho a la Sindicación es calificado como “hito mayúsculo” del historial del Derecho Colectivo del Trabajo, inserto no sólo entre los fundamentales comprendidos por la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los Principios y Derechos Fundamentales del Trabajo, sino también el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 8.3) y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 22.3), ambos con jerarquía constitucional. A ello cabe agregar la expresa mención al Convenio 111 sobre discriminación en el empleo y la ocupación a los fines de argumentar la particular protección contra los actos u omisiones violatorios del principio de igualdad en el campo de la actividad sindical.

Por último, en cuanto al alcance subjetivo de la protección contra la discriminación, se remitió a los términos del Comité de Libertad Sindical, para concluir que la misma se aplica tanto a los afiliados sindicales y ex representantes sindicales que a los dirigentes sindicales en ejercicio, lo que a nuestro entender, implica la recepción de lo resuelto en “Alvarez” y los fallos que le siguieron.

Cabe sostener, como primera afirmación que surge de este análisis, que la omisión de tratamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el fallo “Orellano” respecto del despido discriminatorio del actor, militante de una asociación simplemente inscripta, fue claramente excepcional, a los fines de fijar postura sobre la titularidad del derecho de huelga, con el objetivo de alertar sobre el proceso de transformación del llamado “modelo sindical argentino”, tal como lo ha hecho al resolver en los casos “Asociación Trabajadores del Estado”, “Rossi”, “Asociación Trabajadores del Estado II” y “Nueva Organización de Trabajadores Estatales”.

De tal manera que, a partir de lo decidido en “Orellano”, se presenta el siguiente cuadro de situación: los sindicatos simplemente inscriptos pueden convocar a elecciones de delegados en las empresas; no es necesario estar afiliado al sindicato con personería

gremial para ser electo delegado de personal; los representantes electos por los trabajadores de un sindicato simplemente inscripto gozan de tutela sindical así como licencias y permisos gremiales; los sindicatos simplemente inscriptos pueden reclamar ante las autoridades y empleadores por los derechos colectivos de sus representados y por último, los sindicatos simplemente inscriptos ante el Ministerio de Trabajo de la Nación son titulares del derecho de huelga consagrado en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional.

Sin embargo, como analizaremos a continuación, sostenemos que lo decidido en “Orellano”, no sólo vulnera derechos fundamentales del trabajador, sino que también resulta atentatorio de su libertad sindical, pese a que bajo una primera mirada superficial, pareciera defenderla.

4.2.2. La lesión a la libertad sindical

En este punto es necesario recordar que uno de los motivos del despido ejecutado contra Orellano fue el haber llevado a cabo medidas de acción directa, mientras militaba a favor de la Asociación Trabajadores del Estado, organización que no poseía personería gremial para actuar en el ámbito del Correo Oficial.

Como analizáramos en el Capítulo 2, nuestro país posee un particular modelo sindical, que por tal motivo se ha dado en llamar el “modelo sindical argentino”, que no puede ser ubicado en los sistemas de unidad o pluralidad sindical, sino que constituye un sistema de “unidad promocionada” o “unidad inducida”, fuertemente impulsada por el ordenamiento legal. Esto significa que la personería o representación gremial sólo es otorgada a la organización sindical más representativa, que hubiere actuado durante un período no inferior a seis meses como asociación simplemente inscripta. De tal manera, la entidad sindical que sólo cuenta con la simple inscripción, podría llegar a sustraer la personería gremial al sindicato que la poseía, si logra reunir un mayor número de afiliados cotizantes que esta última, durante el plazo mínimo legal.

Tal sistema permite la existencia de dos tipos de asociaciones sindicales: aquellas que gozan de la personería gremial y las simplemente inscriptas. Las primeras son reconocidas por el Estado como las más representativas en cada actividad, mientras que las segundas se encuentran confinadas a la espera de que se den las condiciones que les permitan desplazar a las más representativas y así poder arrebatárles la personería gremial (Sappia, 2010).

Según el mismo autor (2014), el comienzo de la presente centuria encontró al gremialismo, inserto en este esquema tradicional, en el cual la organización más representativa dotada de personería gremial, es la única que ostenta la casi totalidad de los derechos asociativos, aunque con un acentuado grado de anomia en cuanto al activismo. Situación que cambió a partir de la sanción de la ley 25.877/04, con la promoción, desde el Ministerio de Trabajo de la Nación, de la negociación colectiva, lo que generó no sólo una intensa actividad sindical, sino también el estallido de severos cuestionamientos a las conducciones sindicales. En consecuencia, ya desde la segunda mitad de la primera década del siglo comenzó a levantarse nuevamente la bandera de la pluralidad sindical, en oposición al sistema estructural del modelo sindical argentino, lo cual ocurrió desde sectores internos del gremialismo, sectores ajenos al gremialismo y sectores enfrentados al gremialismo.

Coincidimos en que la Corte Suprema de Justicia de la Nación no resultó ajena a este proceso, que inspiró sus decisiones en punto a la estructura y funcionamiento de los sindicatos en la Argentina. En tal sentido, más allá del concepto que merezcan sus resoluciones, la Corte se ha trepado, intencionadamente, a la cresta de la ola que cuestiona el modelo sindical con un afán muy claro y en el ejercicio de su condición de ser uno de los poderes del Estado con competencias y atribuciones políticas innegables.

En efecto, observa Oyola (2016) que a partir de la renovación de los miembros del Máximo Tribunal Nacional durante la década pasada e impulsada por la reforma constitucional de 1994 al artículo 75 inciso 22, aquélla ha dictado una serie de pronunciamientos que ha puesto en tela de juicio al modelo sindical argentino, cuestionando al mismo en varios aspectos, y declarando la inconstitucionalidad de

diferentes artículos de la Ley 23.551/88, respecto de situaciones relacionadas con los principales temas del derecho colectivo del trabajo: asociación y representación sindical, negociación colectiva, protección de los representantes sindicales y el derecho de huelga.

Ahora bien, el Considerando 14° del fallo recaído en “Orellano” expresa

Que en los precedentes “Asociación Trabajadores del Estado” y “Rossi” esta Corte estableció que el principio constitucional de la libertad sindical consagra la libertad para todos los sindicatos con el propósito de que puedan realizar sus actividades sin obstáculos o limitaciones del Estado que reduzcan, injustificadamente, las funciones que le son propias: la promoción, ejercicio, defensa, fomento y protección de los intereses legítimos de orden gremial. Sobre tal base, el Tribunal declaró la inconstitucionalidad de preceptos legales que concedían a los sindicatos reconocidos por el Estado como más representativos – mediante el otorgamiento de la personería gremial- privilegios que excedían de una prioridad en materia de representación en las negociaciones colectivas, de consulta con las autoridades y de designación de delegados ante organismos internacionales, lo cual iba en detrimento de los sindicatos simplemente inscriptos que compartían con aquéllos, total o parcialmente, el mismo ámbito de actuación (cfr. Fallos: 331:2499, considerandos 8° y 9°, Fallos: 332:2715, respectivamente; asimismo, “Asociación de Trabajadores del Estado s/ acción de inconstitucionalidad”, considerando 3°, Fallos: 336:672).

Entendemos que no es casual la mención de los precedentes “Asociación Trabajadores del Estado”, “Rossi” y “Asociación Trabajadores del Estado II”, a fin de sostener la titularidad de las medidas de acción directa en cabeza de las asociaciones simplemente inscriptas –y por ende, los sindicatos con personería gremial-, con exclusión de los grupos informales de trabajadores.

En efecto, con la explícita vocación política destinada a introducir modificaciones al modelo sindical argentino (Sappia, 2014), en los mencionados fallos la Corte Federal incorporó una prolífica doctrina del Comité de Libertad Sindical y de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones que tienden a colocar en un plano de mayor igualdad a las entidades gremiales, independientemente del grado de reconocimiento que les otorgue el Estado a través de la autoridad administrativa del trabajo (Schwartz, 2018).

Así, en “Asociación Trabajadores del Estado” se declaró la inconstitucionalidad del artículo 41 apartado a) de la ley 23.551/88, por considerar a esta norma, violatoria de

la libertad sindical, en la medida en que dispone que, para ser delegado de personal se requiere estar afiliado a la respectiva asociación sindical con personería gremial y ser elegido en comicios convocados por ésta. Los fundamentos de este pronunciamiento contienen ciertas pistas indicativas de que el Supremo Tribunal, efectivamente estaba emitiendo un mensaje que cuestionaba, a nivel político, el llamado modelo sindical argentino, marcado por la unicidad promocionada por el sistema legal.

En efecto, en su Considerando 7º, se refiere a la “organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial” contenida en el artículo 14 de la Constitución Nacional y analiza la libertad sindical desde el punto de vista individual y colectivo, para concluir que tal precepto constitucional “manda que el régimen jurídico que se establezca en la materia, antes que impedir o entorpecer, debe dejar en libertad las mentadas actividades y fuerzas asociativas, en aras de que puedan desarrollarse en plenitud, vale decir, sin mengua de la participación, y del eventual pluralismo de sindicatos que el propio universo laboral quiera darse”.

Luego en el Considerando 8º advierte que tales conceptos se corresponden con la interpretación del Convenio 87 y la labor de dos órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo: el Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Expertos en Aplicación en Convenios y Recomendaciones de esa entidad internacional, fuentes de las que hizo mérito la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos *Huilca Tecse y Baena*. Asimismo, refirió que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales exhortó a un Estado a revisar su legislación laboral con vistas a adaptarla a las observaciones de la Comisión de Expertos relativas al mencionado Convenio.

Respecto de lo dispuesto en el artículo 25 de la ley 23.551/88, que regula el otorgamiento de la personería gremial a los sindicatos más representativos, refirió que la Comisión de Expertos había recordado al Estado Argentino “que la mayor representatividad no debería implicar para el sindicato que la obtiene, privilegios que excedan de una prioridad en materia de representación de las negociaciones colectivas, en la consulta por las autoridades y en la designación de los delegados ante los organismos internacionales”. En este sentido, se remitió a las observaciones formuladas

por dicha Comisión, desde el año 1989, a la ley de asociaciones sindicales, por considerar que no parecía estar en conformidad con el Convenio 87 la disposición de aquella según la cual “las funciones de los representantes de los trabajadores en la empresa sólo pueden ser ejercidas por los miembros de las organizaciones que poseen la personería gremial”, al mismo tiempo que recordó “cuando el legislador confiere a los sindicatos reconocidos, que de hecho son los más representativos, ciertos privilegios relativos a la defensa de los intereses profesionales, la concesión de tales privilegios no debe estar subordinada a condiciones de tal naturaleza que influyese indebidamente en la elección por los trabajadores de la organización a la que desean afiliarse”.

Sin embargo, según lo indicado por el Comité de Libertad Sindical “el simple hecho de que la legislación de un país establezca una distinción entre las organizaciones sindicales más representativas y las demás organizaciones sindicales no debería ser en sí criticable”, ya que los privilegios de las primeras se limitan a la representación en las negociaciones colectivas, consultas con los gobiernos y designación de delegados antes los organismos internacionales. Mientras que las demás organizaciones, conservan los medios esenciales para defender los intereses profesionales de sus miembros, el derecho de organizar su gestión y su actividad, además de formular su programa de acción, previsto en el Convenio 87.

A renglón seguido realiza una proyección de estos principios en el plano individual, en el sentido de que las funciones limitadas reconocidas por la legislación a determinadas categorías de sindicatos, podrían tener por efecto indirecto restringir la libertad de los trabajadores para adherirse a organizaciones de su elección. En tal sentido vuelve a remitirse a las conclusiones del Comité de Libertad Sindical, según las cuales “la posibilidad para un gobierno de conceder una ventaja a una organización determinada, o de retirársela para beneficiar a otra, entraña el riesgo, aunque no sea esa su intención, de acabar por favorecer o desfavorecer a un sindicato frente a otros, cometiendo un acto de discriminación”. Y agrega que ello puede llegar a influir en la decisión de los trabajadores cuando elijan una organización para afiliarse, ya que seguramente lo harán al sindicato más apto para servirlos, mientras que por motivos de

orden profesional, confesional, político u otro, hubiesen preferido afiliarse a otra organización, lo cual atenta contra la libertad sindical contemplada en el Convenio 87.

Finalmente la Corte remata este Considerando con un párrafo que a nuestro entender evidencia en forma palpable el cuestionamiento efectuado al sistema estatuido por la ley de asociaciones sindicales, al expresarse en estos términos:

En resumida cuenta, hay una diferencia fundamental entre el monopolio sindical instituido o mantenido por la ley directa o indirectamente, y el que voluntaria y libremente quieren establecer los trabajadores. El primero, cuando trasciende los límites señalados en este considerando, está en contradicción con las normas expresas del Convenio N° 87, el cual, aún cuando manifiestamente no apunta a imponer el pluralismo sindical, sí exige que éste sea posible en todos los casos.

A su turno en el fallo “Rossi”, se declaró la inconstitucionalidad del artículo 52 de la ley 23.551/88 al considerar que el mismo excluía a los directivos de un sindicato simplemente inscripto de la tutela o fuero sindical.

En sintonía con lo decidido en “Asociación Trabajadores del Estado”, en los Considerandos 5° y 6° del voto mayoritario, se reiteran los conceptos allí vertidos, con expresa mención de los argumentos desarrollados en el Considerando 8° ya analizado. Más aún, podemos afirmar que, el fallo “Rossi” resulta explícito, al enumerar las distintas observaciones efectuadas a la ley 23.551/88, por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo, desde el año 1989 hasta 2008, por considerar a los artículos 48 y 52 de dicha ley, contrarios a las disposiciones del Convenio 87.

En este sentido, el decisorio resalta que, dichos artículos excluían de la protección dispensada, a los representantes gremiales de los sindicatos sólo inscriptos y establecían ciertos privilegios a favor de los representantes de las entidades con personería gremial. De allí que puntualizara las distintas observaciones individuales en las cuales la Comisión sugería al Gobierno, la modificación de la normativa, en tanto sólo los representantes de las organizaciones con personería gremial se beneficiaban con una protección especial y que en caso de actos de discriminación antisindical, la misma excedía de los privilegios que pueden otorgarse a las organizaciones más representativas, consistentes en 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”.

Por último, el fallo “Asociación Trabajadores del Estado II”, declaró la inconstitucionalidad del artículo 31 apartado a) de la ley 23.551/88 en tanto impide al sindicato simplemente inscripto, representar los intereses colectivos.

Para llegar a tal conclusión, comenzó el análisis recordando en su Considerando 3º, la doctrina constitucional sentada por el Alto Tribunal en las causas “Asociación Trabajadores del Estado” y “Rossi”, según la cual, “la libertad sindical es un principio arquitectónico que sostienen e imponen la Constitución Nacional, en su artículo 14 bis, y un muy comprensivo *corpus iuris* proveniente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que goza de jerarquía constitucional en los términos del artículo 75.22 de la primera”.

Asimismo, memoró que dicho *corpus* está integrado, entre otros instrumentos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los cuales a su vez se hacen eco del Convenio 87 relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación (artículos 8.3 y 22.3 respectivamente). La Corte recalcó que el principio en cuestión, de orden constitucional, consagra la libertad para todos los sindicatos, “con el propósito de que puedan realizar sus actividades sin obstáculos o limitaciones del Estado que reduzcan, injustificadamente, las funciones que le son propias: la promoción, ejercicio, defensa, fomento y protección de los intereses legítimos de orden gremial”; todo lo cual sirvió de fundamento para las inconstitucionalidades declaradas en las causas citadas.

Si bien la sentencia recaída en “Orellano”, no menciona al fallo “Nueva Organización de Trabajadores Estatales”, lo cierto es que la Corte continuó con la declaración de inconstitucionalidad, esta vez respecto de los artículos 44 y 48 de la ley 23.551/88. Dispuso así, que los delegados y dirigentes de sindicatos simplemente inscriptos tienen derecho a gozar de las mismas facilidades para reunirse con el personal de las empresas y de las mismas licencias en sus empleos para desempeñar funciones

gremiales que la ley contempla para quienes pertenecen a sindicatos con personería gremial. Como era de esperarse, este nuevo fallo, que se destaca por ser escueto, recuperó en su totalidad, los argumentos vertidos en el ya analizado Considerando 8° de “Asociación Trabajadores del Estado” y en el Considerando 5° de “Rossi”.

Lo importante y a la vez llamativo de todos los pronunciamientos mencionados, es el hilo conductor que los une, ya que en todos ellos aparece la remisión al Considerando 8° de “Asociación Trabajadores del Estado”, lo que a nuestro entender resulta demostrativo del claro mensaje dirigido a cuestionar el modelo sindical adoptado por nuestro país.

En efecto, ello implica que al momento de resolver las declaraciones de inconstitucionalidad de ciertos artículos que establecían diferencias entre las asociaciones con personería gremial y las simplemente inscriptas, el Máximo Tribunal tuvo en consideración las observaciones efectuadas a la ley 23.551/88 por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo desde el año 1989.

Este dato no es menor, si se tiene en cuenta que mediante las mismas la Comisión reclamaba al Estado Argentino una adecuación en su legislación, por considerar que el sistema de personería gremial de la ley de asociaciones sindicales resultaba violatorio del Convenio 87, al otorgar a sus representantes, privilegios que excedían a los de representación en las negociaciones colectivas, consultas con los gobiernos y designación de delegados ante los organismos internacionales. Ello se percibía como violatorio de la libertad sindical, no sólo a nivel colectivo, sino también individual, al obligar a los trabajadores a afiliarse al sindicato más representativo. De allí la conclusión a la que arriba el Considerando 8° del fallo “Asociación Trabajadores del Estado”, según el cual, el sistema de monopolio sindical legal no debe trascender los límites del Convenio 87, el cual si bien no impone el pluralismo sindical, establecido voluntaria y libremente por los trabajadores, sí exige que éste sea posible en todos los casos.

Retomando el análisis del Considerando 14° de “Orellano”, a primera vista pareciera ser un fallo que pretende inscribirse entre aquellos que defienden la libertad sindical, a través del cuestionamiento al modelo sindical argentino, en la medida en que resolvió que las asociaciones sindicales simplemente inscriptas pueden ser titulares del derecho a declarar una huelga, en igualdad de condiciones con las asociaciones con personería gremial. En este sentido, el decisorio utiliza un criterio de organicidad amplio y pone en cuestión el sistema de unidad sindical o de unidad promocionada, en lo que atañe al ejercicio de la huelga y la representación colectiva (Arese, 2016).

Sin embargo, el mismo autor observa que la capacidad o aptitud legal en la negociación colectiva está reservada al sindicato con personería gremial, es decir, el más representativo según el artículo 31 inciso c) de la ley 23.551/88 y el artículo 1 de la ley 14.250/53, disposiciones que no han sido objeto de revisión en ninguno de los fallos analizados, que reforzaron las potestades de las entidades simplemente inscriptas. En tal aspecto, coincidimos en que el fallo “Asociación Trabajadores del Estado II”, sólo habilitó la representación de un sindicato simplemente inscripto para realizar un reclamo por diferencias de haberes, pero no así para suscribir un convenio colectivo.

La negociación colectiva es la actividad central y principal de las asociaciones sindicales y uno de los pilares del sistema de relaciones laborales en nuestro país, de allí que constituya uno de los derechos más importantes que tienen garantizadas exclusivamente las organizaciones sindicales con personería gremial (Strega, 2013).

Con acierto recuerda Recalde (2017) que la negociación colectiva es una de las herramientas por excelencia con las que cuentan los trabajadores para mejorar su condiciones de vida y de trabajo. Como tal es un derecho fundamental de los sindicatos y forma parte del contenido de la libertad sindical en su aspecto colectivo, por eso nació de la lucha sindical y al margen del ordenamiento jurídico, si bien luego recibió regulación legal con la sanción de la ley 14.250/53, que le reconoció a los convenios colectivos carácter normativo y eficacia personal general. Mediante esta norma el convenio celebrado por una asociación sindical con personería gremial con un empleador, un conjunto de empleadores o una asociación de empleadores y homologado

por la autoridad laboral de aplicación adquiere efecto *erga omnes*, lo cual significa que ese convenio es de aplicación obligatoria para todos los trabajadores y empleadores de la actividad, rama, oficio, profesión o empresa, según el ámbito personal del respectivo convenio.

Por ello podemos concluir que si bien en “Orellano” se faculta a las asociaciones simplemente inscriptas a declarar una huelga, lo cierto es que, al momento de negociar el conflicto, sólo la asociación con personería gremial está habilitada en forma excluyente a cerrar un convenio colectivo formal, en un todo de acuerdo con el artículo 31 inciso c) de la ley de asociaciones sindicales y el artículo 1º de la ley de convenciones colectivas de trabajo.

Una lectura más profunda del citado pronunciamiento nos lleva a afirmar que, lejos de promover una mayor apertura de protección de la libertad sindical hacia las asociaciones simplemente inscriptas, resulta lesivo de la misma no sólo a nivel colectivo, sino también individual. Ello porque los trabajadores, se ven constreñidos a asociarse a la entidad más representativa que, en caso de conflicto, se encuentra facultada para negociar y firmar un convenio colectivo que proteja en forma eficaz los derechos obreros en juego.

Desde este punto de vista, la lesión a la libertad sindical es clara, con el agravante que dichos efectos se proyectan, como analizáramos en los párrafos precedentes, en las demás causas resueltas por el Máximo Tribunal en aplicación de los fundamentos desarrollados en “Orellano”, motivo por el cual, cabe efectuar respecto de las mismas, idénticas observaciones.

El análisis realizado, a nuestro entender, no sólo impacta en la posición del actor, quien militaba para una entidad carente del poder negociador, sino que a la vez emite un claro mensaje que, lejos de cuestionar el modelo sindical tal como lo hizo a partir del fallo “Asociación Trabajadores del Estado”, en última instancia lo mantiene.

Por ello sostenemos que, la decisión de la Corte Federal en la causa analizada significa un claro apartamiento, respecto del trabajador, de los fallos que mostraron una

cierta flexibilización a favor de los derechos de las asociaciones simplemente inscriptas, al mismo tiempo que veladamente reserva la negociación colectiva a aquellas que ostentan la personería gremial.

No podemos concluir este punto sin hacer referencia al reciente fallo emitido por nuestro Máximo Tribunal con fecha 3 de septiembre del 2020 en la causa “Agremiación de Empleados Municipales de Salta y otros c/ Municipalidad de la Ciudad de Salta”, ya que entendemos que el mismo refuerza nuestra postura, según la cual, la propia Corte ratifica que la negociación colectiva pertenece a las asociaciones con personería gremial. Así, el voto mayoritario de los Ministros Highton, Lorenzetti, Maqueda y Rosenkratz, se pronunció de manera explícita a favor de la constitucionalidad del artículo 31 inciso c) de la ley de asociaciones sindicales, con lo cual mantiene su eficacia lo dispuesto por el artículo 1° de la ley de convenciones colectivas de trabajo.

En efecto, luego de recordar los fundamentos de “Asociación Trabajadores del Estado”, “Rossi”, “Asociación Trabajadores del Estado II” y “Nueva Organización de Trabajadores Estatales”, concluyó que la solución del caso resultaba de las observaciones y recomendaciones formuladas por los organismos de consulta de la Organización Internacional del Trabajo en las que la Corte asentó su doctrina constitucional, ya que en aquellos precedentes, jamás se había cuestionado la potestad exclusiva conferida a los sindicatos con personería gremial para negociar colectivamente. Sino que lo que estaba en juego era el reconocimiento, en un pie de igualdad, de otros derechos a los sindicatos que no cuentan con dicha personería (en concreto, los derechos de convocar elecciones de delegados de personal, de que se otorgue una especial protección contra el despido a sus delegados y demás dirigentes, y que se les concedan franquicias y licencias especiales para el ejercicio de sus funciones gremiales).

De tal manera que, en este último fallo, la Corte convalidó su postura sobre este tema, que resultó coincidente con las decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo (2018) según las cuales

El simple hecho de que la legislación de un país establezca una distinción entre las organizaciones sindicales más representativas y las demás organizaciones sindicales no debería ser en sí criticable. Sin embargo, es necesario que una distinción de este género no tenga como consecuencia conceder a las organizaciones más representativas —carácter que se deriva de un número más elevado de afiliados— privilegios que excedan de una prioridad en materia de representación en las negociaciones colectivas, consultas con los gobiernos, o incluso en materia de designación de los delegados ante organismos internacionales. En otras palabras, tal distinción no debería tener por consecuencia el privar a las organizaciones sindicales, que no hayan sido reconocidas como las más representativas, de los medios esenciales para defender los intereses profesionales de sus miembros ni del derecho de organizar su gestión y su actividad y de formular su programa de acción, previsto por el Convenio 87" (Párrafo 525).

A lo que se agrega que, en cuanto a la facultad de negociar *erga omnes*, en cabeza del sindicato más representativo, el mismo organismo internacional se ha ocupado de destacar que “El hecho de reconocer la posibilidad de un pluralismo sindical no impediría que se concedieran ciertos derechos y ventajas a las organizaciones más representativas en lo que se refiere a cuestiones tales como la negociación colectiva” (Párrafo 540) y que “las organizaciones sindicales minoritarias, a las cuales se niegan los derechos de negociación colectiva, deben poder desempeñarse y tener por lo menos el derecho de hacerse portavoces de sus miembros y de representarlos en caso de reclamación individual” (Párrafo 545).

4.3. La sentencia de reenvío

No podemos dejar de referirnos al fallo dictado con fecha 17 de diciembre de 2020, por la Sala IX de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, el cual fue dado a conocer al finalizar nuestra investigación. El extenso pronunciamiento de 167 carillas, que contiene la preopinión del Doctor Roberto Pompa, con la adhesión del Doctor Mario Fera, ambos notables juristas en la materia, nos llena de una inconmesurable alegría, por haber arribado, por fin, a la justicia del caso, el cual fue analizado sobre la base de argumentos que, en su gran mayoría, se corresponden con los que hemos desarrollado a lo largo de nuestro trabajo.

Resulta dificultoso, a riesgo de parecer simplistas, sintetizar en unos pocos párrafos, una sentencia tan clara y a la vez tan profusa, desde que todas las aristas que aborda aparecen sólidamente fundadas, lo que la hace acreedora de una gran riqueza argumental.

No obstante ello, nos tomaremos tal atrevimiento, desde que el pronunciamiento en cuestión constituye un importante antecedente, que corrobora la respuesta a la pregunta inicial de la presente investigación, en el sentido de que el fallo de la Corte Suprema, que decidió sobre la titularidad del derecho de huelga en detrimento de derechos fundamentales del trabajador, tuvo carácter excepcional.

Ello, creemos surge con claridad del fallo de reenvío, en primer lugar del voto del Doctor Pompa, en cuanto considera que no resultaba esencial para la solución del caso de autos la determinación del sujeto titular del derecho de huelga, que en todo caso pudo generar un conflicto inter o intra sindical respecto de la Asociación Trabajadores del Estado, con la consecuente denuncia administrativa, situación ésta que resultaba ajena al trabajador en tanto la intervención de esa entidad fue posterior a los hechos injuriantes atribuidos.

A partir de allí, abordó la cuestión del despido discriminatorio del actor y finalmente concluyó que la decisión tomada en primera instancia, debía ser confirmada en todos sus aspectos, al igual que en su momento lo hizo la Sala I, esto es, la reinstalación del trabajador, el pago de las remuneraciones devengadas desde la fecha del distracto hasta la de su efectiva reinstalación y el pago de la suma de \$ 10.000 en concepto de daño moral.

Para ello, resaltó la importancia que tuvo para nuestro país, la reforma constitucional de 1994, al introducir los incisos 19, 22 y 23 al artículo 75. De tal manera que no solo se otorgó jerarquía constitucional a los Tratados Internacionales sobre derechos fundamentales de las personas, sino que también se consagró como cuestión federal proveer al desarrollo humano y al progreso económico con justicia social, siendo atribución del Congreso legislar y promover medidas de acción positivas que garanticen

la igualdad real de oportunidades y de trato, como el pleno goce y ejercicio de los derechos y atribuciones reconocidos por la Constitución y los Tratados Internacionales.

También hizo referencia a las implicancias que en el tema reviste la ley 23.592/88, la cual estimó más amplia que la 23.551/88 en términos de protección, por lo que, por imperio de la primera “son sujetos tutelados todos los trabajadores y no sólo los que en el actuar gremial tengan una representación orgánica, debiendo incluirse especialmente como sujetos protegidos los activistas o militantes”, sin perjuicio de reiterar que resulta aplicable la protección amplia contenida en el artículo 47 de la ley de asociaciones sindicales.

En la resolución del caso aplicó lo decidido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en las causas “Asociación Trabajadores del Estado” (2008), “Alvarez” (2010) y “Pellicori” (2011) y en su virtud, entendió que el actor sufrió un despido discriminatorio, como represalia y sin causa, violatorio del ejercicio de la libertad sindical tanto a nivel individual como colectivo, que en realidad encubrió una violación de derechos, libertades y garantías consagrados en diversas disposiciones legales, supralegales, constitucionales, de los tratados internacionales y de los convenios de la Organización Internacional del Trabajo. Por lo que concluyó que tal acto resultó nulo, produjo los efectos de un ilícito y el perjuicio debía ser reparado a través de la reposición de las cosas a su estado anterior (artículos 1044, 1056 y 1083 Código Civil y Comercial de la Nación), con la reinstalación del actor en su puesto de trabajo y la plena reparación que la infracción produjo; todo ello en honor a los principios de progresividad, justicia social y *pro homine*.

Específicamente en cuanto al derecho de reinstalación del actor víctima de un despido discriminatorio, afirmó que debe prevalecer sobre la libertad de contratar y ejercer toda industria lícita del empleador, porque en el caso no se discutía “un régimen general de estabilidad propia o absoluta como protección contra todo despido arbitrario, sino la reincorporación, para el litigio y en el litigio, derivada del singular motivo de ruptura del contrato de trabajo: la discriminación”. Agregó la imposibilidad de reemplazar la reinstalación por una indemnización, porque consideró “contrario a los

principios generales del derecho que pueda ser el deudor quien a través del propio incumplimiento de la condena judicial, sea quien pueda elegir, de hecho, la forma en que habrá de reparar el ilícito del que él es el único autor”.

Consideró que en el caso el actor ejerció en forma regular derechos constitucionales, mientras que la demandada no logró acreditar el perjuicio que dijo haber padecido como tampoco que aquel fuera el instigador de las medidas llevadas a cabo por los trabajadores, ni que hubiese tenido una participación activa y directa en su celebración, ni que hubiese incurrido en conductas violentas. Todo lo cual dejó desprovista de causa la injuria invocada por la demandada, como obstativa de la continuación de la relación de trabajo, en cuanto a los hechos ocurridos y protagonizados por el actor entre el 13 y el 29 de mayo del 2009.

Recordó que, según el artículo 53 de la Convención de Viena sobre los Tratados, dentro del *ius cogens* existen derechos fundamentales, tales como la libertad sindical, la igualdad ante la ley y no discriminación, el derecho a no sufrir represalias, los cuales son inherentes a la dignidad de la persona y previos a la legislación de los Estados. Por lo tanto tienen carácter vinculante y existe la obligación de ser respetados tanto por las partes de la relación laboral, como por el legislador, el intérprete y el juez (artículos 2 y 3 Código Civil y Comercial de la Nación), sin importar las medidas de carácter interno que el Estado haya tomado para asegurar su cumplimiento. Asimismo, al tratarse de normas de *ius cogens* obligan a todos los Estados y a los nacionales de dichos países, tienen carácter *erga omnes* y pueden ser reclamados por cualquier persona o Estado, aún al margen de cualquier vínculo convencional o ratificación.

Por tales razones, en el caso, además de los Convenios 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo, juzgó de aplicación el Convenio 158 aún cuando este último no fue ratificado por nuestro país, debido a que comprende derechos fundamentales como el derecho a la sindicalización y a la no discriminación, los cuales recibieron consagración en las disposiciones del propio organismo, por lo que resultan de orden público internacional.

En síntesis, el despido del actor por haber ejercido derechos tutelados por la normativa nacional e internacional sobre los derechos fundamentales de las personas, implicó una restricción directa al ejercicio de la libertad sindical y los demás derechos conculcados individualizados, lo que vulneró palmariamente el debido respeto a la dignidad del ser humano. La forma de terminación del contrato constituyó una desviación de poder unidireccional del empleador, quien utilizó la cláusula de la justa causa como velo de legalidad para encubrir la verdadera motivación o finalidad real como fue la discriminación y represalia del trabajador.

A su turno el Doctor Fera, quien compartió estos argumentos, agregó otros elementos de no menor importancia, tales como que, aún cuando la demandada estaba al tanto del conflicto según su propio relato, dilató la adopción de medidas intermedias a fin de reencauzarlo, como podría haber sido la intimación al actor a deponer su actitud.

En este sentido, observó que el despido se produjo un mes y medio después de acaecidos los hechos supuestamente injuriantes, que el actor tenía una antigüedad de diez años y medio y que sobre él no pesaban sanciones anteriores al distracto; por ello la actitud asumida por el accionado resultó contraria a los principios de buena fe y conservación del vínculo que rigen la ley de contrato de trabajo.

Síntesis del capítulo

Nuestro país presenta un singular modo de organización sindical, conocido como el “modelo sindical argentino”, en el cual coexisten dos tipos de asociaciones: las que ostentan la personería gremial y las simplemente inscriptas. La particularidad del sistema consiste en que si bien la ley de asociaciones sindicales no impone la unidad sindical, la misma se encuentra promocionada o inducida por el propio ordenamiento, lo que permite que, cumplidos ciertos requisitos legales, una asociación simplemente inscripta, pueda llegar a arrebatar la personería gremial a otra, que hasta ese momento, era la más representativa.

Como órgano político, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, pareció sumarse a las voces que cuestionaron tal modelo, entre las cuales se encontraban el Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, quienes desde el año 1989, efectuaron observaciones al mismo, principalmente por estimar ciertos aspectos como lesivos de la libertad sindical, en tanto resultaban contrarios a las disposiciones del Convenio 87.

En efecto, dichos organismos internacionales entendían que los artículos 48 y 52 de la ley 23.551/88 otorgaban una protección especial a los representantes de las organizaciones con personería gremial, de la cual no se beneficiaban las simplemente inscriptas. Por lo que, en caso de actos de discriminación antisindical, dicha protección excedía de los privilegios que pueden otorgarse a las organizaciones más representativas, consistentes en 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”.

Por tal motivo, con el fallo “Asociación Trabajadores del Estado”, que declaró la inconstitucionalidad del artículo 41 apartado a) de la ley de asociaciones sindicales, se hizo visible una tendencia jurisprudencial del Máximo Tribunal, quien, al receptar tales observaciones, evidenciaba una mayor apertura respecto de ciertos beneficios otorgados por el sistema sólo a las asociaciones con personería gremial, respecto de aquellas simplemente inscriptas.

De la misma manera, con la decisión tomada en el caso “Alvarez” se inició un camino de mayor protección en materia de despido discriminatorio del representante sindical de una asociación simplemente inscripta, al declarar expresamente la aplicación de la ley 23.592/88 al ámbito del derecho del trabajo.

Sin embargo, lo decidido en la causa “Orellano”, que a su vez fue replicado en otros fallos de similares características, pareciera estar en contramarcha de esta tendencia flexibilizadora respecto de los derechos las asociaciones simplemente inscriptas.

En primer lugar, porque en materia de discriminación, optó por no pronunciarse respecto del despido discriminatorio sufrido por el actor, quien ejercía actividades de tipo sindical para una asociación simplemente inscripta. Ello con el claro interés de emitir pronunciamiento respecto de los sujetos titulares del derecho de huelga, pero a costa de dejar de lado derechos humanos fundamentales del trabajador, tales como el derecho a trabajar, a no ser discriminado por motivos sindicales y a ser reinstalado en su puesto de trabajo en caso de ser víctima de un despido de tales características, todos ellos amparados por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, a través de nuestro bloque de constitucionalidad vigente a partir de la reforma constitucional al artículo 75 inciso 22.

En segundo término, estimamos que el fallo también resulta lesivo de la libertad sindical del trabajador, en la medida en que se lo obliga a afiliarse a la asociación con personería gremial, única que, ante una situación de conflicto colectivo, detenta el poder negociador. En tal sentido, si bien a primera vista, el pronunciamiento pareciera enrolarse dentro de la saga de fallos que promovían la transformación del llamado “modelo sindical argentino”, lo cierto es que a pesar de ser titular del derecho de huelga, la entidad sindical simplemente inscripta, carece del poder de negociar un convenio colectivo formal, lo cual refuerza el sistema de personería gremial.

Esta última observación se ha visto recientemente corroborada con lo decidido en la causa “Agremiación de Empleados Municipales de Salta y otros”, en la cual, el voto mayoritario advierte que la potestad exclusiva conferida a los sindicatos con personería gremial para negociar colectivamente es incuestionable, en tanto a partir de “Asociación Trabajadores del Estado”, se discutía el reconocimiento, en un pie de igualdad, de otros derechos a los sindicatos simplemente inscriptos.

En consecuencia, se pronunció a favor de la constitucionalidad del artículo 31 inciso c) de la ley de asociaciones sindicales, lo cual mantiene vigente lo dispuesto por el art. 1º de la ley de convenciones colectivas de trabajo, y con ello, el sistema de personería gremial adoptado por nuestro país.

Para finalizar, el reciente pronunciamiento de reenvío dictada en “Orellano”, por la Sala IX de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, que confirmó la sentencia de primera instancia, al igual que otrora lo hizo la Sala I, avala nuestra postura, en el sentido de que el fallo dictado por la Corte Nacional, que decidió sobre la titularidad del derecho de huelga en detrimento de otros derechos fundamentales constitucionales, tuvo carácter excepcional en lo que a la protección de los trabajadores se refiere.

CONCLUSIONES

Con el fin de lograr claridad en la argumentación, la exposición se realiza de acuerdo al siguiente orden:

En primer lugar, se destaca la relevancia del tema propuesto como objeto de investigación, como así también se resignifican los objetivos en función de la hipótesis formulada.

En segundo término, se reseñan los instrumentos empleados y la información relevada. Asimismo, se presentan los principales hallazgos, los cuales se interpretan a nivel general y se señalan las limitaciones surgidas a través de la investigación.

Finalmente, se consideran las implicancias y consecuencias de las aplicaciones prácticas y se plantean posibles líneas de interés para futuras investigaciones.

El 7 de junio de 2016, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció en la causa “Orellano, Francisco Daniel c/ Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/ juicio sumarísimo” y determinó que la titularidad del derecho de huelga y las medidas de acción directa asimiladas a ella, corresponden a las asociaciones sindicales simplemente inscriptas –y por ende a las que gozan de la personería gremial-; no así al trabajador en forma individual, ni a cualquier grupo informal de trabajadores.

La investigación se centró en una de las tantas críticas cosechadas por este pronunciamiento, relacionada con la ausencia de tratamiento del agravio relativo al despido discriminatorio sufrido por el trabajador, representante sindical de una asociación simplemente inscripta, para resolver finalmente sobre la titularidad del derecho de huelga.

Si bien la libertad sindical ha sido definida de distintas formas por la doctrina, creemos apropiado concebirla como un derecho subjetivo de carácter complejo, cuyo contenido bifronte, involucra tanto la dimensión individual como la colectiva, para promover y defender los intereses colectivos en aras de lograr un bien común, a través de la creación de asociaciones sindicales. Por tal motivo, el despido discriminatorio del

trabajador, relacionado con el ejercicio de actividades gremiales dentro de la empresa, constituye una forma de ataque directo a la libertad sindical.

Partimos de la hipótesis de considerar que, lo decidido en “Orellano”, revistió carácter excepcional respecto de la protección anteriormente brindada por el propio Máximo Tribunal a los trabajadores que, en ejercicio de los derechos colectivos gremiales, resultaban objeto de despido discriminatorio. Por lo que, el objetivo general de la investigación se dirigió a analizar las motivaciones, las líneas jurisprudenciales y las consecuencias prácticas de este fallo.

Para ello indagamos no sólo en la doctrina, sino también en la normativa nacional e internacional, que contiene un importante desarrollo histórico en materia de libertad sindical y despido discriminatorio. En este sentido, reviste una fundamental importancia para nuestro país, la reforma constitucional de 1994, que entre otros aspectos otorgó jerarquía constitucional a once instrumentos internacionales sobre derechos humanos, permitiendo la incorporación de otros a futuro y bajo ciertas condiciones, lo que constituyó lo que se conoce como “bloque de constitucionalidad federal”, al complementar los derechos y garantías ya reconocidos en nuestra Carta Magna.

Asimismo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como máxima intérprete de las normas jurídicas a nivel local ha elaborado una profusa jurisprudencia que ha analizado el llamado “modelo sindical argentino” –de “unidad promocionada” o “unidad inducida”-, tanto desde el punto de vista de la libertad sindical, como del despido discriminatorio por motivos sindicales.

Por ello entendemos que las consecuencias prácticas de lo decidido en la causa “Orellano”, no pueden ser consideradas a partir de un análisis aislado, sino que el rigor científico de la investigación exige la contextualización de dicho fallo dentro del conjunto de resoluciones emitidas por la Corte Suprema sobre los temas implicados.

La primera línea jurisprudencial trazada por nuestro Máximo Tribunal tiene que ver con la libertad sindical y un importante cuestionamiento, por vía pretoriana, al sistema de personería gremial contenido en la ley 23.551/88. Así, el primer precedente

relevante dictado sobre el diseño legal recaído en la causa “Outon” (1967), sirvió de fundamento para el dictado de los posteriores fallos “Asociación Trabajadores del Estado” (2008) que declaró la inconstitucionalidad del artículo 41 apartado a); “Rossi” (2009) que declaró la inconstitucionalidad del artículo 52; “Asociación Trabajadores del Estado II” (2013) que declaró la inconstitucionalidad del artículo 31 apartado a); “Nueva Organización de Trabajadores Estatales” (2015) que declaró la inconstitucionalidad de los artículos 44 y 48 y “Orellano” (2016) acerca del sujeto titular del derecho de huelga.

La segunda línea jurisprudencial que podemos identificar está relacionada con el despido discriminatorio por motivos sindicales a partir de lo resuelto en el caso “Alvarez” (2010) respecto de la aplicación de la ley 23.592/88 al representante sindical de una asociación simplemente inscripta; solución que fue replicada en los casos “Arecco” (2011), “Parra Vera” (2011) y “Cejas” (2013); “Pellicori” (2011) sobre la carga de la prueba; “Ledesma” (2014) sobre la protección del activista sindical; “Farrell” y “Bibby” (ambos del 2018) sobre el daño moral y “Varela” (2018) que retomó nuevamente el tema de la carga de la prueba.

El análisis concatenado de estos fallos nos lleva a concluir que nuestra Corte Suprema ha mostrado su preocupación por defender la libertad sindical, en un claro mensaje tendiente a borrar, en forma pretoriana, la distinción entre las asociaciones sindicales con personería gremial y las simplemente inscriptas. Así de acuerdo con la doctrina que surge de sus pronunciamientos, los sindicatos simplemente inscriptos pueden convocar a elecciones de delegados en las empresas; no es necesario estar afiliado al sindicato con personería gremial para ser electo delegado de personal; los representantes electos por los trabajadores gozan de tutela sindical, licencias y permisos gremiales aún cuando pertenezcan a un sindicato simplemente inscripto, el que también puede reclamar ante las autoridades y empleadores por los derechos colectivos de sus representados y además titulariza el derecho de huelga.

Esta preocupación por el resguardo de la libertad sindical también se manifiesta en cuanto a la regulación de distintos aspectos del despido discriminatorio por motivos sindicales. Desde el punto de vista sustancial, se llegó a extender la protección otorgada

por la ley antidiscriminatoria no sólo al representante sindical de una entidad simplemente inscripta, sino también al activista sindical y aún a personas vinculadas con delegados sindicales. Mientras que desde el punto de vista procesal se tuvo en cuenta las dificultades que acarrea la prueba de este tipo de despido, por lo que dispuso la inversión de la carga probatoria, de tal manera que al trabajador sólo le bastará probar en el grado de verosimilitud suficiente los hechos y que el despido por tal motivo lesiona un derecho humano fundamental. A su turno el empleador deberá probar que el despido no se debió a motivos discriminatorios: en el caso de un despido sin causa le bastará acreditar que el trato dispensado al trabajador no obedeció a móviles discriminatorios y frente a un despido con causa le bastará con probar la configuración de la misma.

De tal manera, siendo la Corte Suprema de Justicia de la Nación uno de los poderes del Estado con competencias y atribuciones políticas insoslayables, se sumó, a través de sus fallos, a las voces que cuestionaban el “modelo sindical argentino”, con la finalidad de impulsar la transformación del mismo a través de una reforma legislativa.

No debe perderse de vista el contexto histórico, ya que al momento del dictado de “Orellano”, nuestro país se encontraba inmerso en una serie de conflictos laborales, promovidos por sujetos activos que diferían de los regulados por la legislación, lo que hizo evidente el interés del Máximo Tribunal por sentar criterio acerca de la titularidad del derecho de huelga y ello de alguna manera explica el por qué entendió que era esa la adecuada solución del caso y no el pronunciamiento sobre el despido discriminatorio sufrido por el actor, sobre el que decidió no emitir opinión alguna.

Por ello entendemos que, en materia de despido discriminatorio del representante gremial, la postura tomada en el fallo mencionado fue claramente excepcional, lo que conlleva a considerar el carácter lesivo del pronunciamiento en este sentido. En efecto, entendemos que el Máximo Tribunal decidió sobre la titularidad del derecho de huelga, a costa de sacrificar no sólo su propio bagaje jurisprudencial sobre el despido discriminatorio, elaborado sobre la base del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sino también la propia libertad sindical del actor, al convalidar la situación de despido por tal motivo.

En el transcurso de nuestra investigación encontramos como hallazgo novedoso, que “Orellano” no fue el único fallo en este sentido, sino que se trató de la causa madre de otros pronunciamientos, tales como “Brindisi”, “Conte”, “Defilippis” y “Lafuente”; todos procesos judiciales iniciados por trabajadores del Correo Argentino que habían sufrido el mismo destino del actor. Ello da cuenta de que los efectos distorsivos de aquel conflicto primigenio fueron extendidos a este grupo de causas, en las cuales el interés por establecer el sujeto titular del derecho de huelga, también dejó de lado derechos fundamentales de los trabajadores reconocidos en instrumentos internacionales sobre derechos humanos, en su gran mayoría elevados a la jerarquía constitucional después de la reforma de 1994.

Señalamos como limitación a nuestra investigación, que la misma se ha circunscripto al estudio del caso “Orellano”, en materia de despido discriminatorio del trabajador que ejerce actividades sindicales, dentro del contexto de aquellos fallos considerados icónicos, dictados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que pretendieron de alguna manera sumarse al proceso de transformación del llamado “modelo sindical argentino”, a partir del año 2008, con el pronunciamiento dictado en la causa “Asociación Trabajadores del Estado”.

En su aplicación práctica, lo resuelto por la Corte en “Orellano”, significó en concreto para el actor, la revocación de lo resuelto favorablemente tanto en primera como en segunda instancia, en donde se había ordenado la reinstalación en su puesto de trabajo, con el pago de los salarios caídos desde la fecha del despido declarado nulo y la reparación del daño moral causado por el accionar de la demandada, todo ello en aplicación del artículo 1° de la ley 23.592/88, artículo 47 de la ley 23.551/88 y artículos 16 y 75 de la Constitución Nacional.

Por lo tanto el fallo no resolvió el caso, ya que ordenó el dictado de un nuevo pronunciamiento y omitió la discusión de fondo sobre el despido discriminatorio, en contraposición a los principios de progresividad, justicia social y *pro homine* que el propio Alto Tribunal defendió en sus fallos anteriores a favor del trabajador, sujeto de preferente tutela constitucional. Esto significó el riesgo real del actor, de obtener una

nueva sentencia desfavorable a sus intereses, lo que de hecho ocurrió en otras causas resueltas a la luz de “Orellano”. En efecto, las sendas sentencias de reenvío dictadas en las causas “Conte”, “Defilippis” y “Lafuente”, rechazaron el planteo de nulidad del despido discriminatorio, así como la totalidad de los demás rubros reclamados, para finalmente considerar el despido injustificado y otorgar la indemnización prevista por el artículo 245 de la ley de contrato de trabajo.

La afirmación que la solución propuesta en “Orellano”, implicó en los hechos un claro perjuicio para estos trabajadores, quienes en definitiva obtuvieron una solución menos favorable a sus reclamos, resulta más patente en el caso “Defilippis”, que de nuevo llegó hasta la Corte Nacional, pero fue rechazado formalmente por considerar que no existía agravio federal suficiente a los términos del artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y confirmó así la situación de despido discriminatorio sufrido por el actor en esta causa. Tal decisión resultó de nuevo contraria a lo resuelto anteriormente en la causa “Alvarez”, en donde el mismo Tribunal se había expedido en el sentido de que la aplicación del artículo 1° de la ley 23.592/88 resultaba cuestión federal suficiente y en consecuencia, declaró tal normativa aplicable al despido del representante sindical de una entidad simplemente inscripta.

Podemos concluir entonces que, con el claro interés de pronunciarse sobre la titularidad del derecho huelga, la Corte Nacional lesionó no sólo la libertad sindical del trabajador, sino también otros derechos fundamentales tales como el derecho a trabajar, a no ser discriminado por motivos sindicales y a ser reinstalado, todos ellos reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, nuestra legislación interna y los propios precedentes del mismo tribunal.

Al finalizar nuestra investigación, se dio a conocer el fallo de reenvío dictado por la Sala IX de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, que confirmó la decisión tomada en primera instancia, en iguales términos en que otrora lo hizo la Sala I y en consecuencia ordenó la reinstalación del trabajador, el pago de las remuneraciones devengadas desde la fecha del distracto hasta la de su efectiva reinstalación y el pago de la suma de \$ 10.000 en concepto de daño moral.

Consideramos que este pronunciamiento constituye un importante precedente que avala los resultados de nuestra investigación en respuesta a la hipótesis inicial de trabajo y por lo tanto confirma la conclusión de que el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en cuanto lesionó derechos fundamentales del trabajador, fue claramente excepcional.

En futuras investigaciones, sería interesante comprobar si lo resuelto en esta causa realmente impidió o desalentó la realización de las huelgas por parte de sujetos inorgánicos, como así también si realmente contribuyó a la transformación del “modelo sindical argentino”. Ello se justifica por dos motivos: en primer lugar porque las decisiones tomadas a partir del fallo “Asociación Trabajadores del Estado” no se vieron reflejadas en un cambio a nivel legislativo respecto de la ley de asociaciones sindicales. En segundo lugar porque de acuerdo a los principios previstos en los artículos 18, 109 y 116 de la Constitución Nacional, receptados por la propia Corte Suprema, el control judicial de constitucionalidad es difuso, para casos particulares y concretos, de tipo reparador, cuyos efectos de la declaración de inconstitucionalidad se circunscriben exclusivamente a la causa donde es dictada y siempre que no exista otra forma de superar el conflicto. De tal manera que las declaraciones de inconstitucionalidad efectuadas al sistema sindical, sólo afectan a cada caso concreto, con lo cual cada trabajador afectado, deberá acudir a la justicia a fin de obtener un pronunciamiento en tal sentido.

Asimismo, estimamos de interés sugerir futuras investigaciones sobre la necesidad de reforma de nuestro sistema sindical y qué aspectos abarcaría la misma. Ello así porque ya desde el fallo “Asociación Trabajadores del Estado” y en un todo de acuerdo con la postura de los organismos internacionales, la negociación colectiva, pilar fundamental del modelo, se mantuvo siempre en cabeza de las asociaciones con personería gremial y nunca fue motivo de conflicto o cuestionamiento alguno. Esto último se ha visto reflejado recientemente en el último fallo dictado por el Alto Tribunal en la causa “Agremiación de Empleados Municipales de Salta”, en donde expresamente el Máximo Tribunal aclaró que los cuestionamientos a la ley sindical, se refirieron a otros aspectos, mas no a la negociación colectiva reservada a las asociaciones con

personería gremial, con lo cual declaró la constitucionalidad del artículo 31 inciso c) de la ley 23.551/88. Lo afirmado adquiere relevancia, ya que “Orellano” habilita a la asociación simplemente inscripta a declarar la huelga, sin embargo la negociación colectiva en términos formales, sólo puede ser llevada a cabo por la asociación con personería gremial, lo que pone de manifiesto que el sistema actual pareciera ser el que mejor garantiza a los trabajadores mantener la fortaleza de sus reclamos, ya que si se permitiese a las simplemente inscriptas tal negociación se produciría una atomización que acabaría por debilitarlos. De ahí la necesidad de establecer cuáles son realmente los aspectos de la ley de asociaciones sindicales que merecerían una reforma y los alcances de la misma.

BIBLIOGRAFIA

Ábalos, M. (2014). Supremacía constitucional y control de convencionalidad a veinte años de la reforma de 1994. *LL*, (D), 833.

Ábalos, M. (2016). El Código Civil y Comercial, los tratados y la supremacía constitucional: breves consideraciones. *IJ*, (CCXVIII), 884.

Ackerman, M. (2007). Libertad Sindical. Ackerman, M., *Tratado de Derecho del Trabajo* (1ª ed., p. 39). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

Arese, C. (2008). Discriminación ideológica y empresas de tendencia. *RDL, Rubinzal-Culzoni*, (2), 253.

Arese, C. (2011). *Derecho de los conflictos colectivos de trabajo. La huelga, sus modalidades, efectos y procesos*. (1ª. ed.). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

Arese, C. (2016). El fallo “Orellano” de la Corte Suprema sobre titularidad sindical del derecho de huelga. Relativo encogimiento de un derecho fundamental de los sindicatos y de los trabajadores. *RDL Actualidad, Rubinzal-Culzoni*, (2), 273.

Arese, C. (2017). Ocho cuestiones sobre libertad sindical. El derecho colectivo del trabajo como un eterno Sísifo. *RDL Actualidad, Rubinzal-Culzoni*, (1), 303.

Berduc, J. (2016). El derecho humano a no ser discriminado. Aportes del Derecho Internacional y del Derecho Común para combatir el fenómeno. *RDL Actualidad, Rubinzal-Culzoni*, (1), 83.

Bidart Campos, G. (1998). *Manual de la Constitución Reformada*. (1ª reimp.). Buenos Aires: Ediar.

Bof, J. (1991). *Acciones tutelares de la libertad sindical*. (1ª ed.). Buenos Aires: Ediciones La Rocca.

Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala I. 28/12/12. Causa N° 53.143/2010. “Orellano Francisco Daniel c/ Correo Oficial de la República Argentina Sociedad Anónima s/ juicio sumarísimo”.

Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala IV. 28/12/12. Causa N° 54.119/2010. “Brindisi, Ricardo Gabriel c/ Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/ juicio sumarísimo”.

Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala II. 31/05/13. Causa N° 26.935/2011. “Conte, Maximiliano c/ Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/ juicio sumarísimo”.

Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala V. 14/06/13. Causa N° 54.120/2010. “Defilippis, Fernando Javier c/ Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/ juicio sumarísimo”.

Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VII. 16/09/16. Causa N° 26.935/2011. “Conte, Maximiliano c/ Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/ juicio sumarísimo”.

Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala IV. 30/03/17. Causa N° 44.057/2009. “Lafuente, César Roberto c/ Correo Oficial de la República Argentina SA s/ otros reclamos-nulidad de acto discriminatorio”.

Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala IX. 17/12/20. Causa N° 53.143/2010 “Orellano Francisco Daniel c/ Correo Oficial de la República Argentina Sociedad Anónima s/ juicio sumarísimo”.

Caro Figueroa, J. (2016). Huelga, titularidad del derecho de huelga y libertad sindical. *DT*, (julio), 1516.

Confalonieri, J. (2019). El despido discriminatorio en el pensamiento del profesor Rodríguez Mancini (una tesis defendida durante quince años de aportes). También unas reflexiones sobre "Farrell" y "Varela"; y una adenda respecto de "Ceballos". *DT*, (junio), 3.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. 19/03/67. Recurso de hecho “Outon, Carlos José y otros s/ recurso de amparo”. Fallos: 267:215.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. 11/11/08. Recurso de hecho “Asociación Trabajadores del Estado c/ Ministerio de Trabajo s/ Ley de Asociaciones Sindicales”. Fallos: 331:2499.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. 09/12/2009. Recurso de hecho “Rossi, Adriana María c/ Estado Nacional - Armada Argentina s/ sumarísimo”. Fallos: 332:2715.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. 07/12/10. Recurso de hecho “Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo”. Fallos: 333:2306.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. 23/06/2011. Recurso de hecho “Arecco, Maximiliano c/ Praxair Argentina S.A. s/ sumarísimo”. A. 590. XLIII.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. 23/08/2011. Recurso de hecho “Parra Vera, Máxima c/ San Timoteo SA s/ acción de amparo”. P. 1508. XLII.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. 15/11/11. Recurso de hecho “Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ amparo”. Fallos: 334:1387.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. 18/06/2013. Recurso de hecho “Asociación de Trabajadores del Estado s/ Acción de inconstitucionalidad”. Fallos: 336:672.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. 26/03/2013. Recurso de hecho “Cejas, Adrián E. c/ Fate S.A. s/ sumarísimo”. C. 823. XLVI.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. 09/09/14. Recurso de hecho “Ledesma, Florencio c/ Citrus Batalla S.A. s/ sumarísimo”. L. 263. XLV.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. 24/11/2015. Recurso de hecho “Nueva Organización de Trabajadores Estatales c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/ Amparo”. CSJ 143/2012 (48-N)/ CS1.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. 07/06/16. Recurso de hecho “Orellano, Francisco Daniel c/ Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/ juicio sumarísimo”. Fallos: 339:760.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. 07/06/16. Recurso de hecho “Brindisi, Ricardo Gabriel c/ Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/ juicio sumarísimo”. CSJ 829/2013 (49-B)/ CS1.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. 07/06/16. Recurso de hecho “Conte, Maximiliano c/ Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/ juicio sumarísimo”. CSJ 990/2013 (49-C) CS1.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. 07/06/16. Recurso de hecho “Defilippis, Fernando Javier c/ Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/ juicio sumarísimo”. CSJ 667/2013 (49-D)/CS1.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. 04/10/16. Recurso de hecho “Lafuente, César Roberto c/ Correo Oficial de la República Argentina SA s/ otros reclamos-nulidad de acto discriminatorio”. CNT 44057/2009/1/RH1.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. 04/04/17. Recurso de hecho “Conte, Maximiliano c/ Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/ juicio sumarísimo”. CNT 26935/2011/1/RH1.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. 06/02/18. Recurso de hecho “Farrell, Ricardo Domingo c/ Libertad S.A. p/ despido”. Fallos: 341:29.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. 06/02/18. Recurso de hecho “Bibby, Nicolás c/ Libertad S.A. p/ despido”. Fallos: 341:25.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. 27/03/18. Recurso de hecho “Defilippis, Fernando Javier c/ Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/ juicio sumarísimo”. CNT 54120/2010/1/RH1.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. 04/09/18. Recurso de hecho “Varela, José Gilberto c/ Disco S.A. s/ amparo sindical”. CSJ 528/2011 (47-V)/CS1.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. 03/09/20. Recurso de hecho “Agremiación de Empleados Municipales de Salta y otros c/ Municipalidad de la Ciudad de Salta y otro s/ amparo sindical”. FSA 648/2015/CS1.

Cuartango, G. (2016). La titularidad del derecho de huelga en la interpretación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. *DT*, (julio), 1563.

De Manuele, A. (2017). La protección normativa de la actividad sindical. Arese, C. y otros. *Evolución y revolución de los derechos laborales colectivos* (1ª ed., p. 59). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

Duarte, D. (2016). La titularidad del derecho de huelga no resuelve el conflicto. *RDL Actualidad, Rubinzal-Culzoni*, (2), 290.

Duarte, D. (2019). La progresividad y la regresividad del fallo “Varela” de la Corte. *RDL Actualidad, Rubinzal-Culzoni*, (1), 290.

Elías, J. (2008). La onda expansiva del despido discriminatorio. *RDL Actualidad, Rubinzal-Culzoni*, (2), 71.

Elías, J. (2014). Vacuna experimental contra el despido discriminatorio. *DT*, (julio), 1765.

Elías, J. (2016). La huelga va para donde quiere. *RDL Actualidad, Rubinzal-Culzoni*, (2), 323.

Etala, C. (2007). *Derecho colectivo del trabajo* (2ª ed.). Buenos Aires: Astrea.

Etala, C. (2012). Libertad sindical y negociación colectiva. *LL*, (C), 737.

Fanjul, A. (2014). El despido discriminatorio. *DT*, (diciembre), 3282.

Fera, M. (2013). *Corte Suprema de Justicia de la Nación. Máximos Precedentes Derecho Laboral*. (1ª ed.). Buenos Aires: La Ley.

García, H. (2016). ¿Quiénes son titulares del derecho de huelga? *DT*, (julio),

1532.

García, H. (2019). Discriminación. Ackerman, M. *Jurisprudencia laboral de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Comentada* (1ª ed., p. 189). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

Gelli, M. (2016). La huelga y el derecho a la huelga (a propósito del caso "Orellano"). *LL (D)*, 31.

Gialdino, R. (2015). Titularidad de los trabajadores del derecho humano de huelga. *LL, (E)*, 1232.

Gialdino, R. (2016). La Corte Suprema y la titularidad del derecho de huelga. El caso Orellano: un regreso al siglo XIX. *DT*, (octubre), 2367.

Goldschmidt, W. (1987). *Introducción filosófica al Derecho*. (6ª. ed.). Buenos Aires: Depalma.

Grisolía, J. (2011). *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. (14ª. ed.). Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Grisolía, J. y Hierrezuelo, R. (2004). *Ley de Ordenamiento Laboral*. (1ª ed.). Buenos Aires: Quorum.

Guibourg, R. (2015). Vulnerabilidad discriminatoria. *DT*, (marzo), 487.

Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C., y Baptista Lucio, M. (2014). *Metodología de la investigación*. (6ª. ed.). México: McGraw-Hill/Interamericana Editores S.A. de C.V.

Herrera, E. (2006). *Práctica metodológica de la investigación jurídica*, (2a. Reimp.). Buenos Aires: Astrea.

Hofele, J. (2018). Fallo Varela: La Corte ratificó la protección de los activistas sindicales para desarrollar su militancia. Disponible en: <http://www.palabrasdelderecho.com.ar/articulo.php?id=138> [Recuperado 08/marzo/ 2020].

Ibarlucía, E. (2018). El despido discriminatorio. Nuevo fallo de la Corte Suprema. *LL*, 12/12/2018, 14.

Ibarlucía, E. (2018). La Corte Suprema y la doctrina sobre despido discriminatorio. *LL*, 20/02/2018, 6.

Karpiuk, H. (2016) ¿Despido discriminatorio o despido represalia? *DT*, (octubre), 2394.

Las Heras, H., Serén Novoa, G., Valle, M. y Carugo, A. (2019). Libertad Sindical. Ackerman, M. *Jurisprudencia laboral de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Comentada* (1ª ed., p. 259). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

Livellara, C. (1995). Derechos de los trabajadores: reforma constitucional y legislación nacional. Pérez Guilhou, D. y otros. *Derecho Constitucional de la reforma de 1994*. (1ª ed., p. 277). Buenos Aires: Depalma.

Livellara, C. (2003). *Derechos y garantías de los trabajadores incorporados a la constitución reformada*. (1ª ed.). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

López, J. (2014). Libertad Sindical. Simon, J. *Tratado de Derecho Colectivo del Trabajo* (1ª ed., p. 169). Buenos Aires: La Ley.

López Malah, R. (2018). El modelo sindical argentino. *ED, Diario de Doctrina y Jurisprudencia*, p. 1.

Machado, J. y Ojeda, R. (2006). *Tutela sindical*. (1ª ed.). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

Mansueti, H. (2016). La Corte restringe el derecho de huelga a los sindicatos. *DT*, (julio), 1546.

Martínez Vivot, J. (2000). *Discriminación laboral*. (1ª ed.). Buenos Aires: Ciudad Argentina.

Maza, M. (2019). Tutela judicial frente a actos discriminatorios dañosos en las relaciones de trabajo. *RDL, Rubinzal-Culzoni*, (1), 91.

Méndez, J. (2015). Algunas consideraciones sobre la protección del sujeto de preferencial tutela constitucional frente a actos de discriminación. *RDL Actualidad, Rubinzal-Culzoni*, (1), 125.

Organización de los Estados Americanos. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. Disponible en: <https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/BelemDoPara-ESPANOL.pdf> [Recuperado 17/ marzo/2020].

Organización Internacional del Trabajo. Convenio 87. Disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C087 [Recuperado 14/enero/2020].

Organización Internacional del Trabajo. Convenio 98. Disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C098 [Recuperado 14/enero/2020].

Organización Internacional del Trabajo. Convenio 100. Disponible en:

https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C100 [Recuperado 16/marzo/2020].

Organización Internacional del Trabajo. Convenio 111. Disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100::NO:12100:P12100_ILO_CODE:C111:NO [Recuperado 16/marzo/2020].

Organización Internacional del Trabajo. Convenio 135. Disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C135 [Recuperado 14/enero/2020].

Organización Internacional del Trabajo. Convenio 151. Disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C151 [Recuperado 14/enero/2020].

Organización Internacional del Trabajo. Convenio 154. Disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312299 [Recuperado 14/enero/2020].

Organización Internacional del Trabajo (2018). *La libertad sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical* (6ª ed.). Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo. Disponible en: https://www.ilo.org/global/standards/subjects-covered-by-international-labour-standards/freedom-of-association/WCMS_635185/lang--es/index.htm [Recuperado 07/enero/2021].

Oyola, R. (2016). Actualidad del modelo sindical argentino luego de los pronunciamientos de la CSJN. *RDL Actualidad, Rubinzal-Culzoni*, (2), 305.

Pérez Hualde, D. (1995). Derechos sociales en la Constitución Argentina. Pérez Guilhou, D. y otros. *Derecho Constitucional de la Reforma de 1994* (1ª ed., p. 245). Buenos Aires: Depalma.

Pinto Varela, S. (2019). El Convenio n° 111 de la Organización Internacional del Trabajo y su proyección sobre el Derecho Argentino. *RDL, Rubinzal-Culzoni*, (1), 49.

Pisacco, M. (2014). Avances y nuevos desafíos en materia de despidos discriminatorios por “opinión gremial”. *DT*, (julio), 1806.

Plá Rodríguez, A. (1994). Los derechos humanos y la OIT. *RDL*, (enero-junio), 3.

Recalde, M. (2017). *Manual de Derecho Colectivo del Trabajo*. (1ª ed.). José C. Paz: Edunpaz Editorial Universitaria.

Rial, N.; Machado, J. y De Manuele, A. (2011). *Manual para representantes sindicales*. (1ª ed.). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

Rial, N. y De Manuele, A. (2019). *El sindicato* (1ª ed.). Buenos Aires: La Ley.

Rodríguez Mancini, J. (2017). La titularidad del derecho a huelga. Alcance de las sentencias ‘Orellano’ y ‘Conte’ de la Corte Suprema. *LL*, (A), 390.

Sappia, J. (2010). El ‘modelo sindical argentino’: tendencias doctrinarias y jurisprudenciales. Exposición del autor como ponente de las Jornadas Iberoamericanas de Derecho del Trabajo en conmemoración del Bicentenario de la Revolución de Mayo, Mendoza, 14 y 15 de octubre de 2010.

Sappia, J. (2014). Evolución del derecho colectivo en materia de sindicatos, negociación colectiva y huelga. Exposición en las XIII Jornadas del Centro de la República, organizadas por la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Córdoba, 21 y 22 de agosto de 2014.

Sautu, R.; Boniolo, P., Dalle, P. y Elbert, R. (2005). *Manual de metodología*. Buenos Aires: CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales.

Seco, R. (2018). Derecho Internacional Privado del Trabajo - De las normas argentinas actuales al Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado mexicano. Ponencia oficial presentada en el Seminario Internacional "Nueva Legislación Procesal Civil y Familiar" organizado por la Escuela Judicial del Estado de México, los días 13, 14 y 15 de febrero de 2018, en Toluca, Estado de México, Estados Unidos Mexicanos. Disponible en <https://www.rubinzalonline.com.ar/index.php/doctrina/articulos/ver/936128/> [Recuperado 16/enero/2020].

Simón, J. y Ambesi, L. (2014). La organización del sujeto sindical. Simon, J. *Tratado de Derecho Colectivo del Trabajo* (1ª ed., p. 341). Buenos Aires: La Ley.

Stile, E y Mañko, W. (2018). Comentario al fallo “Varela, José Gilberto c/ Disco S.A. s/ amparo sindical”. Disponible en: <http://www.abogados.com.ar/comentario-al-fallo-varela-jose-gilberto-c-disco-sa-s-amparo-sindical/22182> [Recuperado 17/noviembre/2018].

Strega, E. (2013). *Asociaciones sindicales* (2ª ed.). Buenos Aires: La Ley.

Schwartz, C. (2018). Derecho de huelga y libertad sindical. Estándares internacionales y su recepción en la Corte suprema de Justicia. *LL*, (D), 638.

Toselli, C. (2017). Las enseñanzas de Varela. Disponible en: <https://www.abogadosdesalta.org.ar/descargas/REVISTA-FORO-FEDERAL-DEL-TRABAJO-1.pdf> [Recuperado 08/abril/2020].

Tula, D. (2019). La prueba de la discriminación. *RDL, Rubinzal-Culzoni*, (1), 131.

Valdovinos, O. (2007). Las organizaciones sindicales de trabajadores en la Argentina. Marco normativo. Ackerman, M. *Tratado de Derecho del Trabajo* (1ª ed., p. 415). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

Von Potobsky, G. (2010). Norma internacional y derecho colectivo del trabajo. *DT*, (febrero), 229.

A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a long horizontal stroke at the bottom.

Mónica E. Cuervo

DNI 22.407.532