

# LA HUELGA EN LOS SERVICIOS ESENCIALES\*

Por José E. Tribuzio

## **1. Consideración social, subjetiva y fundamental del derecho de huelga**

## **2. Fundamentación del carácter fundamental del derecho de huelga**

*2.1. Análisis formal*

*2.2. Análisis axiológico*

## **3. Derecho de huelga e interés general**

## **4. Límites externos (y los límites de éstos) al ejercicio del derecho de huelga**

*4.1. Excursus 1: Sujetos excluidos del derecho de huelga*

*4.2. Excursus 2: Derecho de huelga y función pública*

*4.3. Excursus 3: Suspensión del Derecho de huelga (crisis nacional aguda)*

## **5. Servicios esenciales**

## **6. Concepto de servicio esencial**

*6.1. Servicios esenciales “en sentido estricto” según la OIT*

*6.2. Servicios esenciales “por extensión”, también según la OIT*

*6.3. Servicio “público de importancia trascendental” o de “utilidad pública”. Categoría ad hoc elaborada por los órganos de control de OIT: la excepción en la excepción*

*6.4. “Garantías compensatorias” a favor de los trabajadores alcanzados por las restricciones al ejercicio del derecho de huelga*

## **7. Técnicas de determinación de los servicios esenciales**

*7.1. Definición*

*7.2. Enumeración*

*7.3. Delegación*

## **8. Fuentes de determinación de los servicios esenciales**

*8.1. Constitución*

*8.2. Ley*

*8.3. Decretos y resoluciones administrativas emanadas de un órgano de gobierno*

*8.4. Decisiones emanadas de un órgano independiente*

*8.5. Sentencias judiciales*

*8.6. Autodeterminación sindical*

*a) Titularidad sindical del derecho de huelga*

*b) Titularidad individual del derecho de huelga*

*c) Titularidad mixta del derecho de huelga*

*d) Titularidad diferenciada del derecho de huelga*

*8.7. Regulación negociada (autónoma o mixta)*

*8.8. Nota final*

## **9. Diferencia entre servicios esenciales y servicios públicos**

## **10. Diferencia entre servicios esenciales y servicios de seguridad y mantenimiento**

## **11. Técnicas de garantía de mantenimiento de los servicios esenciales**

*11.1. Reglas procedimentales especiales*

*a) Exigencia de preaviso*

*b) Obligación de someter la decisión de recurrir a la huelga a votación de los afiliados*

*c) Exigencia de incorporar determinados contenidos en la comunicación de la huelga*

*d) Obligación de negociar*

*e) Obligación de información a los usuarios*

*f) Sometimiento a mecanismos de solución extrajudicial de conflictos*

*11.2. Suspensión, postergación o reducción de la duración de la huelga*

*11.3. Prohibición de ciertas modalidades de ejercicio de la huelga*

*11.4. Sustitución de los huelguistas*

## **12. Servicios mínimos**

*12.1. Concepto de servicio mínimo*

*12.2. Criterios de determinación de los servicios mínimos*

*12.3. Fuentes de determinación de los servicios mínimos*

*a) Determinación concertada de los servicios mínimos entre los actores sociales y la autoridad pública e instancia revisora a cargo de un órgano independiente (la fórmula de OIT)*

*b) Fuentes (y procedimientos) de determinación de los servicios mínimos en el derecho comparado*

*b) 1. Italia*

*b) 2. Portugal*

*b) 3. Grecia*

*b) 4. España*

*b) 5. Francia*

*b) 6. Gran Bretaña*

*b) 7. Canadá*

*b) 8. Uruguay*

*b) 9. Chile*

*b) 10. Brasil*

*12.4. Incumplimiento de la prestación de los servicios mínimos*

**13. Antecedentes normativos sobre el derecho de huelga en los servicios esenciales en Argentina**

*13.1. Normativa previa a la introducción en el derecho positivo del concepto de “servicio esencial”*

*13.2. Normativa de regulación específica de la huelga en los servicios esenciales*

*a) Decreto n° 2184/90*

*b) Ley n° 25.250*

*c) Decreto n° 843/00*

**14. Actual regulación legal y reglamentaria de la huelga en los servicios esenciales en el sistema nacional de relaciones laborales**

*14.1. Huelga y servicios esenciales en el artículo 24 de la ley n° 25.877*

*14.2. Decreto n° 272/06. La reglamentación del artículo 24, LOL*

*a) Influencia del decreto n° 843/00*

*b) Titularidad del deber de garantizar la prestación de los servicios mínimos*

*c) Atribuciones de la Comisión de Garantías*

*d) Integración de la Comisión de Garantías*

*e) Funcionamiento de la Comisión de Garantías*

*f) Procedimentalización del ejercicio del derecho de huelga en los servicios esenciales*

*g) Responsabilidad de las partes antes, durante y después del ejercicio de la huelga en los servicios esenciales*

*h) Alcance del procedimiento*

*i) Sanciones*

*j) Sistemas recursivos*

*14.3. Servicios esenciales, servicios mínimos y negociación colectiva. Experiencias en el orden nacional*

*a. Establecimiento de servicios mínimos de funcionamiento (o de prestación). Actividades no incorporadas dentro del catálogo legal de servicios esenciales en sentido estricto*

*b. Abdicación (condicionada) del ejercicio del derecho de huelga. Actividad no incorporada dentro del catálogo legal de servicios esenciales en sentido estricto*

*c. Abdicación (incondicionada) del ejercicio del derecho de huelga. Actividad no incorporada dentro del catálogo legal de servicios esenciales en sentido estricto*

*d. Calificación de esencialidad del servicio. Servicios mínimos de funcionamiento. Actividad no incorporada dentro del catálogo legal de servicios esenciales en sentido estricto*

*e. Establecimiento de servicios mínimos de funcionamiento en sectores o áreas que no resultan indispensables para la prestación del servicio esencial. Conflictos pluriindividuales.*

*f. Establecimiento de servicios mínimos de funcionamiento en sectores o áreas que no resultan indispensables para la prestación del servicio esencial. Remisión hacia normativa derogada.*

*g. Establecimiento de servicios mínimos de funcionamiento. Actividad incorporada dentro del catálogo legal de servicios esenciales en sentido estricto. Articulación entre convenio y ley*

#### *14.4. Apuntes finales*

## LA HUELGA EN LOS SERVICIOS ESENCIALES

### 1. Consideración social, subjetiva y fundamental del derecho de huelga

La caracterización genealógica de la huelga como fenómeno sociolaboral y paraestatal —nacida y desarrollada al margen de las instituciones jurídicas y los poderes establecidos—, al servicio de la autotutela y administración exclusiva de los trabajadores para la reivindicación de sus derechos y la protección de sus intereses, es el punto de referencia ineludible para comprender su evolución hacia el reconocimiento de su *status fundamental* entre los derechos sobre los cuales se asienta el moderno Estado Social de Derecho.

La resistencia al encorsetamiento legal que la huelga ha desarrollado obstinadamente a lo largo de su historia es congruente con su naturaleza refractaria (su *primitiva rebeldía*<sup>1</sup>) a influencias de fuente heterónoma dirigidas, ante todo, a obturar o —lisa y llanamente— impedir su ejercicio. Percibido en origen, como una anomalía inaceptable producida en el seno de las relaciones industriales, atentatorio de la libertad individual, el derecho de propiedad y el libre ejercicio del comercio, el hecho huelguístico fue reprimido en casi todas las naciones occidentales por el Estado liberal<sup>2</sup>, que —coherente con sus postulados fundantes— rechazó cualquier intento de reivindicación obrera a través de acciones colectivas.

En esa línea se inscribían las legislaciones europeas, entre las cuales se suele destacar a la ley francesa *Le Chapelier*<sup>3</sup> de 1791 y la *Combination Act*<sup>4</sup> inglesa de 1800, dispositivos éstos, destinados a prohibir las coaliciones y/o acciones colectivas derivadas de la organización obrera. En España, el Código Penal de 1822 tipificó como

---

\* El presente trabajo se basa en el elaborado con anterioridad para su integración al *Tratado de Derecho Colectivo del Trabajo*, dirigido por Julio Simon y coordinado por Leonardo Ambesi, editorial La Ley, Buenos Aires, 2012, T. II.

<sup>1</sup> MARZAL, Antonio, *Prólogo*, en la obra que el mismo autor edita, VV.AA., *La huelga hoy en el derecho social comparado*, J.M.Bosch, ESADE Facultad de Derecho, Barcelona, 2005, p. 18.

<sup>2</sup> El derecho de inspiración liberal había rechazado la legitimidad de las manifestaciones colectivas, prohibiéndolas y declarándolas ilícitas, tanto desde el punto de vista civil como penal. Al respecto decía Sinzheimer que “el Estado se defiende contra el derecho no estatal” y lo hacía hasta el punto de que, no sin razón, se ha afirmado que las relaciones laborales nacieron en el seno del Derecho penal, pues fue esa la primera ubicación que se reservó a la *cuestión social* dentro del sistema jurídico (GARMENDIA, Mario, *La negociación y el convenio colectivo*, en ACKERMAN, Mario E. (dir.) y TOSCA, Diego M. (coord.), *Tratado de Derecho del Trabajo*, T. VII-II, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007, p. 16; con citas en SINZHEIMER, Hugo, *Teoría de las fuentes del Derecho y el Derecho obrero*, en *Annuaire de l’Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique (1934-1935)*, Travaux de la première session, *Le problème de sources du Droit Positif*, Paris, 1934; y BAYLOS GRAU, Antonio y TERRADILLOS, Juan, *Derecho Penal del Trabajo*, Trotta, Madrid, 1990, p. 15).

<sup>3</sup> Promulgada el 14 de junio de 1791, establecía en su artículo 1º que: “El desmantelamiento de toda clase de corporaciones de ciudadanos del mismo oficio y profesión es uno de las bases de la Constitución Francesa, y se prohíbe totalmente volver a crearlas bajo cualquier forma”; mientras que en su artículo 2º disponía que “los ciudadanos del mismo oficio o profesión, empresarios, comerciantes, obreros y artesanos de cualquier ramo, no pueden, cuando están juntos, nombrar presidente, secretario o síndico, llevar registros, promulgar estatutos u ordenanzas, ni tomar decisiones, ni imponer normas en su interés común.”

<sup>4</sup> Normativa —vigente hasta el año 1824— dirigida a “prevenir asociaciones ilegales de trabajadores” que tuvieran por objeto obtener incrementos salariales, alterar las condiciones laborales o reducir la cantidad de trabajo.

“delito contra la sociedad” la creación de asociaciones profesionales y más adelante (1848) asignó —ya en forma directa— calificación delictual a la huelga<sup>5</sup>. El Código Penal sardo, con vigencia en todo el Reino de Italia después de la unificación, también incriminaba y sancionaba la huelga —derivación necesaria de una coalición— como delito contra la propiedad o contra la libertad negocial<sup>6</sup>.

Sin embargo, la represión ejercida por el aparato estatal sobre la huelga no logró impedir su tránsito, no lineal<sup>7</sup>, impulsado a través de la acción colectiva, desde la consideración sociológica de aquella como *hecho* (socialmente dañoso) hacia su constitución jurídica como *derecho*<sup>8</sup>. Dan cuenta de dicho proceso de transformación, la ley *Waldeck-Rousseau* (Francia) de 1884, la *Conspiracy and Protection of Property Act* (Inglaterra) de 1875 —posteriormente, también en el Reino Unido, la *Trade Disputes Act* de 1906— y la ley *Wagner* (EE.UU) de 1935, por señalar sólo algunas de las normas paradigmáticas que ilustran sobre el particular<sup>9</sup>.

De modo tal que la huelga, acto de rebelión expresivo del conflicto de intereses inmanente en el sistema de producción capitalista que se estructura sobre la fórmula de intercambio de trabajo por salario, viene a ser integrada al ordenamiento legal a través de su juridificación<sup>10</sup>. La *pacificación*<sup>11</sup> del conflicto social que el Estado persigue

<sup>5</sup> MONTOYA MELGAR, Alfredo, *La huelga en España*, en GRUPO DE LOS NUEVE, PASCO COSMÓPOLIS, Mario (coord.), *La huelga en Iberoamérica*, Porrúa, México, 1996, p. 108/109. Acerca del Código Penal de 1848, explica el autor citado que dentro de los delitos contra la propiedad, se incluía la “maquinación para alterar el precio de las cosas”, tratando de reos a quienes “se coaligaren con el fin de encarecer o abaratar abusivamente el precio del trabajo o regular sus condiciones”. Vale decir, que el carácter delictivo de la huelga no se derivaba, de acuerdo a la construcción transcripta, del daño que pudiera ocasionar al empresario (o al conjunto de la sociedad) la abstención de trabajo, sino de la injerencia en el libre juego de las reglas del mercado laboral y en la fijación del precio del trabajo.

<sup>6</sup> CORTE, Néstor T., *Regulación de la huelga en los servicios esenciales*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1991, p. 25.

<sup>7</sup> Con frecuencia se recurre a la clásica descripción de Pietro Calamandrei (*Significato costituzionale del diritto di sciopero*, Revista Giuridica Lavoro, 1952, I, 222; citado por PÉREZ DEL CASTILLO, Santiago, *El derecho de huelga*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1993, p. 40), para explicar la evolución del derecho de huelga, desde su tratamiento como delito-libertad-derecho, tal como sucede con el derecho de sindicación. Sin embargo, ocurre que la huelga no ha evolucionado en forma lineal sino que ha sufrido avances y retrocesos de uno a otro tratamiento —normalmente condicionados por el marco político e institucional de cada circunstancia histórica nacional— y, especialmente, coexistencia de los tres tratamientos según los sujetos involucrados y los ámbitos donde las huelgas se desarrollen (ACKERMAN, Mario E., *Reglamentación del Derecho de Huelga*, DT, 1990-A, p. 794). En sentido análogo se ha dicho que las diversas fases de la huelga, no pueden ser consideradas cronológicamente en forma exacta, ya que se trata de diferentes modos de apreciar el fenómeno, que a menudo se presentan simultáneamente, como lo muestra el hecho de que en algunos países todavía hay tipificaciones penales de ciertas medidas de huelga (PÉREZ DEL CASTILLO, Santiago, *El derecho...*, cit., p. 41). Cabe agregar, finalmente, que en determinados ordenamientos (vgr. Gran Bretaña) la huelga todavía no ha alcanzado su status jurídico como “derecho” sino que es concebida como mera “libertad” anclada al contrato, ejercitable dentro de un esquema cuya tutela se efectiviza sólo en determinadas circunstancias a través una “inmunidad” especial que se obtiene luego de cumplimentar diversos recaudos. Sobre el modelo británico —entre otros— se efectuarán algunas referencias a lo largo de esta obra.

<sup>8</sup> Vid. GIANIBELLI, Guillermo, *Conflictos colectivos de trabajo*, en RAMÍREZ, Luis E. (Dir.), *Reforma laboral Ley 25.877*, Nova Tesis, Rosario, 2004, p. 162.

<sup>9</sup> Para analizar la evolución de la huelga en Iberoamérica, vid. GRUPO DE LOS NUEVE, PASCO COSMÓPOLIS, Mario (Coord.), *La huelga en Iberoamérica*, Porrúa, México, 1996.

<sup>10</sup> Vid. PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel-Carlos, *Derecho del trabajo e ideología*, 5º edición, Tecnos, Madrid, 1995, p. 5.

mediante la institucionalización del hecho huelguístico, lleva aparejada la disminución de su potencialidad, a la vez que minoriza su eficacia expansiva y contiene su maleabilidad, como instrumento dinámico y flexible de nocividad direccionada, al servicio de los intereses de la clase trabajadora.

Así, el derecho de huelga posee también ese carácter *ambivalente o contradictorio* sobre el que alertaba Palomeque López en su obra señera<sup>12</sup> respecto del derecho del trabajo, ya que, al tiempo que es reconocido y absorbido por el ordenamiento jurídico, resulta limitado en sus alcances, formas, modalidades y fines. La captura del hecho por el derecho define y determina su alcance, su objeto y las condiciones de su ejercicio. La huelga es lo que el derecho quiere que sea, y ello —no es difícil advertirlo— conspira contra la vocación revolucionaria que habita en su génesis<sup>13</sup>.

Tarea nada sencilla para el derecho, ésta de asir el fenómeno a través de su institucionalización formal. Fundamentalmente, porque el *carácter instrumental* de la huelga reclama constantemente de sus operadores, la reformulación de sus contornos a través de nuevas estrategias y formas de acción que la doten de eficacia práctica, ante nuevas realidades productivas que propenden, entre otros objetivos, a sustraerse o resguardarse de sus efectos lesivos.

De allí que, las caracterizaciones reduccionistas de la huelga defendidas en su tiempo por juristas de la talla de Kahn-Freund<sup>14</sup> o Santoro-Passarelli<sup>15</sup>, como mera *abstención (concertada colectivamente) de trabajo*, pudieron haber resultado idóneas para describir su figura en condiciones de pleno empleo y producción continua en un único centro de trabajo, pero no lucen adecuadas ni suficientes para definirla en la actualidad.

Quizás, la conceptualización que más se aproxima a la realidad de la huelga hoy, es —por todos— la que brindan Sala Franco y Albiol Montesinos, para quienes, aquella enlaza *todo tipo de perturbación concertada colectivamente del proceso de*

---

<sup>11</sup> MONEREO PÉREZ, José L., *La huelga en el sistema de relaciones laborales (Prólogo)*, en la obra que el mismo autor coordina, VV.AA., *Derecho de huelga y conflictos colectivos*, Comares, Granada, 2002, p. XXII.

<sup>12</sup> Vid. PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., *Derecho del trabajo ...*, cit., p. 18.

<sup>13</sup> La versión más radicalizada de la huelga, esto es, la huelga puramente política dirigida a remover los poderes públicos constituidos, a través de una rebelión en masa, pertenece —en la poética alusión de Romagnoli— a la infancia del derecho sindical: *cuando la sociedad estaba dividida en dos y cada uno de los contendientes buscaba la extinción del otro con la convicción de que la sociedad obtendría de ello grandes ventajas* (ROMAGNOLI, Umberto, *La concertación social en Europa: Luces y sombras, en Trabajadores y Sindicato*, GPS, Madrid, 2006, p. 152/153).

<sup>14</sup> En su obra de imprescindible consulta, Otto Kahn-Freund sostenía que la huelga era *una interrupción concertada de trabajo*, que suponía *un cese total de trabajo*. Según el citado autor, existían otras modalidades de presión laboral —trabajo lento, la llamada huelga de celo, la negativa a realizar horas extras— pero éstas —aclaraba el profesor alemán—, *no son propiamente huelgas* (KAHN-FREUND, Otto, *Trabajo y Derecho*, 3ª edición, Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, España, Madrid, 1987, p. 388).

<sup>15</sup> Por su parte, Santoro-Passarelli elaboró una definición propia de la huelga derivada del artículo 40 de la constitución italiana, en función de la cual la huelga es, solamente, una *abstención de trabajo concertada para la tutela de un interés profesional colectivo* (SANTORO-PASSARELLI, Francesco, *Nociones de Derecho del Trabajo*, traducción de la 14ª edición italiana por Fernando Suárez González, Diana, Madrid, 1963, p. 48).

*producción*<sup>16</sup>, de las que la cesación de tareas con abandono del centro de trabajo sería, probablemente, su modalidad paradigmática, pero no excluyente de otras.

Ermida Uriarte, quien participa de la noción amplia del concepto de huelga<sup>17</sup>, alerta sobre la expansión —verificada actualmente— de formas atípicas de la huelga, motivadas, entre otras razones, en la pretensión de los trabajadores de maximizar el efecto de la huelga y minimizar su costo; y en las transformaciones en la organización del trabajo, de modo tal que la *posmodernización* y *flexibilización* empresaria tiene su correlato en la *posmodernización* y *flexibilización* de las medidas de autotutela<sup>18</sup>.

En esa línea, Baylos le atribuye a la *interferencia tecnológica* en la creación y desarrollo del conflicto, la *pérdida de eficacia “típica” de la huelga*, de suerte que la dificultad de obtener la paralización productiva y la desorganización de la empresa en términos eficaces y con escaso coste, se vería compensada a través de la presencia pública y visible socialmente del conflicto, donde la *demonstración* o *exhibición* del disenso adquiere importancia progresiva<sup>19</sup>.

Quiero significar, en suma, que la caracterización previa de la huelga en su dimensión sociológica como herramienta flexible de autotutela colectiva, limita la actividad reguladora de las fuerzas jurídicas que operan sobre aquélla, desde que, su casación por el derecho no puede ignorar aquella finalidad tuitiva, ingénita y esencial que habita en la actividad huelguística.

En efecto, y ya desde su tratamiento jurídico, la huelga se presenta como un derecho social que, en ese carácter, sirve a la igualdad material (o sustancial), rasgo definitorio —precisamente— del conjunto de derechos sociales<sup>20</sup>.

En la concepción político-organizativa que reside en el Estado Social, la *libertad real*<sup>21</sup> se alcanza a través de la promoción de medidas de igualación encaminadas a concretar la satisfacción de necesidades básicas de los individuos. Dicho objeto se alcanza a través de la garantía de acceso a determinados derechos entre los cuales se destacan, entre otros, los derechos a gozar de una vivienda digna, al trabajo, a la salud, a la educación y a la seguridad social a través de un sistema público, único y universal.

---

<sup>16</sup> SALA FRANCO, Tomás y ALBIOL MONTESINOS, Ignacio, *Derecho sindical*, 5º edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 376.

<sup>17</sup> De acuerdo al jurista uruguayo, la huelga comprende *toda omisión, reducción o alteración colectiva del trabajo, con una finalidad de reclamo o protesta*, de modo tal que, los elementos modales o finalísticos resultan prescindentes, ante la noción de autotutela que gobierna el concepto y evita exclusiones (ERMIDA URIARTE, Óscar, *La flexibilización de la huelga*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1999, p. 48).

<sup>18</sup> ERMIDA URIARTE, Óscar, *La flexibilización...*, cit., p. 31/32.

<sup>19</sup> BAYLOS GRAU, Antonio, *Formas nuevas y reglas viejas en el conflicto social*, RDS, nº 2, Bomarzo, Albacete, 1998, p. 76/77.

<sup>20</sup> Ello así, toda vez que —en palabras de Gialdino— el objeto de los derechos sociales no son los bienes, sino la relación digna que permita a la persona adquirir los bienes necesarios a su dignidad (GIALDINO, Rolando E., *Los derechos sociales y el derecho internacional de los derechos humanos*, DL, t. XIV, 2000, p. 859). Para ello, la igualdad material es presupuesto necesario.

<sup>21</sup> La *libertad real* refiere a una noción de libertad que incorpora tres elementos: seguridad, propiedad de sí y oportunidad: la *libertad formal*, por su parte, solamente incorpora los dos primeros. De modo tal que, se es realmente libre, en oposición a ser formalmente libre, en la medida que se poseen los medios, no sólo el derecho, para hacer cualquier cosa que uno pudiera querer hacer. Es la libertad real para elegir entre las diversas vidas que uno puede querer desarrollar (cfr. VAN PARIJS, Philippe, *Libertad real para todos*, Paidós, Buenos Aires, 1996, p. 42 y 54).



Esas medidas son adoptadas por el propio Estado, en forma directa, mediante los servicios públicos (entre otras técnicas) y a través de la delegación de actividades en determinadas personas (y/o sus organizaciones), para que sean éstas quienes alcancen la *igualdad sustancial*<sup>22</sup> y la libertad efectiva con los instrumentos jurídicos que aquél les proporciona. Tal es el caso del derecho a la libertad sindical, del derecho a la huelga y del derecho a la negociación colectiva<sup>23</sup>, mediante los cuales se propende a mejorar las condiciones de trabajo y de vida de la clase trabajadora.

De modo tal que, la autotutela (encarnada en el ejercicio de la huelga) es elemento constitutivo de la democracia pluralista y del moderno Estado Social de Derecho<sup>24</sup>.

Ello así, sin perder de vista que —tal como explica Vivero Serrano—, el modo de ejercicio del derecho de huelga es el propio de los derechos de libertad, ya que, desde una perspectiva funcional, la huelga es ante todo, un *instrumento*<sup>25</sup> al servicio de la igualdad material que tiende a remover los obstáculos que se oponen a ella, siendo ésta la nota predominante que permite etiquetarlo como un derecho de carácter social<sup>26</sup> atribuido a los trabajadores, en tanto *grupo social específico*<sup>27</sup>.

Desde otro enfoque, se afirma que el Estado Social de Derecho, tal como se lo concibe en la actualidad, produce un cambio cualitativo en la valoración de la huelga. Mientras que en el sistema de huelga-libertad, propio del Estado Liberal, la consideración de la huelga como libertad individual, con consecuencias contractuales, responde a la visión de que la huelga se limita a ser una suma de abstenciones individuales de trabajo; en el sistema de huelga-derecho, propiciado, a su turno, por el Estado Social, la dimensión de lo colectivo asume una gravitación esencial, de forma tal que la huelga se convierte en derecho desde que deja de ser un incumplimiento individual de la prestación laborativa, y pasa a convertirse en un acto colectivo, que transforma la libertad de no trabajar en derecho de huelga<sup>28</sup>.

---

<sup>22</sup> Mientras que la *igualdad formal* se encuentra tutelada a través de los Derechos Fundamentales de libertad, frente a discriminaciones o privilegios en razón de *diferencias* naturales o culturales, la *igualdad sustancial* se encuentra asegurada mediante los Derechos Fundamentales sociales, frente a desigualdades económicas o sociales, producto de la diversidad de derechos patrimoniales, así como de la posición de poder y sujeción en la que se encuentra el sujeto (vid. FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, 2ª edición, Trotta, Madrid, 2001, p. 82/83).

<sup>23</sup> VIVERO SERRANO, Juan B., *La huelga en los servicios esenciales*, Lex Nova, Valladolid, 2002, p. 52/53.

<sup>24</sup> ERMIDA URIARTE, Óscar, en el *Prólogo* a la obra de MANTERO ALVAREZ, Ricardo, *Límites...*, cit., p. 9/10.

<sup>25</sup> Para un análisis jurídico y político acerca del carácter instrumental de la libertad sindical, véase GARCÍA, Héctor O., GIANIBELLI, Guillermo, MEGUIRA, Horacio D., MEIK, Moisés y ROZEMBERG, Enrique, *Tiempo de Derechos. Propuestas para la construcción de un Derecho Social en democracia*, DT, 2005-A, p. 590; y RDS, n° 28, Bomarzo, Albacete, 2004, p. 213.

<sup>26</sup> VIVERO SERRANO, Juan B., *La huelga...*, cit., p. 54/55.

<sup>27</sup> VV.AA., *La huelga como derecho fundamental*, en MONEREO PÉREZ, José L. (coord.), *Derecho de huelga y conflictos colectivos. Estudio crítico de la doctrina jurídica*, Comares, Granada, 2002, p. 22.

<sup>28</sup> MANTERO ALVAREZ, Ricardo, *Límites al Derecho de Huelga*, Ediciones Jurídicas Amalio M. Fernández, Montevideo, 1992, p. 20; vid. también, MONEREO PÉREZ, José L., *La huelga como derecho constitucional, la técnica específica de organización jurídico-constitucional de la huelga*, TL, n° 27 y 28, 1993, p. 27.

Y es, precisamente, la caracterización de la huelga como *derecho subjetivo*, entendido éste como una posición normativamente establecida en la que un sujeto tiene una libertad protegida para actuar, una pretensión protegida para beneficiarse de una conducta ajena, una potestad establecida para ordenar la conducta de otros o una inmunidad protegida frente a la potestad de otros<sup>29</sup>, el dato que permite ubicar a sus titulares (trabajadores, sindicatos, o ambos simultáneamente) en una posición jurídica activa, de supremacía, distintiva del sistema huelga-derecho frente al sistema de huelga-libertad<sup>30</sup>.

Esta concepción de la huelga —como derecho subjetivo<sup>31</sup>— significa que la misma se encuentra rodeada de mecanismos, procedimientos y técnicas de tutela (garantías *primarias* y *secundarias*)<sup>32</sup> que la dotan de eficacia y efectividad para su acción concreta, ejercitable frente a sujetos (pasivos) obligados por ese derecho.

Más aún, la garantía del derecho de huelga se ve hoy reforzada y potenciada, por cuanto el mismo forma parte del elenco de derechos fundamentales, *reconocidos* como tales al más alto nivel normativo en la mayoría de los ordenamientos jurídicos nacionales<sup>33</sup>. Conviene aclarar, empero, que no resultan —necesariamente— equiparables, en abstracto, las categorías de derechos fundamentales con la de los constitucionales, aún cuando aquellos resultan inseparables de una idea material de

---

<sup>29</sup> AÑON, María José y GARCÍA AÑON, José (coord.), *Lecciones de derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 125.

<sup>30</sup> VIVERO SERRANO, Juan B., *La huelga...*, cit., p. 46. Para profundizar el análisis de las diferencias entre los sistemas de libertad de huelga y derecho de huelga, vid. MARTIN VALVERDE, Antonio, *De la huelga como delito al derecho de huelga: notas para una historia del pensamiento jurídico laboral*, en VV.AA., *Evolución del pensamiento juslaboralista. Estudios en homenaje al Prof. Héctor Hugo Barbagelata*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1997, p. 295.

<sup>31</sup> Monereo Pérez también participa de la caracterización de la huelga como derecho subjetivo, toda vez que a través del mismo se reconoce a los particulares un poder para la realización de sus intereses (MONEREO PÉREZ, José L., *La huelga...*, cit., p. 27). En la misma línea, y teniendo expresamente en cuenta la naturaleza *dinámica y cambiante* del instituto, se ha dicho que la huelga es un derecho subjetivo colectivo reconocido a los trabajadores para la autotutela de sus derechos e intereses, mediante el ejercicio de medidas de acción directa, que los usos y costumbres incorporan en las relaciones laborales, que no entren en la esfera de lo ilícito penal (LÓPEZ, Guillermo A., *La huelga y sus efectos sobre el contrato de trabajo*, DT, 1990-A, p. 593). En contra de la consideración de la huelga como derecho subjetivo se expresa Russomano. Según el autor brasileño, la huelga no puede ser considerada un derecho subjetivo, por tratarse de un proceso a través del cual los trabajadores procuran coaccionar al empresario a ceder y aceptar sus reivindicaciones. Esta coacción —razona el citado jurista— implica utilizar la fuerza y siendo así no puede verse como un derecho, sino que constituye apenas un hecho muchas veces incoercible que surge en la historia y el derecho. La tarea del jurista, desde esta óptica, reside en disciplinar ese hecho sin que por eso se necesite reconocer su existencia como derecho (RUSSOMANO, Mozart V., *Aspectos generales de la huelga*, en VV.AA., *El Derecho Laboral en Iberoamérica*, Porrúa, México, 1980, p. 718).

<sup>32</sup> Las *garantías primarias* consisten en obligaciones (de prestación) o prohibiciones (de lesión) que se corresponden con las expectativas negativas o positivas de los derechos. Las *garantías secundarias*, en cambio, son las obligaciones de reparar o sancionar judicialmente las lesiones de los derechos, es decir, las violaciones de sus garantías primarias (cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Derechos fundamentales*, en VV.AA., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001, p. 26).

<sup>33</sup> El inicio del proceso de constitucionalización y/o elevación al rango de fundamental del derecho de huelga, puede ubicarse en el año 1917, mediante su incorporación al texto expreso de la Constitución de Querétaro (México), seguido por la Constitución de Uruguay de 1942, la de Bolivia de 1945, la de Francia de 1946 y la Constitución italiana de 1948, entre otras. En nuestro país, la Constitución de 1949 no incorporó el derecho de huelga a su texto; si lo hizo, en cambio, el constituyente del año 1957.

Constitución<sup>34</sup>. Del mismo modo, la definición formal del concepto de derecho fundamental que ensaya Ferrajoli<sup>35</sup> (cuyos trazos más salientes analizaremos a continuación), prescinde de la circunstancia de que tal derecho se encuentre enunciado o formulado en cartas constitucionales, leyes fundamentales o en normas de derecho positivo. En todo caso, la previsión de los derechos fundamentales por parte del derecho positivo de un determinado ordenamiento, es condición de su existencia o vigencia en dicho ordenamiento, pero no incide en el significado del concepto de derechos fundamentales.

Dicho esto, el tratamiento de la huelga desde su condición de derecho fundamental, impone reservas a los poderes públicos, mediante condicionamientos que impiden su minorización en el juego de relacionamiento con otros derechos que no ostentan el mismo *status* jurídico.

Pero no es sólo (ni sería suficiente) la dogmática —aunque prestigiosa— consideración de la huelga como derecho fundamental a través de los instrumentos jurídico positivos nacionales, el dato que permite, precisamente, situarla en dicha categoría. Tampoco la actual naturaleza supranacional del derecho de huelga<sup>36</sup> sirve a los fines de explicar su *standard* jurídico, aún cuando resulta evidente que dicho dato significa su aceptación como tal por la *conciencia jurídica universal*<sup>37</sup> y entraña condicionamientos externos (también) respecto de los poderes públicos transnacionales.

## **2. Fundamentación del carácter fundamental del derecho de huelga**

### *2.1. Análisis formal*

La condición “fundamental” de un derecho se deriva —siguiendo a Ferrajoli<sup>38</sup>— de su forma o estructura, prescindiendo de su contenido<sup>39</sup>. La explicación que ensaya el

---

<sup>34</sup> Cfr. PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, BOE-Universidad Carlos III, Madrid, 1995, p. 358.

<sup>35</sup> Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Derechos fundamentales*, cit., p. 19/20.

<sup>36</sup> El derecho de huelga se encuentra *expresamente* receptado en el sistema universal de normas, en el artículo 8º.I.d., del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU (1966) y en el sistema interamericano de fuentes, a través del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales suscripto en San Salvador (1988). También se encuentra recogido en el artículo 11 de la Declaración Sociolaboral del Mercosur (1998), en el Acta de Chapultepec (1945) y en la Carta de Bogotá (1948). En el ámbito de la comunidad europea, el derecho de huelga se encuentra receptado en el artículo 6º de la Carta Social Europea (1961), en el artículo 13 de la Carta Comunitaria de los Derechos Fundamentales de los Trabajadores (1989), y finalmente, aparece incorporado en el artículo 28 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000).

<sup>37</sup> MANTERO DE SAN VICENTE, Osvaldo, *Derecho Sindical*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2004, p. 192.

<sup>38</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Derechos fundamentales*, cit., p. 30.

<sup>39</sup> El escrutinio formal que propone Ferrajoli para explicar la condición fundamental de un derecho no significa, por supuesto, que los derechos fundamentales no puedan ser identificados desde una perspectiva axiológica. Por el contrario, el profesor italiano sostiene que existen tres criterios para identificar los derechos fundamentales en ese plano: *paz, igualdad y tutela del más débil*. Se trata de criterios convergentes y complementarios, en tanto la paz no sólo se funda (tal como lo establece el Preámbulo de la Declaración Universal de 1948) en el máximo grado de efectividad de la igualdad en los derechos fundamentales, sino que también está amenazada por el crecimiento de las asimetrías, que corresponde a otras tantas desigualdades, entre sujetos fuertes y sujetos débiles. Por otro lado, los tres criterios axiológicos expuestos sirven para demostrar cómo el fundamento de los derechos humanos reside no ya

maestro italiano, que permite distinguir los derechos fundamentales de otros derechos (en especial, de los derechos patrimoniales) se sustenta en cuatro aspectos *formales*, que pretendo analizar, en sumario y a continuación, pero vinculados exclusivamente al derecho de huelga y contrastados con los derechos patrimoniales.

En primer lugar, existe una radical diferencia de estructura entre los derechos fundamentales y los derechos patrimoniales, por cuanto los primeros conciernen a “enteras clases de sujetos”, mientras que los segundos corresponden a cada uno de sus titulares, con exclusión de todos los demás<sup>40</sup>. Tal como explica Jori<sup>41</sup>, en la teoría de Ferrajoli el sujeto de los derechos fundamentales es una categoría *universal* en sentido formal, es decir, que se refiere a cualquier sujeto identificado como clase. Por tanto, y en lo que aquí nos interesa, los sujetos que integran la “clase trabajadora” resultan titulares del derecho de huelga, en idéntica forma (calidad) e igual medida (cantidad). Se trata, en efecto, de un derecho de carácter universal e inclusivo, que corresponde a todos y cada uno de los sujetos que integran la clase, el *colectivo situado*<sup>42</sup>, por el solo hecho de ostentar la calidad de trabajador.

El segundo rasgo que permite incluir el derecho de huelga dentro del elenco de los derechos fundamentales, viene dado por la *indisponibilidad* de aquél. A diferencia de los derechos patrimoniales, el derecho de huelga no resulta negociable, alienable o transigible; vale decir, que se encuentra sustraído de las decisiones de la política y del mercado. Presenta así, una *indisponibilidad activa*, ya que no resulta alienable por el sujeto que es su titular (trabajador, sindicato o ambos en forma conjunta, de acuerdo al ordenamiento jurídico respectivo) y una *indisponibilidad pasiva*, por cuanto rechaza la posibilidad de expropiación o privación por parte de terceros, en especial, el Estado<sup>43</sup> (con excepción de la limitación tolerable de la huelga, cuando su ejercicio colisiona con otros derechos fundamentales).

---

en una cierta ontología o en una abstracta racionalidad, sino más bien, por una convergencia contingente en el plano lógico y teórico pero no ciertamente sobre el político, en los procesos históricos, marcados por luchas y revoluciones, en el curso de los cuales han sido afirmados como otras tantas conquistas (y el derecho de huelga es fiel exponente y producto de esas luchas). Vid. FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y garantismo*, Trotta, Madrid, 2008, p. 57 y ss.

<sup>40</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Derechos fundamentales*, cit., p. 25.

<sup>41</sup> Cfr. JORI, Mario, *Ferrajoli sobre los derechos*, en VV.AA., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001, p. 116.

<sup>42</sup> El proceso de especificación de los derechos supone que frente a los derechos del hombre y del ciudadano que son los del modelo inicial de la ética pública de la modernidad, se produce una concreción de los titulares, que no abarcan ya al genérico *homo iuridicus*, destinatario general de esas normas de derechos fundamentales de las primeras generaciones, sino que se centra en aquellos colectivos situados por razones culturales, sociales, físicas, económicas, administrativas, etc., en una situación de inferioridad que es necesario compensar desde los derechos fundamentales (PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Lecciones de Derechos Fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 204).

<sup>43</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Derechos fundamentales*, cit., p. 32. Aún cuando, no se desprende necesariamente de la tesis de Ferrajoli, que la indisponibilidad esté lógicamente implicada a la universalidad de los derechos fundamentales, Guastini se apresura en señalar que la primera atiende a la titularidad del derecho, mientras que la segunda lo hace a su ejercicio. En consecuencia —señala el citado autor—, parece más natural pensar que la indisponibilidad de un derecho subsiste sólo cuando está positivamente estatuida por una norma: una norma distinta de aquella que determina la titularidad del derecho, y que regula, más bien, su ejercicio (GUASTINI, Riccardo, *Tres problemas para Luigi Ferrajoli*, en VV.AA., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001, p. 62).

Al igual que el resto de los derechos fundamentales, el derecho de huelga es una *norma tética*<sup>44</sup>, ya que dispone inmediatamente, la situación que expresa en ella<sup>45</sup>. Vale decir, que el derecho tiene su título inmediato en la ley, y aquél viene conferido a través de reglas generales de rango habitualmente constitucional.

En nuestro ordenamiento, el derecho de huelga se encuentra reconocido constitucionalmente desde el año 1957, a través de su incorporación expresa en el artículo 14 bis, por tanto, el derecho de huelga no es otra cosa que la norma que él mismo expresa<sup>46</sup>. De igual modo, el derecho de huelga se encuentra expresamente consagrado a nivel constitucional en el sistema italiano (artículo 40), español (artículo 28.2), portugués (artículo 58), brasileño (artículo 9º), y mejicano (artículo 123), entre muchos otros<sup>47</sup>.

Por el contrario, los derechos patrimoniales no son normas, sino que son *predispuestos* por normas *hipotéticas*, que no adscriben ni imponen inmediatamente nada, sino simplemente predisponen situaciones jurídicas como efectos de los actos previstos por ellas<sup>48</sup>.

Por último, existe una cuarta diferencia que permite distinguir el derecho (fundamental) de huelga, de los derechos patrimoniales: mientras que éstos son *horizontales*, en el sentido que las relaciones jurídicas mantenidas por los titulares de derechos patrimoniales son vínculos intersubjetivos de tipo civilista; aquél es también *vertical*, en tanto el ejercicio del derecho por parte de sus titulares (trabajadores) es de tipo publicista, vale decir, ejercitable frente al Estado y/o a los particulares. Además, cuando el derecho de huelga tiene expresión en normas constitucionales, le corresponden prohibiciones y obligaciones a cargo del Estado, cuya violación es causa de invalidez de las leyes y de las demás decisiones públicas, y cuya observancia es, por el contrario, condición de legitimidad de los poderes públicos<sup>49</sup>.

## 2.2. Análisis axiológico

Ya desde una perspectiva valorativa, también resulta posible fundamentar la dimensión fundamental del derecho de huelga. Con ese objeto, sigo la propuesta de Vivero Serrano<sup>50</sup>, quien —a su vez— parte de la concepción integral de los derechos

---

<sup>44</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Derechos fundamentales*, cit., p. 34.

<sup>45</sup> Sobre la *aplicación inmediata*, como característica de los derechos fundamentales, vid. GIALDINO, Rolando E., *Los derechos sociales...*, cit. p. 828.

<sup>46</sup> El debate planteado acerca de la operatividad o programaticidad del derecho de huelga, contenido en el art. 14 bis CN, quedó definitivamente zanjado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al considerar que *el ejercicio del derecho de huelga no requiere reglamentación legal* (CSJN, 07/11/1962), de suerte que *él puede ser invocado y ejercido aunque no medie ley reglamentaria del Congreso a su respecto* (CSJN, 15/10/1962) (ACKERMAN, Mario E., *La huelga en Argentina*, en GRUPO DE LOS NUEVE, PASCO COSMÓPOLIS, Mario (coord.), *La huelga ...*, cit., p. 5/6). Acerca de la operatividad del derecho de huelga, vid. también, BIDART CAMPOS, Germán J., *Manual de la Constitución reformada*, T. II, EDIAR, Buenos Aires, 2000, p. 221.

<sup>47</sup> A mayor abundamiento, vid. ACKERMAN, Mario E., *Reglamentación...*, cit., p. 796/797.

<sup>48</sup> Por ejemplo, la propiedad de un vestido no es dispuesta por 5na norm!, sino que se encuentra dispuesta por una norma del Código Civil como efecto dispuesto de la compraventa regulada en aquella (FERRAJOLI, Luigi, *Derechos fundamentales*, cit., p. 34).

<sup>49</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Derechos fundamentales*, cit., p. 34/35.

<sup>50</sup> VIVERO SERRANO, Juan B., *La huelga...*, cit., p. 39.

fundamentales que ensaya Peces Barba<sup>51</sup>, para fundamentar el derecho de huelga desde un enfoque axiológico. Para este autor, los derechos fundamentales suponen la más alta concreción jurídica positiva de unos valores morales que en última instancia persiguen que el hombre pueda elegir un determinado proyecto moral dentro de la sociedad, que alcance su libertad moral, es decir, que pueda desarrollar libremente su personalidad, como máxima expresión de la dignidad humana.

Siendo que los valores morales que constituyen el fundamento del conjunto de los derechos fundamentales son la *libertad*, la *igualdad*, la *seguridad* y la *solidaridad*<sup>52</sup>, cabe indagar en qué medida dichos valores se encuentran conectados al derecho de huelga, para sustentar —ahora en este nivel— la jerarquía jurídica que se le atribuye.

Ha sido ya explicado, en oportunidad de sustentar el carácter social del derecho de huelga, la íntima conexión entre éste y la *igualdad material*<sup>53</sup>. En efecto, la huelga es uno de los instrumentos más importantes con que cuentan los trabajadores para corregir la desigualdad material de partida en la que se encuentran respecto de otros grupos sociales; es un medio que permite a los trabajadores satisfacer aquellas necesidades materiales y culturales que condicionan el ejercicio efectivo de la libertad<sup>54</sup>. Es más, es posible sostener que el elemento que nos da la clave para determinar la fundamentalidad de los derechos fundamentales (en general) y de la huelga (en particular), es la finalidad última que se proponen; ese fin no es otro que el favorecimiento del protagonismo de la persona en la vida social. Y para ello, los derechos fundamentales toman en cuenta, precisamente, las situaciones concretas en las que viven las personas, dado que, por ejemplo, la libertad sería puramente formal si no se tuviera el poder de decidir libremente. Por consiguiente, adquiere relevancia desde este enfoque, el concepto de desigualdad. Dicho en otros términos, las exigencias que ponen de relieve el conjunto de los derechos fundamentales como algo valioso, representan una razón fuerte a favor de la adopción de medidas de igualdad<sup>55</sup>.

Resulta sencillo efectuar una vinculación directa entre el derecho de huelga y el valor *libertad*. A tal fin, el autor que sigo en esta instancia<sup>56</sup> realiza una triple relación entre el derecho y la libertad, de modo tal que la huelga se conecta con la *libertad autonomía* (como *no interferencia*<sup>57</sup>), en tanto que aquélla, como comportamiento abstencionista que es, reclama una ausencia de injerencia por parte del Estado y los particulares; con la *libertad promocional*, desde el momento en que el objetivo último

---

<sup>51</sup> PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Curso de Derechos...*, cit., p. 207 y ss.; citado por VIVERO SERRANO, Juan B., *La huelga...*, cit., p. 39.

<sup>52</sup> VIVERO SERRANO, Juan B., *La huelga...*, cit., p. 39.

<sup>53</sup> En puridad, no sólo el derecho de huelga sino todo el derecho del trabajo en general (y el instituto del orden público laboral en particular) es expresión concreta del principio de igualdad material (o sustancial), por cuanto éste limita fuertemente el principio de autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo (vid., GIANIBELLI, Guillermo y ZAS, Oscar, *Estado social en Argentina: modelo constitucional y divergencias infraconstitucionales*, en revista *Contextos*, n° 1, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 205).

<sup>54</sup> VIVERO SERRANO, Juan B., *La huelga...*, cit., p. 40.

<sup>55</sup> AÑÓN, María José y GARCÍA AÑÓN, José (coord.), *Lecciones...*, cit., p. 147.

<sup>56</sup> VIVERO SERRANO, Juan B., *La huelga...*, cit., p. 41.

<sup>57</sup> La libertad entendida como “no interferencia” se expresa a través de los clásicos *derechos liberales*, personalísimos en la terminología iusprivatista, base axiológica de la autonomía kantiana (AÑÓN, María José y GARCÍA AÑÓN, José (coord.), *Lecciones...*, cit., p. 194).

de toda huelga es otorgar a los trabajadores los medios necesarios para ser hombres libres; y con la *libertad participativa*, ya que buena parte de las huelgas pretenden conceder a los trabajadores un mayor protagonismo en el proceso de elaboración de las decisiones de los poderes públicos.

Desde la libertad se justifica la igualdad, en cuanto pretende la generalización de ese valor para que todos puedan ser realmente libres en la vida social; *si la libertad no es igualitaria no es libertad*. Una consideración abstracta de la libertad que no tenga en cuenta que existen necesidades básicas que si no se cubren impiden al ser humano *situado* concurrir en la carrera de la libertad, es como argumentar en vacío<sup>58</sup>.

A su turno, la *solidaridad*, fácil es advertirlo, constituye el cemento sobre el cual se ha edificado —históricamente— la acción sindical. No hay huelga si, previamente, no existen lazos de solidaridad entre el colectivo de trabajadores. Es la solidaridad, el dato característico que motiva la *unión* de los trabajadores para la acción gremial, en defensa de sus intereses socio laborales.

La solidaridad se presenta como la antítesis de un liberalismo individualista que pretende arraigar unos derechos en una sociedad capitalista de mercado, donde los seres humanos sólo se comunican a través del contrato; expresada a través de la huelga, la solidaridad es un valor relacional que supera el aislacionismo egoísta y permite vivificar la libertad, la igualdad y la seguridad<sup>59</sup>.

Por último, la huelga se conecta también con la *seguridad*, por cuanto pretende obtener una serie de medios para los trabajadores que proporcione a éstos seguridad; y en razón de que —además— la institucionalización jurídica del fenómeno huelguístico es la mejor manera de dar seguridad a los distintos sujetos que puedan verse de algún modo implicados en aquél (empresarios, usuarios, trabajadores no huelguistas, etc.)<sup>60</sup>. En efecto, los derechos fundamentales propios del Estado Social tienen, en parte, su fundamento en la seguridad. Seguridad ésta, que no implica solamente ausencia de temor o certeza, sino tranquilidad y esperanza porque los más débiles no sean abandonados ante los más fuertes y que cada uno puede afrontar su realización como persona con necesidades básicas resueltas. Es *la seguridad frente a la desesperanza*<sup>61</sup>.

De modo tal que, desde un punto de vista estrictamente formal o desde una perspectiva puramente axiológica, el derecho de huelga reúne acabadamente las condiciones necesarias para ser considerado un derecho fundamental, con fuerza suficiente para condicionar al resto de los derechos que no ostentan dicho *status* jurídico.

En consecuencia, dado su carácter fundamental, el derecho de huelga resulta indisponible<sup>62</sup> y no puede ser suprimido por las legislaciones nacionales (ya que preexiste a su reconocimiento por los ordenamientos positivos)<sup>63</sup>.

---

<sup>58</sup> PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Lecciones...*, cit., p. 36.

<sup>59</sup> Cfr. PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Lecciones...*, cit., p. 38.

<sup>60</sup> VIVERO SERRANO, Juan B., *La huelga...*, cit., p. 42.

<sup>61</sup> Cfr. PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Lecciones...*, cit., p. 172.

<sup>62</sup> OJEDA AVILÉS, Antonio, *Derecho Sindical*, 7º ed., Tecnos, Madrid, 1995, p. 459. El carácter indisponible del derecho de huelga significa que el mismo no puede ser renunciado ni cedido a título oneroso. En consecuencia, ni el trabajador en forma individual y a través del contrato, ni el sindicato en la dimensión colectiva mediante la negociación con la representación empresarial (según la teoría que se

Sobre estas premisas se analiza en los apartados que siguen, la problemática que suscita el ejercicio del derecho de huelga, cuando éste interfiere en el goce de otros derechos que tutelan bienes jurídicos de distinta naturaleza.

### 3. Derecho de huelga e interés general

Indefectiblemente, aunque con diversa intensidad, los efectos del ejercicio del derecho de huelga, en cualquiera de sus modalidades, trascienden los confines de la empresa para proyectarse sobre el resto de la comunidad. En menor o mayor medida, y cualquiera sea la actividad en la que se desarrolle o la modalidad de su ejercicio, la huelga repercute —aún en grado ínfimo— sobre la producción general, y por tanto, afecta las variables que inciden en el desempeño económico de una sociedad.

En particular, cuando la huelga afecta al sector terciario de la economía, esos efectos resultan inmediatamente perceptibles por determinados grupos los ciudadanos, quienes pueden encontrarse momentáneamente turbados en su vida cotidiana.

Puede darse el caso, incluso, que el objeto que persiga la huelga no se encuentre vinculado a una problemática laboral que tenga su causa en el contrato de trabajo, sino al contenido de una determinada política pública, en cuyo caso el destinatario inmediato de la medida de fuerza no es el empresario sino el Estado<sup>64</sup>.

En uno u otro caso (aunque con mayor frecuencia, cuando la huelga se dirige hacia el Estado, ya sea para apoyar o rechazar una determinada política pública), puede ser que el fin inmediato de la acción sindical se dirija a hacer visible la protesta, como condición de su eficacia<sup>65</sup>, más allá de las repercusiones que se proyecten sobre el sistema productivo en general, con motivo de dicha medida.

No es casual que, en la actualidad, la *exteriorización* y *visibilidad* del conflicto asuma un mayor protagonismo frente al daño concreto que la huelga, en su concepción tradicional, irrogaba al empleador, cuanto menos, en su finalidad inmediata. Posiblemente —razona Baylos<sup>66</sup>— pueda establecerse una correlación entre la dificultad de obtener la paralización productiva y la desorganización de la empresa en

---

adopte respecto de la titularidad del derecho en los distintos ordenamientos) pueden —válidamente— disponer del derecho de huelga. Sobre este tema, volveré más adelante.

<sup>63</sup> Vid. MANTERO DE SAN VICENTE, O., *Derecho Sindical*, cit., p. 194.

<sup>64</sup> El reconocimiento de la huelga como derecho, implica que su objeto puede extenderse hacia las diversas reivindicaciones de la vida de trabajo e incluso a otras cuestiones que afectan a los intereses de los trabajadores. Por lo tanto, el destinatario de la medida no es, necesariamente, el empresario (cfr. MARTIN VALVERDE, A., *De la huelga...*, cit., p. 307). En abono de esta tesis, Ojeda Avilés señala que en el *modelo polivalente* del derecho de huelga, éste se concibe como medio de autotutela de la clase trabajadora en todos los ámbitos de la vida social, y no sólo en el ámbito, importante pero limitado, de las relaciones de trabajo (OJEDA AVILÉS, A., *Derecho Sindical*, cit., p. 457). Con similar tenor se ha dicho que en el modelo polivalente (o dinámico), el objetivo de la acción huelguística no es tanto la defensa de los intereses inmediatos de los trabajadores sino la constitución de un nuevo orden social (MANTERO ALVAREZ, R., *Límites...*, cit., p. 26).

<sup>65</sup> Cfr. BAYLOS GRAU, A., *Huelga y sindicato: ¿una relación en crisis ante la ineficacia de esta medida de presión?*, en VV.AA., *Las relaciones laborales en España 1978-2003*, Fundación Sindical de Estudios, Madrid, 2003, p. 274. Agrega el citado autor (p. 275), que el propio concepto clásico de la huelga de daño a la contraparte como eficacia del ejercicio del derecho, se traslada desde la repercusión en la capacidad productiva a la capacidad de la huelga de exhibir y hacer visible el conflicto.

<sup>66</sup> BAYLOS GRAU, A., *Huelga y sindicato...*, cit., p. 274/275.



términos eficaces y con escaso coste, y su compensación a través de la presencia pública y visible socialmente del conflicto.

Esa traslación de la tensión que contiene el conflicto, con un fuerte componente político, así como la *externalización de sus efectos*, hacia los poderes públicos y el resto de los ciudadanos (*modelo ternario de la huelga*, en palabras de Marzal<sup>67</sup>), es el dato que caracteriza hoy a la huelga en general, y a la huelga que afecta *servicios esenciales*<sup>68</sup>, en particular.

Precisamente, el perjuicio que sufre el resto de la sociedad (usuarios y consumidores), con motivo de un conflicto del cual se sienten ajenos, serviría como justificación a los fines de limitar y restringir el derecho de huelga, y con más razón — desde esta tesis— cuando éste afecta servicios esenciales. Vale decir, el interés particular de los huelguistas colisionaría con el interés más amplio —general— del resto de la sociedad, razón por la cual, el sacrificio del primero en aras de garantizar la satisfacción del segundo, resultaría legítimo y razonable.

De este modo, el interés general (o público) suele presentarse desde una perspectiva funcional, para justificar la intervención del Estado en la esfera de los particulares, a través de prohibiciones, permisos o modos de gestión<sup>69</sup>. Sería algo así como un valladar —cuyo contenido *difuso*<sup>70</sup> se presume, no obstante, homogéneo— personificado en el Estado, que serviría a los fines de tutelar un interés que atañe a toda la sociedad y que se ubica, en consecuencia, sobre el interés privado actuado por los huelguistas, en aras de preservar un orden (también) público, constante y unívoco.

En otras palabras, el interés general funcionaría como una *válvula de seguridad del poder*<sup>71</sup>, que legitima la intervención restrictiva de la Administración Pública en el campo de actuación de los privados. Desde esta óptica, el Estado, en ejercicio de su función de *aseguramiento de las condiciones de existencia de la sociedad*<sup>72</sup>, debe hacer prevalecer el interés general frente al interés colectivo, que se contrapone a él y se expresa a través de la huelga.

---

<sup>67</sup> MARZAL, Antonio, *Prólogo*, cit., p. 20.

<sup>68</sup> La emergencia del interés específico de los usuarios de los servicios esenciales, que padecen socialmente la huelga pero no son jurídicamente sujetos pasivos de la medida conflictiva, ni pueden satisfacer las pretensiones de los huelguistas, junto a los protagonistas tradicionales del conflicto, puede ser considerada, ciertamente, como la más relevante característica de la conflictividad laboral medular que experimentan las sociedades del capitalismo avanzado, afectadas por procesos de tercerización de sus economías, o predominio cada vez más acusado en las mismas del sector servicios sobre la actividad industrial convencional como escenario clásico del conflicto de clases (PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel, *Derecho del Trabajo*, 10ª edición, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2002, p. 602/603).

<sup>69</sup> HUERTA OCHOA, Carla, *El concepto de interés público y su función en materia de seguridad nacional*, en Diario oficial de la Federación, México, 2005, p. 132.

<sup>70</sup> En la *praxis*, la Administración suele determinar el contenido del interés general en base a criterios multívocos, no exentos de cierta discrecionalidad.

<sup>71</sup> LAVAGNA, C., *Il concetto di ordine pubblico alla luce delle norme costituzionale*, en *Democrazia e Diritto*, 1976, p. 374; citado por BAYLOS GRAU, Antonio, *Derecho de huelga y servicios esenciales*, 2ª edición, Tecnos, Madrid, 1988, p. 113.

<sup>72</sup> Del Vecchio critica esta fórmula, tomada de Ihering, por entender que el concepto de *condiciones de existencia de la sociedad*, resulta profundamente ambigua, apriorística, y por lo tanto, rechazable (vid. DEL VECCHIO, Giorgio, *Filosofía del Derecho*, 9ª edición, Bosch, Barcelona, 1991, p. 397).

Dicho esquema argumental se cimenta, empero, sobre una falacia inicial, cual es, considerar que el derecho de huelga expresa un interés —inexorablemente— contrapuesto al interés general.

En efecto, los derechos fundamentales, como conjunto o individualmente considerados, forman parte del interés general o, mejor, del *bien común*<sup>73</sup>, cuyo contenido no es inmutable sino que resulta variable en función del contexto histórico (condiciones políticas, sociales, económicas, morales y culturales).

Tal como ha quedado expuesto *supra*, el derecho de huelga integra el elenco de derechos fundamentales, por consiguiente, expresa también el interés general a través de la reivindicación que contiene el interés social, dinámico y colectivo que lo anima<sup>74</sup>.

El interés general, entendido éste como el conjunto de condiciones que permiten que todas y cada una de las personas y los grupos sociales puedan desenvolverse y alcanzar su plena realización<sup>75</sup>; o en sentido análogo, como los intereses públicos y heterogéneos cuya tutela, en el marco de un determinado ordenamiento jurídico, se estime oportuna para el progreso material y moral de la sociedad con la que este mismo ordenamiento se corresponde<sup>76</sup>, no es contrario a los intereses privados<sup>77</sup>, sino que resulta superior de éstos, a través de su reconocimiento, coordinación y condensación en la norma constitucional que expresa el proyecto político y social del Estado.

No hay, en consecuencia, diferencia objetiva entre interés social e interés público, sino que estos son determinados intereses sociales que se actúan públicamente; los poderes públicos *publifican* —dotando de medios públicos de gestión y tutela— un

---

<sup>73</sup> SERNA, Pedro, y TOLLER, Fernando, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derecho*, LL, 2000, p. 79.

<sup>74</sup> En contra de esta interpretación se ubicaría Santoro-Passarelli a quien se le atribuye la definición del interés colectivo como *el interés de una pluralidad de personas a un bien apto para satisfacer una necesidad común*, que no consiste en la suma de intereses individuales, sino en su combinación, y es indivisible, en el sentido que viene satisfecho, no ya por bienes aptos para satisfacer las necesidades individuales, sino por un único bien apto para satisfacer la necesidad de la colectividad. De modo tal que, el interés colectivo que no sea un interés general de toda la colectividad organizada, aún siendo un interés diferente del interés individual, es de por sí un interés privado, no es todavía un interés público (TARELLO, Giovanni, *Teorías e ideologías en el Derecho Sindical*, traducción de la 2ª edición, *De Teorie e ideologie nel Diritto Sindacale; l'esperienza italiana dopo la costituzione*, Di Comunità, Milano, 1972), Comares, Granada, 2002, p. 28; citado por ACKERMAN, Mario E., *Interés colectivo*, en ACKERMAN, Mario E. (dir.) y TOSCA, Diego M., *Tratado de Derecho del Trabajo*, T. VII-I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007, p. 25).

<sup>75</sup> SERNA, Pedro, y TOLLER, Fernando, *La interpretación constitucional...*, cit., p. 82.

<sup>76</sup> PIZZORUSSO, Antonio, *Interesse pubblico e interessi pubblici*, Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 1972, p. 68; citado por BAYLOS GRAU, Antonio, *Derecho de huelga y servicios esenciales*, 2ª edición, Tecnos, Madrid, 1988, p. 113.

<sup>77</sup> El contenido del interés general no es antagónico al de los intereses particulares, de los que son portadores los huelguistas, el interés general no se conforma como algo separado y distinto de éstos, sino que en él participan activamente grupos cuya adición de intereses llegan incluso a suplantar al interés general al imponer que los haga suyos y los promocióne y actúe y, en todo caso, deben buscarse vías de conciliación entre los intereses profesionales que la huelga defiende y el interés general confirmado y admitido por la mayoría (TORRENTE GARI, Susana, *El ejercicio del derecho de huelga y los servicios esenciales*, Cedecs, Barcelona, 1996, p. 213). En el mismo sentido vid. SERNA, Pedro, y TOLLER, Fernando, *La interpretación constitucional...*, cit., p. 82.

conjunto de intereses sociales concretos, conforme el diseño normativo constitucional y a través del sistema institucional<sup>78</sup>.

En el orden positivo nacional y en línea con el esquema teórico trazado hasta aquí, el derecho de huelga reconocido constitucionalmente a través de la reforma del año '57, expresa el interés general ligado al “desarrollo humano” y “al progreso económico con justicia social”, receptado en el inciso 19 del artículo 75 de la Constitución Nacional *ampliada* en el año 1994. Constituye, asimismo, una “medida de acción positiva” destinada a garantizar “la igualdad real de oportunidades y de trato” y el “pleno goce” de los derechos reconocidos en la propia Constitución y aquellos contenidos en los Tratados Internacionales vigentes sobre Derechos Humanos, cuya promoción ha sido encargada al legislador, conforme el mandato expreso del constituyente plasmado en el inciso 23 del ya citado artículo 75 de nuestra carta magna.

Quiere esto decir que, el derecho de huelga, de acuerdo con el significado de su reconocimiento constitucional y con su propia funcionalidad, aparece como un *instrumento especialmente idóneo*<sup>79</sup> para materializar el interés público expresado en la norma fundamental y de ese modo, coadyuvar a la *profunda tarea de transformación social* a la que obliga<sup>80</sup>. No se encuentra por tanto, condicionado por el interés general, sino que es el mismo interés actuado en función del objeto constitucional.

Cabe apuntar, no obstante, que existen otros intereses públicos, que también encuentran cabida en derechos fundamentales, cuya actuación puede colisionar con el ejercicio del derecho de huelga. La ponderación<sup>81</sup> y posterior composición de estos conflictos, entre derechos de igual jerarquía, resultará de los criterios normativos establecidos en cada ordenamiento jurídico, con referencia preponderante a la regulación de los servicios esenciales, en razón de los bienes jurídicos que —como veremos más adelante— estos se encuentran llamados a satisfacer. Bien entendido que, tal como señala Ermida Uriarte, el único límite *verdaderamente plausible* al ejercicio del derecho de huelga es el del mantenimiento de los servicios esenciales<sup>82</sup>.

#### **4. Límites externos (y los límites de éstos) al ejercicio del derecho de huelga**

Ya se ha analizado, en el capítulo 4.3. de esta obra colectiva, la tipología de los límites al derecho de huelga<sup>83</sup>. Me interesa ahora, calibrar el foco en los denominados

---

<sup>78</sup> Cfr. BAYLOS GRAU, Antonio, *Derecho de huelga...*, cit., p. 117.

<sup>79</sup> BAYLOS GRAU, Antonio, *Derecho de huelga...*, cit., p. 118.

<sup>80</sup> BAYLOS GRAU, Antonio, *Derecho de huelga...*, cit., p. 118.

<sup>81</sup> El *criterio ponderativo* juega en cada caso concreto, por tanto, se aleja de instaurar una regla común, pétrea e idéntica para todos las hipótesis; por el contrario, busca la valoración de las peculiaridades del caso empírico (TERRADILLOS ORMAETXEA, Edurne, *Límites externos al ejercicio del derecho de huelga y las huelgas ilícitas*, en BAYLOS, Antonio (coord.), *Estudios sobre la huelga*, Bomarzo, Albacete, 2005, p. 50).

<sup>82</sup> Además y por supuesto —según señala el jurista uruguayo—, del sabotaje, la destrucción del aparato productivo y la violencia física (ERMIDA URIARTE, Óscar, *La flexibilización...*, cit., p. 54).

<sup>83</sup> Vid. GARCÍA, Héctor Omar, *Medidas legítimas de acción sindical*, capítulo 4, título 4.3. de esta obra colectiva.

*límites externos*<sup>84</sup> al ejercicio del derecho de huelga, conforme la clasificación que se le atribuye a Santoro-Passarelli.

En puridad, el autor italiano no desarrolló el concepto de límite externo, sino que éste se derivaría —a *contrario sensu*— de su confrontación con otro término que sí acuño aquél, cual es, el de *límite intrínseco del derecho de huelga*.

En efecto, en su obra “*Nociones de Derecho del Trabajo*” el mencionado jurista señala que existen límites coesenciales de la huelga, como la finalidad de tutelar el *interés profesional propio* de quien se abstiene del trabajo y su *referencia a la relación de trabajo subordinado*, por lo que no pueden considerarse tuteladas ni las llamadas huelgas políticas, ni las de simple solidaridad, ni las suspensiones de actividad por parte de sujetos que no son trabajadores subordinados; deduciendo también, otros límites intrínsecos de la investidura de una función soberana (como el caso de los magistrados) o del especial *status subjectionis* (en cuyo grupo incluye a los trabajadores que pertenecen a los cuerpos armados del Estado u otros entes públicos)<sup>85</sup>.

Hay que advertir, no obstante, que la distinción entre límites internos (o intrínsecos) y límites externos (o extrínsecos) del derecho de huelga, ha sido criticada por gran parte de la doctrina.

Es Giugni (otro profesor italiano), quien mejor resume la cuestión. Señala este autor, quien define —en sentido análogo a otros juristas<sup>86</sup>— los límites externos como aquellos derivados de la necesidad de coordinar el reconocimiento del derecho de huelga con otros valores constitucionales<sup>87</sup>, que la distinción entre límites extrínsecos e intrínsecos ha sido *totalmente superada*, desde que los límites internos al derecho de huelga, entendidos éstos como aquellos que la jurisprudencia establecía sobre la base de una técnica definitoria restrictiva de la huelga, no se compadecía con el artículo 40 de la norma constitucional que lo garantiza<sup>88</sup>. Cabe recordar, que la interpretación jurisprudencial criticada, se llevaba a cabo desde la conceptualización que el propio Santoro-Passarelli había elaborado sobre la huelga, como *abstención de trabajo concertada para la tutela de un interés colectivo*<sup>89</sup>, fórmula ésta, ya impugnada atento su excesiva rigidez, por cuanto excluía del ámbito de tutela del derecho de huelga aquellas modalidades distintas a la mera abstención de trabajo, y a las medidas que tuvieran por objeto reivindicaciones extracontractuales.

Con arreglo a dicha técnica, se pretendía reenviar un hecho social a un tipo ideal, confundiendo de tal modo, el plano del *ser* con el del *deber ser*; no se decía en realidad

---

<sup>84</sup> Por cuanto, la limitación del derecho, operaría *desde el exterior de su contenido* (VIVERO SERRANO, Juan B., *La huelga...*, cit., p. 60).

<sup>85</sup> SANTORO-PASSARELLI, Francesco, *Nociones...*, cit., p. 51.

<sup>86</sup> Vid. CARUSO, Bruno, *Le relazioni sindacali*, con la colaboración de ALAIMO, Anna, G. Giappichelli Editore, Torino, 2004, p. 184; y también, GALANTINO, Luisa, *Diritto Sindacale*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2006, p. 205. En la misma línea, Mantero Alvarez entiende que los límites externos estarían indicando la protección de otros derechos y bienes jurídicos de igual o superior jerarquía que la huelga, que eventualmente se puedan ver lesionados por ésta (MANTERO ALVAREZ, Ricardo, *Límites...*, cit., p. 54).

<sup>87</sup> GIUGNI, Gino, *Diritto Sindacale*, con la colaboración de BELLARDI, Lauralba, CURCIO, Pietro y GAROFALO, Mario G., Cacucci Editore, Bari, 2006, p. 238.

<sup>88</sup> GIUGNI, Gino, *Diritto Sindacale*, cit., p. 238/239.

<sup>89</sup> SANTORO-PASSARELLI, Francesco, *Nociones...*, cit., p. 48.

lo que la huelga era sino lo que la huelga debía ser, de acuerdo a una definición apriorística<sup>90</sup>.

De lo expuesto se infiere que los denominados límites internos no están relacionados, en puridad, con las restricciones al ejercicio del derecho de huelga, sino más bien, con el concepto mismo del derecho. Vale decir, que recurriendo a dicha clasificación, se pretende expulsar del ámbito de tutela del derecho de huelga, aquellas manifestaciones que (ya sea por el modo de su ejercicio y/o por sus fines) no logran insertarse dentro de una determinada construcción técnico jurídica, interpretada con diversa flexibilidad, de acuerdo también, a un determinado contexto histórico, político y social, pero que no resulta admisible en un sistema de relaciones laborales que garantice la libertad sindical, respecto de la cual, la huelga resulta una de sus expresiones más acabadas.

Desde esta óptica, tampoco resulta satisfactorio el escrutinio acerca de la validez de la huelga con arreglo a la *teoría del abuso del derecho*<sup>91</sup>. Ello así, por cuanto el abuso del derecho requiere de un elemento subjetivo concreto para configurarse como tipología: *la utilización de un derecho con una finalidad distinta de aquella para la cual fue creado*<sup>92</sup>. En consecuencia, la ponderación del daño que irroga la huelga al empleador (y/o a la población), si sirve a su funcionalidad específica como medio de autotutela de los derechos e intereses de los trabajadores, no podría en modo alguno derivar en su calificación como abusiva. Sólo podría ser considerado abusivo su ejercicio, si la huelga tuviese un objeto distinto a la defensa (directa o solidaria) de los intereses y/o la reivindicación de los derechos de los trabajadores en el plano contractual y/o político; vale decir, una finalidad distinta a aquella para la que fue creada (en tal caso, dicha acción quedaría, naturalmente, fuera de los lindes del derecho de huelga).

También Ackerman descarta la clasificación que distingue entre límites internos y externos del derecho de huelga. A su juicio, y más allá de las críticas conceptuales que merece la citada categorización, los llamados límites internos impuestos por regulaciones heterónomas serán legítimos en cuanto exhiban, como verdadera finalidad, la fijación de límites externos al ejercicio del derecho de huelga; mientras que, en ausencia de una necesidad externa, el límite interno sólo se justifica en reglamentaciones autónomas que, precisamente por su fuente, admiten un mayor grado de restricción del derecho, al punto de que son concebibles las cláusulas pactadas de “paz social” o de “arbitraje obligatorio” que suponen una renuncia —aunque más no sea temporal— a la huelga<sup>93</sup>.

---

<sup>90</sup> MANTERO ALVAREZ, Ricardo, *Límites...*, cit., p. 223.

<sup>91</sup> El artículo 1071 de nuestro Código civil establece que: “El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contrarie los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.” (texto según ley n° 17.711).

<sup>92</sup> ALVAREZ, Eduardo O., *Reflexiones sobre el derecho de huelga*, DT, 1991-B, p. 1586.

<sup>93</sup> ACKERMAN, Mario E., *Reglamentación...*, cit., p. 807. Por mi parte, entiendo que cabría efectuar alguna aclaración respecto del enunciado sostenido por Ackerman. Ello así, por cuanto la posibilidad de restringir el ejercicio del derecho de huelga a través de cláusulas de paz social o de arbitraje obligatorio, por vía de la negociación colectiva, sólo sería válida para todos los trabajadores comprendidos en el ámbito de negociación, en aquellos sistemas que le atribuyen al convenio (o acuerdo) eficacia *erga omnes* y reconocen la titularidad exclusiva del derecho de huelga en el sujeto sindical. De lo contrario, dichas cláusulas obligarían sólo a la organización gremial, pero no a los trabajadores (sin perjuicio de los

En la misma línea trazada por los autores citados precedentemente, señala acertadamente Caruso<sup>94</sup> que, aún cuando no pueda sostenerse válidamente que la huelga *sufra* de límites internos, sí acepta —en cambio— límites externos, en razón de su *balanceo* con otros derechos de igual o superior relevancia.

Esta es, cierta y lógicamente —y más allá de la terminología adoptada—, la posición significativamente mayoritaria que enarbola la doctrina especializada<sup>95</sup>, dado que no se discute la necesidad de racionalizar el ejercicio del derecho de huelga, frente a *prestaciones vitales que resultan prioritarias respecto de aquél*<sup>96</sup>, contenidas en otros derechos fundamentales<sup>97</sup>, garantizados constitucionalmente a todas las personas.

Desde esta perspectiva, entonces, la identificación de aquellas *prestaciones vitales prioritarias* o —de acuerdo a Capón Filas— *necesidades básicas fundamentales*<sup>98</sup>, servirá a los fines de demarcar, en concreto, los límites (y los límites a la limitación de estos; o sea, el contenido esencial del derecho) al ejercicio de la huelga, y dependerá, en cada caso, de las técnicas de determinación utilizadas en los respectivos ordenamientos nacionales.

Siguiendo los lineamientos trazados hasta aquí, y si de elaborar un criterio común se trata, podríamos resumir en tres grupos los límites externos al derecho de huelga, cuyo tratamiento diverso se encuentra, no obstante, previsto en la mayoría de las legislaciones.

En primer lugar, los límites externos que funcionan como *exclusiones apriorísticas y selectivas del derecho de huelga* respecto de determinados y precisos colectivos de trabajadores, en razón de la índole de la actividad que desempeñan y los intereses preeminentes que se encuentran llamados a garantizar.

Luego, las *suspensiones del derecho de huelga*, que se justifican en la preservación del Estado y la seguridad nacional, con arreglo a un encuadramiento legal usualmente previsto en las cartas constitucionales.

Y finalmente, las restricciones (incluso, prohibiciones) al ejercicio del derecho de huelga, en casos concretos donde éste colisiona con otros derechos fundamentales, que resultan *igualmente merecedores*<sup>99</sup> de protección, provistos normalmente a través de determinados servicios y receptados dentro de la categoría jurídica propia del

---

efectos, no jurídicos, que la concertación de tales compromisos pudiera acarrear sobre los representados por el sindicato).

<sup>94</sup> CARUSO, Bruno, *Le relazioni...*, cit., p. 184.

<sup>95</sup> Vid., por todos, GIUGNI, Gino, *Diritto Sindacale*, cit., p. 250 y ss.

<sup>96</sup> VV.AA., *Derecho de huelga...*, cit., p. 264.

<sup>97</sup> El dato a tener en cuenta es, justamente, la prestación vital comprometida a través del servicio que sirve a los fines de garantizar el derecho fundamental. En tal entendimiento, resulta altamente improbable que la huelga pueda afectar (comprometer) derechos fundamentales tales como la libertad religiosa, ideológica o de culto, el honor, la intimidad, la propia imagen, a libertad de reunión y de participación, o la sindicación. Se trata —al decir de Molero Manglano— de la viabilidad de servicios que colectivamente una sociedad necesita, bien ineludiblemente o bien porque no puede prescindir de ellos durante un determinado plazo de tiempo o a partir de determinado nivel de privación de los mismos (MOLERO MANGLANO, Carlos, *Derecho sindical*, Dykinson, Madrid, 1996, p. 711/2)

<sup>98</sup> CAPÓN FILAS, Rodolfo, *Servicios esenciales y conflicto*, DT, 1993-B, p. 1360.

<sup>99</sup> FERNÁNDEZ PROL, Francisca, *La huelga en los servicios esenciales de la comunidad*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2005, p. 54.

Derecho del Trabajo, denominada *servicios esenciales*. Acerca de la problemática específica que atañe a los servicios esenciales en orden a su determinación, regulación y efectos sobre la huelga, se dedica lo que sigue de esta obra.

#### 4.1. *Excursus 1: Sujetos excluidos del derecho de huelga*

No obstante, se hace necesario —con carácter previo— distinguir los *límites al ejercicio*, de las *exclusiones del derecho* de huelga, respecto de ciertos colectivos de trabajadores.

Ello así, por cuanto los límites externos surgen coyunturalmente, enervando el derecho en razón de determinadas circunstancias del momento en el que se desea ejercitar: de ahí su calificación de *límites al ejercicio*, y no a la titularidad<sup>100</sup>. En otras palabras, no corresponde hablar de límites al ejercicio del derecho de huelga respecto de aquellos colectivos que, en razón de la actividad que desempeñan (que, de todos modos, sirve a los fines de asegurar la vigencia de garantías fundamentales) se encuentran, previamente y en toda circunstancia, excluidos del goce del derecho.

Los distintos ordenamientos nacionales coinciden mayoritariamente en ubicar dentro de dicho segmento a los miembros de las fuerzas armadas y de las fuerzas policiales, en sus diversas variantes, en atención a la finalidad del servicio que prestan.

Ciertamente, en un régimen democrático, la efectiva restricción o prohibición del derecho de huelga de determinados colectivos funcionariales tiene relevancia al necesitarse garantizar la propia subsistencia del sistema político, asegurando la neutralidad de quienes desarrollan una función importante para la sociedad, y que están organizados dentro de la aplicación estricta de jerarquía y disciplina para la preservación de la paz social y para la propia conservación del Estado establecido<sup>101</sup>.

Estos *cuerpos separados y burocráticos* del Estado, revisten una importancia decisiva para la conservación del equilibrio de poder, al ostentar el monopolio de la violencia y ejercer funciones especialmente represivas; constituyéndose de tal modo, en terreno apto para configurar un *ordenamiento especial*, en donde la organización del cuerpo exige el sacrificio de los derechos ciudadanos de sus componentes que puedan incidir en las prioritarias funciones encomendadas<sup>102</sup>.

En línea con tales consideraciones, el Convenio número 87 de la Organización Internacional del Trabajo, referido a la libertad sindical y protección del derecho de sindicación<sup>103</sup>, prevé en su artículo 9, apartado 1, que “La legislación nacional deberá determinar hasta qué punto se aplicarán a las fuerzas armadas y a la policía las garantías previstas por el presente Convenio...”<sup>104</sup>, y agrega, en el punto 2. del mismo artículo,

---

<sup>100</sup> OJEDA AVILÉS, Antonio, *Derecho Sindical*, cit., p. 480.

<sup>101</sup> GONZÁLEZ DE LA ALEJA, Ramón, *La titularidad del derecho de huelga. En especial en la función pública: perspectivas jurídico críticas*, Comares, Granada, 1999, p. 301

<sup>102</sup> BAYLOS GRAU, Antonio, *Derecho de huelga...*, cit., p. 48.

<sup>103</sup> Aprobado por nuestro país mediante Ley nº 14.392 (B.O. 29/12/1959).

<sup>104</sup> En similar sentido, el artículo 8.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, adoptado el 26 de diciembre de 1966 (e incorporado expresamente en nuestro artículo 75 inciso 22, CN), advierte la posibilidad de que las legislaciones internas restrinjan el ejercicio del derecho de huelga por los miembros de las fuerzas armadas, la policía o —incluso— la Administración del Estado.

que "...De conformidad con los principios establecidos en el párrafo 8 del art. 19 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, la ratificación de este Convenio por un miembro no deberá considerarse que menoscaba en modo alguno las leyes, sentencias, costumbres o acuerdos ya existentes que concedan a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía garantías prescritas por el presente Convenio."

Empero, el Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT (CLS), precisa que "los miembros de las fuerzas armadas que podrían ser excluidos de la aplicación del Convenio núm. 87 deberían ser definidos de manera restrictiva"<sup>105</sup> y deja a salvo, expresamente, el derecho de sindicalización y libertad sindical del personal civil de esas fuerzas<sup>106</sup>.

Es cierto que, el citado Convenio n° 87 no refiere expresamente a la huelga, sin embargo, la propia doctrina del CLS ha dejado claramente establecido que *el derecho de huelga es corolario indisociable del derecho de sindicación protegido por el Convenio número 87*<sup>107</sup>, por lo tanto, una interpretación coherente de su sistema de normas lleva a colegir que el ejercicio de la huelga, respecto de los colectivos analizados, sigue la suerte que el referido instrumento prescribe en general, con relación al ejercicio de la libertad sindical.

A mayor abundamiento, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de OIT (CEACR), tiene dicho que la expresión "actividades y programa de acción" contenida en el artículo 3 del Convenio 87, sólo tiene sentido, en relación con lo dispuesto en el artículo 10 del mismo cuerpo normativo, según el cual el término *organización* significa, en ese contexto, toda organización *que tenga por objeto fomentar y defender los intereses de los trabajadores o de los empleadores*<sup>108</sup>. En consecuencia, dado que, para que los trabajadores puedan fomentar y defender sus intereses necesitan disponer de medios de acción que les permitan ejercer presiones para el logro de sus reivindicaciones, el significado de la expresión "programa de acción", incluye la huelga<sup>109</sup>.

Las distintas regulaciones nacionales<sup>110</sup> receptan (aunque con matices) las prescripciones de la OIT.

---

<sup>105</sup> Recopilación de 1996, párrafo 219:330; informe caso número 2229, párrafos 941 y 335; informe caso número 2257, párrafo 459; en OIT, *La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, 5ª edición revisada, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2006, p. 50.

<sup>106</sup> Informe caso número 2387, párrafo 868; en OIT, *La libertad sindical...*, cit., p. 51.

<sup>107</sup> Informe caso número 1954, párrafo 405; en OIT, *La libertad sindical...*, cit., p. 115.

<sup>108</sup> OIT, *Libertad sindical y negociación colectiva*, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Conferencia Internacional del Trabajo, 81ª reunión, Ginebra, 1994, p. 70.

<sup>109</sup> OIT, *Libertad sindical...*, cit., p. 70.

<sup>110</sup> Las referencias al derecho comparado que, de modo recurrente, se efectuarán a lo largo de esta obra, tienen como objeto completar el análisis temático que aquí se aborda. Interesa, en tal sentido, conocer (al menos en parte) los distintos regímenes y los medios técnicos utilizados a los fines de regular el ejercicio del derecho de huelga con especial referencia a los servicios esenciales. Cabe anotar, empero, que los datos comparados son tomados de ordenamientos nacionales que guardan alguna similitud con el nuestro, razón por la cual, las referencias son ensayadas con exclusividad, hacia los regímenes vigentes de determinados países que integran América Latina (eventualmente, se añaden al análisis datos relativos a los sistemas de relaciones colectivas del trabajo de Canadá y EE.UU.) y Europa occidental.



En algunos países, se les reconoce a las fuerzas armadas y policiales el derecho de sindicalización y mecanismos específicos de representación y negociación, proscribiendo el derecho de huelga. En otros, directamente se excluye a dichos cuerpos de la libertad sindical. También hay casos en los que se efectúan diferencias entre uno y otro cuerpo, reconociéndoles a algunos, ciertos derechos sindicales y excluyendo a otros, por completo, del goce de dichas garantías.

Suele incorporarse —también—, al servicio penitenciario en la categoría de fuerzas de seguridad, aún cuando, sobre este colectivo en particular tiene dicho el CLS que *el personal de establecimientos penitenciarios deberá gozar del derecho de sindicación*<sup>111</sup>.

En Francia, por ejemplo, existen *prohibiciones al derecho de huelga* que resultan de leyes, decretos u ordenanzas, que involucran al *personal* de compañías republicanas de seguridad, policía, servicios exteriores de la administración penitenciaria, justicia, cuerpo prefectoral, fuerzas armadas, y trabajadores de las comunicaciones del Ministerio del Interior<sup>112</sup>.

El sistema de relaciones laborales italiano (al igual que el griego<sup>113</sup>, el español<sup>114</sup>, el británico<sup>115</sup> y el paraguayo<sup>116</sup>) tampoco reconoce la titularidad del derecho de huelga al personal policial y militar<sup>117</sup>.

Por su parte, el artículo 42 de la Constitución Federal de Brasil excluye expresamente del derecho de sindicación y de huelga, a los servicios militares (FF.AA., servidores militares, policías militares y cuerpos de bomberos militares)<sup>118</sup>. La misma

---

<sup>111</sup> Informes casos número 2177 y 2183, párrafo 663; en OIT, *La libertad sindical...*, cit., p. 52.

<sup>112</sup> Cfr. JAVILLIER, Jean C., *Derecho del Trabajo*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2007, p. 836.

<sup>113</sup> Cfr. ALIPRANTIS, Nikitas, *Informe griego*, en VV.AA., MARZAL, Antonio (ed.), *La huelga hoy en el Derecho Social Comparado*, Bosch-ESADE-Facultad de Derecho, Barcelona, 2005, p. 142.

<sup>114</sup> Cabe aclarar, no obstante, que las fuerzas de seguridad (a diferencia de las fuerzas armadas, cfr. artículo 1.3 LOLS) cuentan con un régimen específico de libertad sindical, regulado en la ley 2/1986, del 13 de marzo (vid. SALA FRANCO, Tomás y ALBIOL MONTESINOS, Ignacio, *Derecho sindical...*, cit., p. 491/493; y PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel C., *Derecho Sindical Español*, 4ª edición, Tecnos, Madrid, 1991, p. 104/109).

<sup>115</sup> El artículo 91 de la *Police Act* de 1996 establece que “cualquier persona que cause o intente causar, o haga algún acto dirigido a causar desafecciones entre los miembros de cualquier fuerza policial, o induzca o intente inducir, o haga cualquier acto dirigido a inducir a cualquier miembro de la policía a abandonar su servicio” podrá ser castigado con una pena de prisión por un máximo de dos años. Una previsión análoga se aplica a las Fuerzas Armadas, considerando la *Incitement to Disaffection Act 1974* que la organización o participación en acciones industriales en este sector supone un incumplimiento de las leyes militares (vid. CARBY HALL, Jo, *Informe británico*, en VV.AA., MARZAL, Antonio (ed.), *La huelga hoy en el Derecho Social Comparado*, Bosch-ESADE-Facultad de Derecho, Barcelona, 2005, p. 54; y FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Roberto, *Los servicios esenciales como límites al derecho de huelga (apuntes sobre las soluciones ofrecidas por los ordenamientos británico y español)*, Universidad de León – Secretariado de Publicaciones, León, 2006, p. 76).

<sup>116</sup> Artículo 98 de la Constitución del Paraguay.

<sup>117</sup> Aunque ambos colectivos gozan de mecanismos específicos de representación ante las autoridades (cfr. CARINICI, Franco, DE LUCA TAMAJO, Raffaele, TOSI, Paolo y TREU, Tiziano, *Diritto del Lavoro. Il diritto sindacale*, 5ª edizione, Wolters Kluwer Italia Giuridica, Torino, 2006, p. 246.

<sup>118</sup> GIGLIO, Wagner D., *La huelga en Brasil*, en GRUPO DE LOS NUEVE, PASCO COSMÓPOLIS, Mario (coord.), *La huelga ...*, cit., p. 31.

exclusión contiene el artículo 42 de la Constitución peruana (de igual manera procede el artículo 153, respecto del Poder Judicial y el Ministerio Público).

Uruguay, donde la realidad normativa que rige a los militares aunada a las peculiaridades que estos presentan como cuerpo, conduce a afirmar —siguiendo a Mantero Alvarez— la existencia de una verdadera *interdicción de la huelga* para este sector de funcionarios<sup>119</sup>; reconoce en cambio, el derecho de huelga del personal policial, aunque resulta susceptible de ser encuadrado en la categoría de servicio esencial, y limitado a reivindicaciones funcionales desprovistas de contenido político<sup>120</sup>.

En nuestro país, ninguna ley nacional ha excluido expresamente al personal de las fuerzas de seguridad (policía y FF.AA.), del ámbito de aplicación del Convenio 87 de la OIT; ni existen restricciones legales en orden a su derecho de sindicalización.

Tampoco hay restricciones *predeterminadas* relacionadas al ejercicio del derecho de huelga de dichos colectivos, sin perjuicio del tratamiento general que el artículo 24 de la ley n° 25.877<sup>121</sup> dispensa a los servicios esenciales y aquellos que podrían ser considerados tales, conforme el procedimiento específico allí contenido.

En cambio, la ley n° 23.544<sup>122</sup>, que aprueba el Convenio número 154 de la OIT, sobre el fomento de la negociación colectiva, sí establece expresamente su inaplicabilidad a las Fuerzas Armadas y de Seguridad; de donde no se podría deducir, empero, que las fuerzas armadas y la policía se encuentran segregadas del derecho de sindicación y negociación colectiva, ya que el artículo 5.1. del Convenio n° 98 de la OIT (también ratificado por Argentina<sup>123</sup>), presupone que tales garantías alcanzan a los mencionados cuerpos, delegando en las legislaciones nacionales, solamente, la *determinación* de dicho alcance<sup>124</sup>.

No obstante el contexto normativo descripto, la autoridad administrativa y la jurisprudencia<sup>125</sup> han sido contestes en negar la posibilidad de sindicalización de las fuerzas armadas y policiales (y con ello, la facultad de ejercer cualquier tipo de acción sindical, ya sea de representación, negociación y/o reclamación), con fundamento —paradójicamente—, en la memorada ausencia de norma legal que reconozca expresamente dichos derechos a los colectivos mencionados.

---

<sup>119</sup> MANTERO ALVAREZ, Ricardo, *Límites...*, cit., p. 171.

<sup>120</sup> MANTERO ALVAREZ, Ricardo, *Límites...*, cit., p. 177.

<sup>121</sup> B.O. 19/03/2004.

<sup>122</sup> B.O. 15/01/1988.

<sup>123</sup> Aprobado por Decreto ley n° 11.594, B.O. 29/09/1958.

<sup>124</sup> En efecto, se trata de una fórmula más amplia que aquella contenida en el art. 9.1. del Convenio 87, que tutela con mayor intensidad la libertad sindical, ya que no permite excluir a las fuerzas de seguridad del disfrute del derecho, sino que, cuanto mucho, admite la posibilidad de restricción de dichas garantías. Así, establece expresamente el art. 5.1. del Convenio 98: “La legislación nacional deberá determinar el alcance de las garantías previstas en el presente convenio, en lo que refiere a su aplicación a las fuerzas armadas y la policía”

<sup>125</sup> CNAT., sala VI, “*Ministerio de Trabajo c. Sindicato Único del Personal de Seguridad*”, del 15/02/2006; sala V, “*Asociación Profesional de Policías de la Provincia de Buenos Aires c. Ministerio de Trabajo*” y “*Asociación Unión Personal Policial de Río Negro c. Ministerio de Trabajo*”, ambos del 12/11/2002; y sala X, “*Asociación Profesional Policial de Santa Fe c. Ministerio de Trabajo*”, del 17/03/2003.

Distinta ha sido la suerte del personal afectado al Servicio Penitenciario, cuyo derecho de sindicalización ha sido reconocido por la justicia de la provincia de Córdoba en instancia de grado<sup>126</sup>, sin entrar a considerar, empero, la posibilidad de ejercicio del derecho de huelga, cuyo tratamiento fue diferido a la legislación nacional que eventualmente pudiera reglamentarlo.

#### 4.2. *Excursus 2: Derecho de huelga y función pública*

También incluidas en el plano subjetivo, se verifican limitaciones más genéricas al derecho de huelga, respecto de los trabajadores que se encuentran al servicio del Estado.

En épocas pasadas la restricción alcanzaba, prácticamente, a todos los trabajadores que ejercían funciones públicas, sin interesar la ubicación jerárquica que ocupaban aquellos en la estructura orgánica de la Administración, ni el tipo de relación que los vinculaba con ésta.

Las causas preponderantes que servían de basamento a los fines de justificar tal negación son resumidas por González de la Aleja, según el siguiente detalle: el *principio de jerarquía*, que presupone deberes de obediencia, lealtad y voluntad de servicio, que no resultan compatibles con la subversión e insubordinación que supone la manifestación del fenómeno huelguístico; la *posición de supremacía* en la que se encuentra la Administración respecto del funcionario, entendida dicha supremacía como superioridad en la delimitación legal o reglamentaria de las condiciones de trabajo del funcionario; la *teoría del órgano*, en virtud de la cual el funcionario se identifica con la Administración misma, actuando aquél como órgano de ésta<sup>127</sup>; y, finalmente, el *principio de continuidad* de los servicios públicos, según el cual, tales servicios no pueden ser interrumpidos, tanto por la naturaleza de los mismos, como por los intereses que satisfacen a la comunidad<sup>128</sup>.

Los argumentos expuestos, de evidente cuño administrativista, se encontraban fuertemente enraizados en los distintos ordenamientos nacionales que consideraban natural la exclusión del disfrute del derecho de huelga por parte de los funcionarios públicos. En algunos casos, la violación del principio de continuidad de los servicios públicos por parte del personal a su cargo acarrea la configuración del delito de conspiración (vgr., Bélgica<sup>129</sup>).

No obstante, desde mediados del siglo pasado hasta ahora, el panorama expuesto se ha modificado sustancialmente. Tal como señalara oportunamente Krotoschin, la

---

<sup>126</sup> Juzgado de 1º Instancia y 31ª nominación en lo Civil y Comercial, Córdoba, “*Rearte, Adriana Sandra y otro c. Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba s. Amparo*”, del 08/02/2008.

<sup>127</sup> Esa fue la tesis adoptada por la Corte Suprema de Justicia de Argentina, en el fallo “*Bernardo Bacigalupo, Juan J.*”, del 14-02-1958 (CSJN, Fallos, 240:47; LL Online), al declarar que los funcionarios y empleados del Poder Judicial carecen del derecho de huelga, “por cuanto ellos colaboran en el desempeño de una actividad que, en cuanto representa precisamente una de las manifestaciones fundamentales del poder público, no puede ser paralizada sin que se desvirtúe al propio tiempo el concepto de Estado en su esencia misma.”

<sup>128</sup> Cfr. GONZÁLEZ DE LA ALEJA, R., *La titularidad...*, cit., p. 189/192.

<sup>129</sup> Vid. STROOBANT, Maxime, *Informe Belga*, en , en VV.AA., MARZAL, Antonio (ed.), *La huelga hoy...*, cit., p. 156. A la hora actual, empero, el derecho de huelga de los funcionarios públicos es implícitamente reconocido en el derecho interno belga, aún cuando las acciones que acompañan su ejercicio pueden llegar a resultar pasibles de sanciones disciplinarias.

profunda evolución operada en las últimas décadas —tanto en el plano de la doctrina jurídica como en la práctica de las relaciones laborales y en la organización misma de la estructura administrativa del Estado— muestra claramente que la negación absoluta del derecho de huelga a los trabajadores estatales por el solo hecho de serlos resulta inconciliable con la realidad sociológica (y política) actual<sup>130</sup>; y que por lo tanto, *no existe ya una razón plausible para diferenciar las distintas categorías de subordinados*<sup>131</sup>.

De modo tal que, en la actualidad, conviven sistemas normativos que mantienen el cercenamiento absoluto del derecho de huelga de los funcionarios públicos, cualquiera sea la índole de la actividad desempeñada al servicio del Estado (vgr. Bolivia<sup>132</sup>, Chile<sup>133</sup>, República Dominicana<sup>134</sup> y Alemania<sup>135</sup>), con otros que lo reconocen, como en el caso francés —aunque sujeto a condicionamientos destinados a evitar un uso abusivo o contrario a las necesidades del orden público<sup>136</sup>— o el modelo sueco —siempre que la acción colectiva no tenga la finalidad de influir en las condiciones políticas nacionales, sino sólo en la relación entre las partes o en solidaridad con otros trabajadores del sector público<sup>137</sup>—.

En España, la Ley de Medidas de Reforma de la Función Pública de 1984, reconoce implícitamente el derecho de huelga de los funcionarios públicos sujetos al

---

<sup>130</sup> En la misma línea podría situarse al principio de la “razón de Estado”, o a la doctrina de los actos políticos sustraídos a la revisión jurisdiccional, o también, a la concepción del “secreto de Estado” como prerrogativa no fiscalizable del poder ejecutivo; rémoras, todas éstas, de un absolutismo ya perimido (cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Democracia...*, cit., p. 209).

<sup>131</sup> KROTOSCHIN, Ernesto, *Tratado práctico de Derecho del Trabajo*, T. II, Depalma, Buenos Aires, 1962, p. 224; citado por CORTE, Néstor T., *Regulación de la huelga...*, cit., p. 42. En igual sentido, vid. PANKERT, Alfred, *Solución de conflictos de trabajo en los servicios esenciales*, en *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra, 1981, vol. 100, n° 1, p. 58.

<sup>132</sup> Artículo 118 de la Ley General del Trabajo (1942).

<sup>133</sup> Artículo 19 de la Constitución Política de Chile.

<sup>134</sup> Artículo 8, ordinal 11, letra d, de la Constitución de la República Dominicana. La prohibición es de carácter general, sin excepciones, y comprende a todo tipo de perturbación concertada colectivamente de la actividad que desarrolla la administración pública.

<sup>135</sup> La fundamentación de la prohibición del ejercicio del derecho de huelga de los funcionarios públicos radica en que los salarios de éstos no se fijan mediante convenio colectivo sino por ley. En consecuencia, dado que la huelga sólo resulta lícita si resulta *funcional* a la negociación colectiva, toda otra medida de autodefensa ajena a la negociación es reputada ilícita (cfr. GARCÍA, Héctor O., *La huelga en los servicios esenciales*, en ACKERMAN, Mario E. (dir.) y TOSCA, Diego M., *Tratado de Derecho del Trabajo*, T. VIII-II, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007, p. 819/820. Vid. también, MANTERO ALVAREZ, Ricardo, *Límites...*, cit., p. 201/3). Sin embargo, conviene precisar que la mentada prohibición excluye a los trabajadores del estado que no ostentan la calidad de “funcionarios públicos” (*Beamten*).

<sup>136</sup> Vid. Consejo de Estado, sentencia “*Dehaene*”, del 07/07/1950. Agrega Javillier, que aún en ausencia de disposición legal, el gobierno, un ministro, un intendente, o un jefe de servicio pueden *reglamentar* el ejercicio del derecho de huelga dentro de los servicios de los que son responsables, aunque en última instancia, es el juez administrativo quien vigila que esas limitaciones correspondan a las exigencias del orden público y sean necesarias para la continuidad de los servicios públicos (JAVILLIER, Jean C., *Derecho del Trabajo*, cit., p. 837).

<sup>137</sup> MORENO VIDA, María N., *La huelga en servicios esenciales*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2007, p. 84.

derecho administrativo<sup>138</sup>. Lo mismo sucede con aquellos empleados públicos vinculados con la Administración a través de contratos de trabajo, cuyo derecho de huelga se encuentra reconocido, en este caso en forma expresa, pero no mediante fuente normativa sino a través de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional.

Reviste singularidad el tratamiento de la huelga que, en relación a los funcionarios públicos, propicia el modelo británico. Me explico.

En el Reino Unido la huelga se configura como una libertad, no como un derecho. Vale decir, que la ley no concede al trabajador el derecho de huelga, sino que el trabajador tiene la libertad de hacer huelga<sup>139</sup>. Los sindicatos y los trabajadores se encuentran protegidos frente a las consecuencias reguladas en el derecho común derivadas del ejercicio de la libertad de huelga, sí y sólo sí, su actividad se encuentra dentro del marco de actuación de las inmunidades estatutarias, comúnmente conocidas como “fórmula dorada” (*golden formula*), cuya regulación se acomoda en el artículo 219 de la *Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act* (TULRCA) de 1992. Conforme dicho precepto, cuando los sindicatos actúan en expectativa o en apoyo de un conflicto laboral (*in contemplation or furtherance of a trade dispute*) no pueden ser demandados por responsabilidad civil, aún cuando sus actos induzcan a una persona a incumplir su contrato de empleo, amenacen con inobservarlo, interfieran en los negocios de otra persona o constituyan una combinación entre dos o más personas para perjudicar a otra<sup>140</sup>. Por el contrario, y aún observando la mencionada “fórmula dorada”, no se reconoce inmunidad frente a conflictos de carácter político o político económico. Tampoco quedan cubiertas por la protección las huelgas “de solidaridad” o aquellas que tengan por objeto obligar a la sindicación, o brindar apoyo al reconocimiento de un sindicato o a trabajadores despedidos por llevar a cabo medidas de acción directa consideradas no oficiales (artículos 222, 223 y 225, TULRCA).

Las previsiones aquí explicadas someramente, se aplican tanto a los trabajadores del sector privado como a los empleados y funcionarios públicos<sup>141</sup>, por tanto y paradójicamente, esto ha supuesto que, frente a la regulación restrictiva (y particularizada) de la huelga de los funcionarios públicos en los países de Europa continental, el ámbito del sector público británico ha sido un área en que la libertad de llevar a cabo una acción colectiva ha sido tradicionalmente *más liberal que la mayoría*<sup>142</sup>. Por supuesto, esto no implica que el sistema británico, visto integralmente, resulte promocional de la huelga. Más aún, las fuertes restricciones a las que se

---

<sup>138</sup> Es interesante lo que ocurre en el caso español respecto de los jueces, magistrados y fiscales. Si bien no existe una normativa expresa que excluya a dicho personal del derecho de huelga, *la prohibición se habría montado* —según explica Ojeda Avilés— *sobre el vacío*; esto es, sobre presunciones circunstanciales de lo que pudieron decir y no dijeron las leyes. Sin embargo —razona el autor que sigo en este punto—, el silencio a nivel de leyes ordinarias debe vencerse a favor del reconocimiento de su derecho de huelga, pues los derechos fundamentales deben interpretarse extensivamente (OJEDA AVILÉS, Antonio, *Derecho Sindical*, cit., p. 468). Así parece confirmarlo la primera huelga nacional de magistrados, desarrollada en España el 18 de febrero de 2009 (atento la sobrecarga de trabajo y carencia de medios instrumentales adecuados para el ejercicio de la profesión), que seguramente abrirá el camino en el sentido indicado en esta nota.

<sup>139</sup> CARBY HALL, Jo, *Informe británico*, cit., p. 27.

<sup>140</sup> Vid. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Roberto, *Los servicios esenciales...*, cit., p. 65/66.

<sup>141</sup> Con las excepciones ya señaladas respecto del personal militar y policial.

<sup>142</sup> MORENO VIDA, María N., *La huelga...*, cit., p. 43; con cita en LORD WEDDERBURN, *Los derechos laborales en Gran Bretaña y en Europa*, MTSS, Madrid, 1994, p. 461.

encuentra sometida la huelga (subrayo que ni siquiera es considerada derecho) permiten concluir exactamente lo contrario.

En un punto intermedio entre los criterios enunciados precedentemente se ubica la doctrina sentada por los órganos de control de la OIT —a la cual se ajustan, entre otros, los ordenamientos laborales de Uruguay, Perú y Argentina—, con arreglo a la cual, queda descartada la admisibilidad de la limitación genérica del derecho de huelga para todos los trabajadores al servicio del Estado, pero resulta posible su restricción —incluso, su prohibición— en la función pública, respecto de aquellos funcionarios que *actúan como órganos del poder público*<sup>143</sup>, ejerciendo *funciones de autoridad en nombre del Estado*<sup>144</sup>.

En estos casos, no obstante (y al igual que en cualquier supuesto donde existe una categoría de trabajadores que se encuentra privada de defender sus intereses a través de la huelga; vgr. en aquellos sistemas que prohíben el ejercicio de la huelga en los servicios esenciales) tanto el CLS como la CEACR coinciden en cuanto a que los ordenamientos respectivos deberían acordar *garantías compensatorias*, tales como procedimientos de conciliación y mediación, que, en caso de que se llegase a un punto muerto en las negociaciones, abrieran paso a un procedimiento de arbitraje que gozase de la confianza de los interesados, con la participación de éstos y con garantías suficientes de imparcialidad y rapidez<sup>145</sup>.

Se deduce de lo expuesto hasta aquí, que la postura de OIT encuentra anclaje en la *teoría del órgano* (mencionada supra), pero moderada de acuerdo a una hermenéutica precisa, que identifica a la Administración con el funcionario, sólo cuando éste ostenta poder de decisión política y actúa en términos de *relación orgánica*<sup>146</sup> expresando la *voluntad del Estado*<sup>147</sup>; conducta posterior y distinta a la mera prestación de trabajo que vincula al personal ordinario al servicio del Estado que no participa en el trazado de dichos lineamientos, sino en la ejecución de tales medidas.

A juicio de la CEACR, en los casos dudosos, la huelga no debería ser objeto de prohibición sino sólo de restricción a través de la imposición de un servicio mínimo negociado por una categoría determinada y limitada de personal, siempre y cuando un *paro total y prolongado de actividades* pueda tener consecuencias *graves* para la población concernida<sup>148</sup>. Por lo pronto, la configuración de los presupuestos objetivos (alcance y duración de la medida de fuerza) y subjetivos (gravedad de las consecuencias derivadas de la huelga) apuntados, revelan que existe un reconocimiento inicial y sin restricciones adicionales del derecho de huelga, incluso en hipótesis de dudosa calificación, que en todo caso podría ser *luego* limitado, una vez acreditada —precisamente— la concreción de dichos extremos.

---

<sup>143</sup> Informe caso número 2348, párrafo 997; en OIT, *La libertad sindical...*, cit., p. 125.

<sup>144</sup> OIT, *Libertad sindical...*, cit., p. 74; vid. también, Informes casos número 1719, párrafo 345; 2363, párrafo 731; y 2364, párrafo, 975; en OIT, *La libertad sindical...*, cit., p. 124.

<sup>145</sup> GERNIGON, Bernard, ODERO, Alberto, y GUIDO, Horacio, *Principios de la OIT sobre el derecho de huelga*, en OIT, *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 117, n° 4, 1998, p. 486.

<sup>146</sup> GONZÁLEZ DE LA ALEJA, Ramón, *La titularidad...*, cit., p. 191.

<sup>147</sup> VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, *Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, T. II, Astrea, Buenos Aires, 1981, p. 213.

<sup>148</sup> OIT, *Libertad sindical...*, cit., p. 74.

La postura adoptada por la OIT sobre el particular luce razonable, en tanto ampara el derecho de huelga en la función pública como principio general, a la vez que tolera su limitación o prohibición en supuestos específicos, cuando se trata de personas que ejercen el poder, determinan las grandes líneas de la política general, y por esa razón, no se encuentran en una posición de hiposuficiencia social o económica<sup>149</sup> que justifique el recurso a la huelga.

Argentina, por su parte, cuenta con una regulación específica que garantiza el derecho de sindicalización, negociación colectiva y huelga<sup>150</sup> de los trabajadores que se desempeñan en la función pública. Dicha normativa no restringe expresamente el derecho de huelga de los funcionarios públicos que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado. Sin embargo, no se concibe —ni hay antecedentes en este sentido— el ejercicio de la huelga por los funcionarios que prestan servicios en tal carácter.

De todos modos, a la hora actual, la delimitación del cauce del ejercicio del derecho de huelga (inclusive, por supuesto, dentro de la Administración Pública), así como la labor legislativa, administrativa y jurisprudencial, que eventualmente recaiga sobre esta materia, se encuentran *condicionadas* por la estructura del sistema de fuentes consagrado a través del artículo 75 inciso 22 (incorporado en nuestra carta constitucional mediante la reforma operada en el año 1994), la ratificación por parte de nuestro país de los Convenios n° 87, 98, 151<sup>151</sup> y 154 de la OIT (el primero de los enumerados de jerarquía constitucional<sup>152</sup>, y los restantes de rango supralegal), y el carácter *vinculante* y *autoaplicativo* que ostentan las decisiones, criterios y recomendaciones de los órganos de control de la citada Organización sobre nuestro derecho positivo<sup>153</sup>.

#### 4.3. *Excursus 3: Suspensión del Derecho de huelga (crisis nacional aguda)*

El ejercicio del derecho de huelga (así como otras garantías fundamentales) resulta pasible de *suspensión* frente a situaciones anormales y extremas, que pongan en peligro la seguridad nacional o la institucionalidad democrática.

Se trata de supuestos excepcionales, tales como el estado de guerra o la conmoción interna<sup>154</sup>, que requieren, también, de soluciones excepcionales. En tales casos, no sólo la vigencia del derecho de huelga sino también la de otras garantías

<sup>149</sup> Cfr. MANTERO ALVAREZ, Ricardo, *Límites...*, cit., p. 165.

<sup>150</sup> Ley n° 24.185 (B.O. 21/12/1992) y Decreto n° 447/93. Mediante el reenvío expreso que dispone el artículo 16 de la norma legal citada, resulta de aplicación en el sector público la Ley de Conciliación Obligatoria y Arbitraje Voluntario n° 14.786 (B.O. 09/01/1959).

<sup>151</sup> Aprobado por ley n° 23.328 (B.O. 08/09/1986).

<sup>152</sup> Cfr. artículo 8.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y artículo 22.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ambos de 1966.

<sup>153</sup> Vid. CSJN; “*Girolodi, Horacio David y otro s. Recurso de Casación*”, de fecha 07/04/1995; “*Recurso de hecho – Asociación de Trabajadores del Estado c. Ministerio de Trabajo s. Ley de Asociaciones Sindicales*”, de fecha 11/11/2008; “*Recurso de hecho – Aerolíneas Argentinas S.A. c. Ministerio de Trabajo*”, de fecha 24/02/09; “*Recurso de hecho – Pérez, Aníbal Raúl c. Disco S.A. s. Despido*”, de fecha 01/09/2009; y “*Recurso de hecho – Rossi, Adriana María c. Estado Nacional – Armada Argentina s. Sumarísimo*”, de fecha 09/12/2009.

<sup>154</sup> Vgr. Golpe de Estado contra un gobierno constitucional, catástrofe natural y/o conflictos graves que generen una *auténtica* situación de crisis (vid. GERNIGON, Bernard, ODERO, Alberto, y GUIDO, Horacio, *Principios de la OIT ...*, cit., p. 486).

constitucionales, pueden resultar pasibles de interdicción temporal, de acuerdo a los requisitos de forma y fondo previstos en el ordenamiento respectivo, usualmente contenidos en la propia carta constitucional.

Los remedios frente a esta clase de situaciones extraordinarias, se encuentran receptados en las distintas legislaciones a través de los institutos del “estado de alarma”, “conmoción”, “estado de excepción”<sup>155</sup> o “estado de sitio”<sup>156</sup>.

Con carácter genérico, el CEACR de la OIT recoge tales hipótesis bajo la denominación de *crisis nacional aguda*. En términos del citado órgano de control, la situación de crisis nacional aguda se produce, auténticamente, en casos tales como conflictos graves, *de insurrección o incluso de catástrofe natural*, en los que *dejan de concurrir las condiciones normales de funcionamiento de la sociedad civil*<sup>157</sup>.

Es importante puntualizar, que la suspensión del derecho fundamental (en este caso, la huelga) se produce —en la óptica de la CEACR— ante la ocurrencia de un hecho excepcional que pone en riesgo a la población o a las instituciones; vale decir, no es el hecho huelguístico, cualquiera sea su magnitud, el que genera la situación de crisis nacional aguda y en razón de ello sufre restricciones, sino que la crisis es previa y el cercenamiento del derecho se dispone en función de ésta, pero sólo en la medida que resulte imprescindible y por el tiempo de duración de la misma. En esa línea argumental se enrolan Gernigon, Odero y Guido<sup>158</sup>, en oportunidad de analizar los principios de la OIT sobre el derecho de huelga.

En lógica coordinación, el CLS sostiene que en *situación de crisis nacional aguda* resulta posible prohibir el ejercicio del derecho de huelga, con carácter general, siempre que se establezca una *duración limitada* y sólo *en la medida de lo necesario para hacer frente a la situación*<sup>159</sup>.

Sin embargo, el CLS —a diferencia del CEACR— también utiliza el instituto en análisis para designar aquellas hipótesis en las cuales es la propia huelga la que, por su *duración y extensión*, podría provocar una *situación de crisis nacional aguda* tal que ponga en peligro las *condiciones normales de existencia de la población*<sup>160</sup>.

Quiere esto decir, que el CLS le asigna una doble acepción al término *situación de crisis nacional aguda*: la primera de ellas, coincide con la significación que le atribuye la CEACR, en tanto *presupuesto* extraordinario y ajeno a la huelga, que condiciona su ejercicio; mientras que la segunda, vislumbra la situación crítica como una *consecuencia* de la huelga en razón de su duración y extensión.

---

<sup>155</sup> Cfr. artículo 55 de la Constitución española.

<sup>156</sup> El *estado de sitio* se encuentra reglado por el artículo 23 de nuestra Constitución Nacional. Se trata de un instituto excepcional y transitorio, previsto para casos de ataque exterior o conmoción interna que pongan en peligro el ejercicio de la constitución y las autoridades creadas por ella, produciendo una perturbación del orden.

<sup>157</sup> OIT, *Libertad sindical...*, cit., p. 72.

<sup>158</sup> GERNIGON, Bernard, ODERO, Alberto, y GUIDO, Horacio, *Principios de la OIT...*, cit., p. 486. También, OIT, *Libertad sindical...*, cit., p. 72.

<sup>159</sup> Informes casos número 1985, párrafo 320; 1581, párrafo 111; y 2288, párrafo, 829, entre otros; en OIT, *La libertad sindical...*, cit., p. 123.

<sup>160</sup> Informes casos número 1985, párrafo 324; 2057, párrafo 780; y 2174, párrafo, 795, entre otros; en OIT, *La libertad sindical...*, cit., p. 131.



La distinción aludida resulta de gran importancia ya que, cuando la crisis nacional aguda es considerada en su faz externa y extraña a la huelga, puede condicionar el derecho de huelga hasta su absoluta proscripción, aunque circunscripta a una limitación temporal. En cambio, cuando aquella se produce como resultado de la duración y extensión de la medida de fuerza, sólo sería admisible su restricción —siguiendo al CLS— a través del establecimiento de servicios mínimos.

La aclaración respecto de esta suerte de *tratamiento dual* que el CLS dispensa a la crisis nacional aguda resulta oportuna, por cuanto existe un antecedente en nuestro ordenamiento que podría haber generado cierta confusión acerca del alcance del instituto que aquí se analiza.

Me refiero, concretamente, al decreto n° 843/00<sup>161</sup> —que reglamentaba el artículo 33 de la ley n° 25.250<sup>162</sup>—, cuyo artículo 2° preveía la posibilidad de que el Ministerio de Trabajo, mediante resolución fundada, calificara como servicio esencial una actividad no contenida expresamente en el listado incorporado la misma norma (*servicio esencial en sentido estricto*) cuando “la interrupción o suspensión del servicio pudiere provocar una situación de crisis nacional aguda que hiciere peligrar las condiciones normales o de existencia de la población”. Tal calificación extensiva, llevaba aparejada la necesaria imposición de servicios mínimos.

De acuerdo a lo expuesto precedentemente, se observa que la norma transcripta se derivaba de la construcción hermenéutica elaborada por el CLS, que asigna a la huelga (“suspensión o interrupción del servicio”) el carácter de presupuesto causal de la crisis nacional aguda, desechando la restante interpretación ya explicada, en función de la cual, es el hecho crítico el fundamento previo que justifica la limitación del ejercicio del derecho.

La normativa positiva nacional vigente en la actualidad, no regula la hipótesis de crisis nacional aguda. No obstante —reitero una vez más—, los criterios de los órganos de contralor de OIT integran operativamente nuestro derecho, en función del esquema de fuentes imperante desde el año 1994<sup>163</sup>, la remisión expresa a dichos órganos establecida a través del artículo 24 de la ley n° 25.877, la jurisprudencia del máximo tribunal en materia de aplicación e interpretación de los Tratados Internacionales y sus efectos sobre el sistema de normas.

## 5. Servicios esenciales

La específica regulación jurídica de la huelga en los servicios esenciales es un producto propio del sistema de huelga-derecho. Explica Vivero Serrano, que ello es así porque el fenómeno social que está detrás de la huelga en los servicios esenciales, a saber, el perjuicio ocasionado a los terceros usuarios, se generaliza y se convierte en un problema de enorme importancia para el derecho durante la segunda mitad del siglo

---

<sup>161</sup> B.O. 04/10/2000, derogado por el artículo 17 del decreto n° 272/06, B.O. 17/03/2006.

<sup>162</sup> B.O. 02/06/2000, derogada por el artículo 1° de la ley n° 25.877, B.O. 19/03/2004.

<sup>163</sup> Por todos, vid. GIANIBELLI, Guillermo, *El sistema de protección de derechos de la Organización Internacional del Trabajo y sus efectos sobre el ordenamiento interno*, en ABRAMOVICH, Victor, BOVINO, Alberto y COURTIS, Christian (comp.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, CELS, Editorial del puerto, Buenos Aires, 2007, p. 355.

XX, cuando el sistema claramente preponderante en los países occidentales es, precisamente, el de huelga-derecho<sup>164</sup>.

Desde esa premisa, entonces, las consideraciones efectuadas con anterioridad, encaminadas no ya a sustentar el derecho de huelga *a secas*, sino a fundamentar el carácter fundamental del mismo, nos servirán ahora de guía a los fines de analizar la teoría de los servicios esenciales como límites objetivos de su ejercicio.

No es aventurado afirmar, en inicio, que los servicios esenciales delimitan el ámbito donde la huelga sufre hoy, su principal y más palpable restricción. Las regulaciones restrictivas que afectan el derecho de huelga en los servicios esenciales varían en grado de intensidad de acuerdo a cada ordenamiento nacional, siendo admitida la sola minorización de sus efectos a través de la imposición de servicios mínimos de prestación, plazos de preaviso especiales y/u otros mecanismos de atemperación de la medida de fuerza (y por tanto, garantizadores de los servicios esenciales), hasta la prohibición lisa y llana del ejercicio del derecho.

Sin embargo, a diferencia de lo que sucede con el resto de las limitaciones elaboradas sobre el derecho de huelga, los servicios esenciales constituyen un espacio de regulación dentro del cual resulta *pacíficamente aceptada*<sup>165</sup> su afectación a través de límites o prohibiciones. Los propios órganos de control de la OIT admiten esta última posibilidad, aunque sujeta a dos condicionamientos: a) que se trate de un servicio esencial en el *sentido estricto* del término<sup>166</sup>; y b) que los trabajadores afectados por dicha prohibición gocen, como contrapartida, de garantías apropiadas que compensen tal restricción de su libertad de acción, a través de procedimientos de conciliación, imparciales y rápidos en los que aquellos puedan participar<sup>167</sup>.

Es fácil comprender las razones en virtud de las cuales la doctrina en general<sup>168</sup>, no discute la necesidad de racionalizar el ejercicio del derecho de huelga en el campo de los servicios esenciales. En resumidas cuentas, se trata de garantizar derechos que también ostentan rango fundamental, pero que —con arreglo a la técnica de la ponderación— resultan prioritarios en función de bien jurídico protegido respecto del derecho de huelga, a través del mantenimiento de determinados servicios que procuran la satisfacción de aquellos.

En otras palabras, el mantenimiento de los servicios esenciales constituye un límite al derecho de huelga que se justifica por la clase de bienes afectados, tratando de evitar un mal más grave que el que los huelguistas experimentarían si su reivindicación o pretensión no tuviera éxito<sup>169</sup>.

Hay que advertir, no obstante, que el tratamiento jurídico que los distintos sistemas de relaciones del trabajo dispensa a los servicios esenciales, no se encuentra exento de desviaciones patológicas que —a veces ancladas en la ley, otras derivadas de

<sup>164</sup> VIVERO SERRANO, Juan B., *La huelga...*, cit., p. 30.

<sup>165</sup> VIVERO SERRANO, Juan B., *La huelga...*, cit., p. 31.

<sup>166</sup> Informes casos número 1882, párrafo 427; 1913, párrafo 305; y 1934, párrafo, 210, entre otros; en OIT, *La libertad sindical...*, cit., p. 124; y OIT, *Libertad sindical...*, cit., p. 75.

<sup>167</sup> Informes casos número 1818, párrafo 367; 1882, párrafo 429; y 1897, párrafo, 478, entre otros; en OIT, *La libertad sindical...*, cit., p. 129; y OIT, *Libertad sindical...*, cit., p. 77.

<sup>168</sup> Por todos, vid. BAYLOS GRAU, Antonio, *Derecho de huelga...*, cit., p. 23 y ss.

<sup>169</sup> MARTÍN VALVERDE, Antonio, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ, Fermín, y GARCÍA MURCIA, Joaquín, *Derecho del Trabajo*, 9ª edición, Tecnos, Madrid, 2000, p. 379.

reglamentaciones o incluso, de resoluciones administrativas— tienden a inhibir o cercenar el ejercicio del derecho bajo el pretexto de una supuesta esencialidad del servicio que, en puridad, no es tal, con el objeto de satisfacer determinados intereses (ideológicos, políticos y/o económicos) distintos a los del trabajador y/o también, a los del propio usuario afectado por la huelga. Es por esa razón que merecen ser analizados desde una perspectiva sumamente crítica.

En ocasiones, son los propios órganos encargados de aplicar la norma los que, con error o a conciencia, declaran la esencialidad del servicio, obturando de tal modo el ejercicio del derecho.

En efecto, no son infrecuentes las intervenciones públicas que, al margen de toda juridicidad, tienen por objeto anestesiar los efectos de la huelga al abrigo de la calificación esencial del servicio afectado por la interrupción.

Tales intervenciones pretenden legitimarse al amparo de una construcción flexible de la noción de servicio esencial, con la finalidad —a veces oculta y otras, desenfadadamente declamada— de atemperar o, más decididamente, despojar de toda eficacia a la medida de fuerza, aún cuando ésta se ejerza en actividades que se encuentran, claramente, fuera de los lindes que demarcan el ámbito de confinamiento específico de los servicios esenciales.

Por el contrario, la naturaleza fundamental del derecho de huelga impone, con especial celo, la protección del derecho del modo más amplio posible y a través de su interpretación más extensa; de suerte que, las restricciones al mismo deberían resultar, a la inversa, *selectivas, restringidas y excepcionales*.

La (deseable) rigidez y especialidad de las pautas que sirvan a los efectos de canalizar el conflicto que tiene lugar en el terreno de los servicios esenciales —habida cuenta de la tensión existente entre el derecho de huelga y otros derechos fundamentales que se encuentran también, protegidos constitucionalmente—, se encuentra justificada *objetivamente* en aras de mantener en la mayor medida de lo posible, la vigencia y equilibrio de los derechos (e intereses que éstos protegen) en juego.

En consecuencia, cobran especial relevancia a los fines de garantizar una adecuada tutela del ejercicio de la huelga y a su vez, la preservación de otros bienes fundamentales jurídicamente garantizados, los elementos demarcativos del ámbito de restricción del derecho fundamental tales como el concepto mismo de servicio esencial, sus técnicas de determinación y fuentes de fijación. Vale decir, cuáles son los servicios que se consideran esenciales, cuyo deber de mantenimiento se impone como obstáculo (relativo o absoluto) frente a la huelga.

Por lo demás, coincido con Ermida en cuanto a la importancia que debe atribuírsele a la *prevención* de los conflictos que afectan servicios esenciales, la cual depende, fundamentalmente, de condicionantes económico-políticos, por una parte, y por otra, de un fluido funcionamiento de todo el sistema de relaciones del trabajo, a cuyos efectos las fórmulas consensuales revelan ser más eficaces que las impuestas o heterónomas, además de más adecuadas al principio de libertad sindical<sup>170</sup>.

## 6. Concepto de servicio esencial

---

<sup>170</sup> ERMIDA URIARTE, Óscar, *Apuntes sobre la huelga*, Fundación de Cultura Universitaria, Colección JVS n° 22, Montevideo, 1996, p. 179.

Una primera aproximación a la noción de servicio esencial revela la existencia de ciertas dificultades en torno a su conceptualización, si de elaborar un criterio universal se trata.

Sobre este punto, Mantero Alvarez señala que el concepto de servicio esencial no puede prescindir de circunstancias de tiempo y lugar propias de una sociedad determinada, por lo tanto, sólo puede estar referido a un derecho positivo determinado<sup>171</sup>.

En la misma línea planteada por el autor uruguayo, el CLS de la OIT ha dicho en reiteradas ocasiones que *lo que se entiende por servicios esenciales en sentido estricto de la palabra depende en gran medida de las condiciones propias de cada país*<sup>172</sup>.

A su turno, la CEACR, si bien acuerda importancia fundamental al carácter universal de las normas, estima que resulta necesario tener en cuenta las circunstancias especiales que puedan darse en los diferentes Estado Miembros, ya que si bien la interrupción de ciertos servicios podría, en el peor de los casos, ocasionar problemas económicos en algunos países, en otros podría tener efectos desastrosos y crear en poco tiempo situaciones en que se verían comprometidas, la salud, la seguridad o la vida de la población<sup>173</sup>.

De otro lado, cabe apuntar que también resulta complejo alcanzar un consenso dentro de un sistema de relaciones laborales en particular, acerca de qué derechos deben ser resguardados a través de la garantía de continuidad del servicio, o, de acuerdo a la interrogación que formula Corte<sup>174</sup>, *¿dónde trazar la línea divisoria entre aquellos servicios que son esenciales y aquellos que no lo son?*

Las dificultades señaladas han llevado a algunos autores a afirmar que la caracterización de los servicios esenciales se encuentra lejos de constituir una *noción unívoca*<sup>175</sup>, o que se trata de un *concepto indeterminado*<sup>176</sup>, cuya elasticidad supone una imposibilidad de *definición apriorística*<sup>177</sup>.

Por mi parte, entiendo que resulta innegable que las distintas realidades históricas, las pautas culturales propias de la sociedad, los modelos de desarrollo de las actividades productivas, el avance tecnológico, las condiciones de vida, las características geográficas y hasta, incluso, las circunstancias climáticas particulares de cada país, considerando dichos factores en forma aislada o combinada, resultan

---

<sup>171</sup> MANTERO ALVAREZ, Ricardo, *Límites...*, cit., p. 181. No obstante, cabe aclarar que el autor citado no comparte el criterio que niega la posibilidad de establecer un concepto de servicio esencial en base a criterios objetivos (cit., p. 184).

<sup>172</sup> Informes casos número 1963, párrafo 229; 2066, párrafo 340; y 2212, párrafo, 749, entre otros; en OIT, *La libertad sindical...*, cit., p. 125.

<sup>173</sup> Así —ejemplifica la Comisión de Expertos—, una huelga en los servicios portuarios o de transporte marítimo podría ocasionar más rápidamente graves perturbaciones en una isla, que depende en gran parte de esos servicios para el suministro de productos básicos a su población, que en un país continental (OIT, *Libertad sindical...*, cit., p. 75).

<sup>174</sup> CORTE, Néstor T., *Regulación de la huelga...*, cit., p. 100.

<sup>175</sup> CORTE, Néstor T., *Regulación de la huelga...*, cit., p. 100.

<sup>176</sup> ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia, *Derecho del Trabajo*, 14ª edición, Servicio Publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense Madrid, Madrid, 1995, p. 907.

<sup>177</sup> FERNÁNDEZ PROL, Francisca, *La huelga en los servicios esenciales...*, cit., p. 68.

condicionantes para los respectivos ordenamientos a la hora de precisar el alcance de la noción de servicio esencial.

Sin embargo, esa suerte de *relativismo comparado*<sup>178</sup> —de acuerdo a la gráfica expresión elaborada por García—, no resulta óbice a los fines de construir un concepto de alcance universal de servicios esenciales.

Para este autor, la relatividad del concepto tiene sentido cuando se habla de servicios esenciales desde la perspectiva del derecho comparado, por lo cual no debe inferirse la imposibilidad de determinar, dentro de un sistema jurídico dado, los servicios esenciales en base a criterios objetivos y con ciertas dosis de seguridad jurídica<sup>179</sup>. Quiere esto decir, que la elaboración de un concepto específico —pero de alcance general— de servicio esencial dentro de un ordenamiento nacional, resulta perfectamente posible por cuanto no interfieren en dicha construcción jurídica, circunstancias extrañas a la realidad a normar en ese sistema de relaciones del trabajo en particular.

Pero además, desde la perspectiva que aquí se propugna, que justifica una regulación específica y restrictiva del derecho de huelga en el imprescindible resguardo de otros bienes e intereses fundamentales de la persona y el conjunto de la población, es posible acordar la existencia de un núcleo duro de derechos prioritarios o vitales, sin los cuales sería inconcebible la existencia humana en toda sociedad y cuyo descuido o preterición no serían admisibles en ningún ordenamiento jurídico, cualesquiera fueran las circunstancias. Al momento de enumerar esos derechos, existe acuerdo generalizado en torno a tres: la *vida*, la *seguridad* y la *salud* de la población<sup>180</sup>.

En concordancia, Peces-Barba<sup>181</sup> refiere a una *escala de fundamentalidad* de los derechos fundamentales y, si bien reconoce que la operación es sumamente complicada, se inclina por la prevalencia de aquellos derechos que más afecten o protejan al individuo y a su dignidad, que más contribuyan al pleno desarrollo de su personalidad, que satisfagan necesidades radicales, sin las cuales peligra la misma integridad y existencia de la persona o que más vitalmente afecten al núcleo esencial de la sociedad democrática y a sus estructuras jurídicas, que son las únicas que sostienen un sistema de derechos fundamentales. No obstante, también se podrían producir conflictos entre estos criterios, con lo cual habrá que estar en tales supuestos, al análisis tópico del caso concreto.

En síntesis, parece innegable que el derecho de huelga, aún desde su concepción jurídica como Derecho Fundamental, cede necesariamente, frente al derecho a la vida, la salud y la seguridad de las personas. Por lo tanto, la identificación de los servicios que sirven a la satisfacción de tales bienes, es (y ha sido) una constante preocupación a nivel nacional e internacional, y para ello se han desarrollado distintas técnicas jurídicas de determinación de los mismos.

### 6.1. Servicios esenciales “en sentido estricto” según la OIT

---

<sup>178</sup> GARCÍA, Héctor O., *La huelga...*, cit., p. 810.

<sup>179</sup> GARCÍA, Héctor O., *La huelga...*, cit., p. 810/11; con cita en VIVERO SERRANO, Juan B., *La huelga...*, cit., p. 115.

<sup>180</sup> GARCÍA, Héctor O., *La huelga...*, cit., p. 811.

<sup>181</sup> PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Lecciones...*, cit., p. 250.

Tal ha sido la tarea abordada, desde hace ya varios años, por la OIT. Así es que el concepto de servicios esenciales *en el sentido estricto del término*, vale decir, aquellas actividades que se presumen esenciales en toda circunstancia y *sin admitir prueba en contrario*<sup>182</sup> (en las que se considera, por tal motivo, admisible la prohibición del derecho de huelga), resultó objeto de sucesivas precisiones por parte de los órganos de control de OIT<sup>183</sup>.

No fue sino hasta el año 1983, que la CEACR arribó a una definición que se mantiene hasta la actualidad, que los identifica como aquellos *servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población*<sup>184</sup>.

Tal caracterización fue luego adoptada —y reiterada pacíficamente— por el CLS en cada una de sus intervenciones donde el concepto de *servicios esenciales en sentido estricto* fue llevado a su análisis<sup>185</sup>.

Con arreglo a dicha definición, los mismos órganos de control de OIT han desechado la *esencialidad* (en sentido estricto) de servicios tales como:

*la radio-televisión;*

*los sectores del petróleo;*

*la carga y descarga en la actividad portuaria;*

*los bancos;*

*los servicios de informática para la recaudación de aranceles e impuestos;*

*los grandes almacenes y los parques de atracciones;*

*la metalurgia y el conjunto del sector minero;*

*los transportes (en general);*

*los pilotos de líneas aéreas;*

*la generación, transporte y distribución de combustibles;*

*los servicios ferroviarios;*

*los transportes metropolitanos;*

*los servicios de correos;*

*el servicio de recolección de basuras;*

---

<sup>182</sup> TOPET, Pablo A., *Los servicios esenciales y la huelga: La Constitución Nacional; el artículo 14 bis; la ley 25.877 de Ordenamiento Laboral, el Decreto 272/06 y los nuevos criterios de la Organización Internacional del Trabajo*, ponencia presentada en las “Jornadas de conmemoración de los 50 años de la sanción del artículo 14 bis de la Constitución Nacional”, Buenos Aires, 2007, p. 7.

<sup>183</sup> En el año 1979 —recuerda Topet—, el CLS aludía a interrupciones de la prestación laboral que podían poner en peligro las *condiciones normales de existencia* de parte o de toda la población (TOPET, Pablo A., *Los servicios esenciales...*, cit., p. 6). Dicha definición de servicios esenciales resultaba, indudablemente, mucho más amplia —y, por lo tanto, más restrictiva del ejercicio del derecho de huelga— que la actualmente sostenida por los órganos de control de OIT.

<sup>184</sup> OIT, *Libertad sindical...*, cit., p. 75; y GERNIGON, Bernard, ODERO, Alberto, y GUIDO, Horacio, *Principios de la OIT...*, cit., p. 482.

<sup>185</sup> Informes casos número 1787, párrafo 32; 1963, párrafo 229; y 2120, párrafo, 540, entre otros; en OIT, *La libertad sindical...*, cit., p. 126.

*las empresas frigoríficas;*  
*los servicios de hotelería;*  
*la construcción;*  
*la fabricación de automóviles;*  
*las actividades agrícolas;*  
*el abastecimiento y la distribución de productos alimentarios;*  
*la “Casa de la Moneda”;*  
*la “Agencia Gráfica del Estado”;*  
*los monopolios estatales del alcohol, el tabaco y la sal;*  
*el sector de la educación; y*  
*el embotellamiento de agua mineral*<sup>186</sup>.

El listado transcrito no es exhaustivo sino meramente enunciativo y abierto. Refleja solamente, decisiones particulares adoptadas por el CLS en los casos llevados a su consideración, en función del control extraordinario en materia de libertad sindical que éste se encuentra llamado a ejercitar frente a las *quejas* que los actores sociales promueven contra los Estados miembros de la organización, en los que desarrollan su actividad gremial.

Con un criterio más general, merece destacarse que el CLS sostuvo que las consecuencias graves a largo plazo para la economía nacional que pudiera tener una huelga, no justificaban la prohibición de la misma<sup>187</sup>.

Por el contrario, han sido considerados esenciales en el sentido estricto del término, exclusivamente:

*los servicios de abastecimiento de agua y electricidad;*  
*los servicios telefónicos;*  
*el control de tráfico aéreo;*  
*los servicios prestados por el sector hospitalario;*  
*el suministro de alimentos a los alumnos en edad escolar; y*  
*la limpieza de los establecimiento escolares*<sup>188</sup>.

La misma suerte corren *los servicios de bomberos y los penitenciarios, la policía y las fuerzas armadas* —sin perjuicio de lo expuesto más arriba en oportunidad de analizar el tratamiento que OIT dispensa a estos colectivos en particular—, y *los directores y subdirectores de establecimientos educativos*<sup>189</sup>, cuya consideración como servicio esencial es, también, aceptada por el CLS y la CEACR.

Se trata, tal como se advierte de la enumeración efectuada en última instancia, de un catálogo cerrado y —naturalmente, en función de la jerarquía del derecho

---

<sup>186</sup> OIT, *La libertad sindical...*, cit., parágrafo 587, p. 127.

<sup>187</sup> GERNIGON, Bernard, ODERO, Alberto, y GUIDO, Horacio, *Principios de la OIT...*, cit., p. 483.

<sup>188</sup> OIT, *La libertad sindical...*, cit., parágrafo 585, p. 126.

<sup>189</sup> 311º Informe, caso número 1951, párrafo 227; en OIT, *La libertad sindical...*, cit., p. 128.

afectado— restrictivo, de actividades consideradas *auténtica y apriorísticamente* servicios esenciales.

## 6.2. Servicios esenciales “por extensión”, también según la OIT

No obstante, el rigor que evidencia la OIT al enunciar taxativamente el listado de actividades consideradas servicios esenciales en sentido estricto, se encuentra en cierta medida atenuado en razón dos categorías intermedias, elaboradas por los propios órganos de control, que también admiten una limitación adicional al derecho de huelga, aunque sujetas a la concurrencia de condicionamientos expresos.

Dichas categorías reflejan una suerte de *extensión* del concepto particularmente estricto de servicio esencial<sup>190</sup>, de modo tal que, ante determinadas circunstancias *de hecho*, sería tolerable restringir los efectos del ejercicio del derecho de huelga.

Es el caso (al que hiciera ya referencia precedentemente), en primer lugar, de aquellos servicios no esenciales en el sentido estricto, en los que *las huelgas de una cierta extensión y duración podrían provocar una situación de crisis nacional aguda tal que las condiciones normales de existencia de la población podrían estar en peligro*<sup>191</sup>.

En este supuesto en particular, la huelga es *causa* de una situación de crisis nacional aguda que pone en riesgo las condiciones normales de funcionamiento de la sociedad civil; por tal motivo, resulta pasible de limitación. Conviene recordar, que en todo caso debería tratarse de una situación de crisis auténtica, grave, aguda en el sentido valorativo del término. Quedan descartados por consiguiente, los trastornos, molestias o sacrificios que ocasiona la huelga, en condiciones regulares de su ejercicio, que no ponen en riesgo las condiciones normales de existencia de la población o —también según la terminología del CLS— no conducen a una *situación de grave urgencia nacional que pueda poner en peligro el bienestar de la población*<sup>192</sup>.

La segunda hipótesis presenta una sutil diferencia respecto de la primera, ya que refiere también, a servicios que no ostentan una esencialidad de origen, pero pueden adquirirla cuando la duración de la huelga rebasa *cierto período o cierto alcance y pone así en peligro la vida, la seguridad de la persona o la salud de toda o parte de la población*<sup>193</sup>.

Nótese que, a diferencia de lo que ocurre en el supuesto anterior, aquí no se hace referencia a una situación de valoración subjetiva, sino a la posible afectación de derechos concretos, acotando de este modo, la discrecionalidad que entraña la estimación de las repercusiones críticas que una medida de fuerza puede ocasionar sobre la población.

A modo de ejemplo, el CLS ha dicho que el servicio de recolección de basuras puede convertirse en esencial si la huelga que repercute en este servicio dura más de un

---

<sup>190</sup> ERMIDA URIARTE, Óscar, *La huelga en los servicios esenciales*, en el libro de ponencias de las “XII Jornadas Rioplatenses de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, celebradas en Córdoba, el 4 y 5 de mayo de 2001, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2001, p. 220.

<sup>191</sup> Informes casos número 1985, párrafo 324; 2057, párrafo 780; y 2174, párrafo, 795, entre otros; en OIT, *La libertad sindical...*, cit., p. 131.

<sup>192</sup> Caso número 1916, párrafo 100; en OIT, *La libertad sindical...*, cit., p. 128.

<sup>193</sup> Informes casos número 1963, párrafo 229; 2066, párrafo 340; y 2212, párrafo, 749, entre otros; en OIT, *La libertad sindical...*, cit., p. 125.



cierto período o adquiere tal dimensión que puede correr peligro la salud o la vida de la población<sup>194</sup>; solución ésta, que se compadece con la formulación teórica reseñada, ya que resulta bastante evidente que la falta de recolección de basuras por un período extenso de tiempo, significaría un riesgo para la salud de las personas.

En ambos casos, son dos los factores que adquieren relevancia a los fines de calificar la esencialidad del servicio en el caso específico: el tiempo de duración de la medida y la extensión geográfica de la misma.

Por lo pronto, conviene aclarar que la calificación de “esencial” resulta *sobrevenida* a la huelga; precisamente porque para que la misma resulte válida, de acuerdo a las prescripciones de los órganos de control de OIT, la huelga debe haber sido ya declarada y ejercitada por un determinado lapso de tiempo o abarcativa de una extensión territorial considerable.

Sería ésta, al decir de Ermida<sup>195</sup>, otra *noción habilitante de la limitación del derecho de huelga*: la de aquellos servicios que no serían esenciales *a priori*, pero que pueden devenir tales por sus efectos, en función de la duración y la extensión de la medida de acción directa.

Debe advertirse, sin embargo, la diferencia existente entre uno y otro supuesto, respecto de la formulación de los recaudos que deben configurarse a los fines de admitir la posibilidad de restringir el ejercicio del derecho de huelga. Mientras que en caso de situación de crisis nacional aguda, el CLS exige la concurrencia del factor temporal y geográfico, es decir, ambos de manera conjunta y concurrente, no ocurre lo mismo, en caso de actividades (no esenciales en sentido estricto) cuya interrupción pudiere poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de las personas, donde la sola concreción de uno sólo de aquellos requisitos (duración o extensión de la medida) habilita la calificación excepcional de esencialidad. La utilización por parte del CLS de una conjunción copulativa (“y”) en el primer caso, y de una conjunción disyuntiva (“o”) en el segundo, permiten concluir lo expuesto.

Por lo demás, el dato relevante a tener en cuenta en ambas hipótesis, es que, a diferencia de lo que ocurre con los servicios esenciales en sentido estricto, en virtud de cuya preservación la OIT admite la proscripción de la huelga (aunque no la fomenta, sino que recepta esa posibilidad y la delega a los respectivos ordenamientos), en el caso de los servicios esenciales por extensión, la huelga sólo puede ser limitada a través del establecimiento de medidas garantizadoras del mantenimiento de los mismos, entre las cuales se destacan los *servicios mínimos*. Y en este punto la doctrina de los órganos de control de la OIT resulta concordante, reiterada y pacífica<sup>196</sup>.

Sobre las distintas técnicas (procedimentales, limitativas o suspensivas del ejercicio del derecho de huelga) que garantizan el mantenimiento de los servicios esenciales, con especial referencia a los servicios mínimos, volveré más adelante.

---

<sup>194</sup> Caso número 1923, párrafo 221; en OIT, *La libertad sindical...*, cit., p. 134.

<sup>195</sup> ERMIDA URIARTE, Óscar, *La huelga...*, cit., p. 220.

<sup>196</sup> Informes casos número 1985, párrafo 324; 2057, párrafo 780; y 2174, párrafo, 795, entre otros; en OIT, *La libertad sindical...*, cit., p. 131; y OIT, *Libertad sindical...*, cit., p. 76.

### 6.3. Servicio “público de importancia trascendental” o de “utilidad pública”. Categoría ad hoc elaborada por los órganos de control de OIT: la excepción en la excepción

Hay, finalmente, una última construcción *pretoriana*, elaborada por el CLS, en casos donde la huelga también puede resultar objeto de restricción (no prohibición)

En puridad, todas las decisiones del Comité son, por así decirlo, casuísticas. Sin embargo, en este punto se trata de una categoría conceptual de alcance específico, que recepta actividades puntuales, y que comparten ciertas características particulares que justifican su tratamiento homogéneo y excepcional.

En la terminología del CLS se denominan “servicios públicos de importancia trascendental”<sup>197</sup> o “servicio público importante”<sup>198</sup>, mientras que la CEACR refiere a ellos bajo la designación de “servicios de utilidad pública”<sup>199</sup>. Indican, no obstante, la misma situación de hecho<sup>200</sup>.

Estos supuestos se ubican, claramente, fuera de la órbita de los servicios esenciales en sentido estricto. En consecuencia, la huelga no puede resultar proscripta.

Son, por el contrario, *aquellas situaciones en que no se justifica una limitación importante al derecho de huelga y en que, sin poner en tela de juicio el derecho de huelga de la gran mayoría de los trabajadores, podría tratarse de asegurar la satisfacción de las necesidades básicas de los usuarios o el funcionamiento continuo y en condiciones de seguridad de las instalaciones*<sup>201</sup>.

En otras palabras, se trata de actividades en las que el derecho de huelga se encuentra plenamente reconocido, pero que, en *determinadas circunstancias* de tiempo o lugar, o en razón de la ocurrencia de sucesos extraordinarios que concurren simultáneamente con la medida de fuerza, resulta admisible la imposición de restricciones limitadas al ejercicio del derecho.

Teniendo en cuenta las premisas expuestas, es importante puntualizar que una actividad considerada *en abstracto*, no puede encontrar cabida dentro de la categoría en análisis, sino que, en todo caso, deberá estarse a las circunstancias del caso. Así, han sido considerados como *servicios públicos de importancia trascendental*<sup>202</sup>, en

<sup>197</sup> Informes casos número 2044, párrafo 453; 2078, párrafo 616; 1985, párrafo 324; 2057, párrafo 780; y 2174, párrafo, 795, entre otros; en OIT, *La libertad sindical...*, cit., p. 131 y 134.

<sup>198</sup> Informes casos número 2018, párrafo 514; 1963, párrafo 231; 2066, párrafo 340; en OIT, *La libertad sindical...*, cit., p. 133.

<sup>199</sup> OIT, *Libertad sindical...*, cit., p. 76.

<sup>200</sup> GERNIGON, Bernard, ODERO, Alberto, y GUIDO, Horacio, *Principios de la OIT...*, cit., p. 485.

<sup>201</sup> Informes casos número 1782, párrafo 324 y 1791, párrafo 346, entre otros; en OIT, *La libertad sindical...*, cit., p. 132.

<sup>202</sup> Según indica Héctor O. García, el origen del concepto data del año 1994, cuando un sindicato argentino —la Unión Tranviarios Automotor (UTA)— presentó una queja ante el Comité de Libertad Sindical, en razón de que, ante una huelga en el transporte de pasajeros, el Ministerio de Trabajo encuadró a dicha actividad como servicio esencial y exigió el cumplimiento de servicios mínimos, cuyo incumplimiento sancionó declarando la ilegalidad de las medidas de acción directa y amenazando a la organización sindical querellante con la suspensión o quite de su personería gremial. En tal caso (nº 1679, del 292º informe, CLS), el comité consideró que “el transporte de pasajeros y mercancías no es un servicio esencial en el sentido estricto del término” pero admitió, sin citar antecedentes, que “se trata de un servicio público de importancia trascendental en el país y, en caso de huelga, puede justificarse la imposición de un servicio mínimo” (GARCÍA, Héctor O., *La huelga...*, cit., p. 837).

determinadas situaciones, actividades tales como: el servicio de transbordadores en una isla<sup>203</sup>, los servicios de una empresa portuaria nacional<sup>204</sup>, el servicio de subterráneos<sup>205</sup>, los servicios de transportes de pasajeros y mercancías<sup>206</sup>, el servicio de transporte ferroviario<sup>207</sup>, los servicios de correos<sup>208</sup>, los bancos y el instituto monetario nacional<sup>209</sup>, el sector del petróleo<sup>210</sup> y los servicios prestados por la División de Sanidad Animal<sup>211</sup>.

En todos los casos citados, el CLS destacó la *posibilidad* de establecer servicios mínimos atendiendo a las circunstancias particulares que presenta el conflicto, pero no su imposición apodíctica, en cualquier supuesto e ignorando el contexto (alcance y modalidad) de la huelga y su afectación concreta sobre el servicio<sup>212</sup>.

Es ilustrativo, en tal sentido, el pronunciamiento del CLS en el caso n° 2209 ya mencionado<sup>213</sup>, mediante el cual el citado órgano de control sostuvo que “la decisión adoptada por un Gobierno a los efectos de imponer un servicio mínimo en la División de Sanidad Animal, ante el brote de una enfermedad altamente contagiosa, no viola los principios de la libertad sindical”, de donde se desprende que, el dato que justifica la restricción a la huelga es el brote de la enfermedad *altamente contagiosa* que concurre en el conflicto de modo excepcional, habilitando —sólo en ese caso— la fijación de servicios mínimos.

Lo mismo puede decirse, verbigracia, respecto de la huelga decidida y llevada a cabo por los trabajadores de la *Federación Panhelénica de Gente de mar* (Caso n° 2212), cuya interrupción de los servicios de transbordador en la isla de Grecia, por tres días y medio, con un 100% de adhesión, podía provocar en forma inminente el desabastecimiento de artículos de primera necesidad, y por esa razón el CLS admitió su limitación a través de la imposición de servicios mínimos, derivada de la condición *trascendental* del servicio público, valorado en ese contexto específico.

Del mismo modo, la huelga que se produce en el sector del transporte (terrestre, subterráneo o ferroviario) sólo podría encontrar cabida en tal calificación, una vez *ponderadas las circunstancias específicas que rodean al conflicto*, tales como: la existencia de medios de transporte alternativos que unen los mismos (o similares) puntos geográficos, la magnitud (medida en términos de extensión territorial) y extensión (duración temporal) de la medida de acción directa, el época (laboral o vacacional) en la

---

<sup>203</sup> 330° Informe, caso número 2212, párrafo 749; en OIT, *La libertad sindical...*, cit., p. 133.

<sup>204</sup> 318° Informe, caso número 2018, párrafo 514; en OIT, *La libertad sindical...*, cit., p. 133.

<sup>205</sup> 320° Informe, caso número 2057, párrafo 780; en OIT, *La libertad sindical...*, cit., p. 134.

<sup>206</sup> 320° Informe, caso número 2044, párrafo 453; en OIT, *La libertad sindical...*, cit., p. 134.

<sup>207</sup> 308° Informe, caso número 1923, párrafo 221; en OIT, *La libertad sindical...*, cit., p. 134.

<sup>208</sup> 304° Informe, caso número 1866, párrafo 113; en OIT, *La libertad sindical...*, cit., p. 134.

<sup>209</sup> 309° Informe, caso número 1865, párrafo 149; en OIT, *La libertad sindical...*, cit., p. 134.

<sup>210</sup> 337° Informe, caso número 2355, párrafo 630; en OIT, *La libertad sindical...*, cit., p. 134.

<sup>211</sup> 331° Informe, caso número 2173, párrafo 297; en OIT, *La libertad sindical...*, cit., p. 135.

<sup>212</sup> Cfr. TRIBUZIO, José E., *El servicio público de importancia trascendental*, DT, año LXIX, n° 11, noviembre 2009, p. 32.

<sup>213</sup> 331° Informe, caso número 2173, párrafo 297; en OIT, *La libertad sindical...*, cit., p. 135.

que se desarrolla la acción huelguística, el horario (diurno o nocturno) en el que se concreta la misma, etc.

En fin, sólo cuando se hubiesen meritudo concretamente estos (y otros) datos que contextualizan la huelga en el sector del transporte, podrá evaluarse la posibilidad de efectuar la calificación de esencialidad extensiva, con arreglo a la noción de *servicio público de importancia trascendental*.

Quiero significar, concretamente, que una actividad puede ser calificada como *servicio público de importancia trascendental*, sólo en determinadas *situaciones* (de acuerdo con la precisa terminología utilizada por OIT), cuando sea necesario asegurar la satisfacción de las necesidades básicas de los usuarios o el funcionamiento continuo y en condiciones de seguridad de las instalaciones.

En principio, es el propio órgano de OIT, el encargado de dilucidar sí, en el caso concreto llevado a su conocimiento, se dan los requisitos subjetivos apuntados precedentemente, para disponer la incorporación de esa *situación* dentro del término jurídico y de ese modo habilitar la ulterior fijación de servicios mínimos u otras medidas garantizadoras del mantenimiento del servicio; nada obstaría, empero, a que dicha calificación fuera efectuado por un *órgano imparcial*, previsto en el sistema nacional (tal como así lo dispone el actual ordenamiento argentino), aunque sujeta a los lineamientos expresos trazados por el organismo internacional, fundamentalmente, en lo que respecta a su *independencia* de los poderes políticos.

#### 6.4. “Garantías compensatorias” a favor de los trabajadores alcanzados por las restricciones al ejercicio del derecho de huelga

Todos los supuestos analizados hasta aquí, implican una posible afectación al ejercicio de la huelga que va desde su restricción a través de la imposición de servicios mínimos, hasta la lisa y llana prohibición del derecho. La medida de la interferencia restrictiva sobre la huelga dependerá, una vez más, del diseño normativo adoptado por las legislaciones nacionales.

Es cierto que hay otras formas de minorizar los efectos de la huelga (vgr., a través de plazos de preaviso, agotamiento de procedimientos de mediación o conciliación, etc.) distintas a las enunciadas; sin embargo, aquellas no son exclusivas de los fenómenos que se vienen estudiando, sino que en muchos ordenamientos se extienden a actividades no consideradas esenciales (ni en sentido estricto ni con arreglo a las pautas excepcionales comentadas), con el fin de transitar un período de negociación previo a la adopción de medidas de fuerza.

Esa suerte de *enfriamiento* del conflicto que, por ejemplo, la fijación de un preaviso o el agotamiento de un proceso negocial suponen en aras de posibilitar la intervención mediadora de la autoridad de aplicación y/u obtener su solución a través de un acuerdo de partes, no resulta —en principio— lesivo de la libertad sindical.

No obstante, el CLS aclara que la admisibilidad de tales condicionamientos se encuentra supeditada a la *razonabilidad* de los mismos, de modo tal que no constituyan una *limitación importante* a las posibilidades de acción de las organizaciones sindicales<sup>214</sup>. Vale decir, que no impidan en la práctica, el recurso a la huelga<sup>215</sup>.

---

<sup>214</sup> Informes casos número 1799, párrafo 207; 2018, párrafo 514; y 2118, párrafo, 635, entre otros; en OIT, *La libertad sindical...*, cit., p. 120.

En el campo de los servicios esenciales (en sentido estricto o por extensión) y los servicios públicos de importancia trascendental, así como en las hipótesis particulares de las fuerzas armadas y policiales, los funcionarios públicos que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado y los casos de crisis nacional aguda (en cualquiera de las dos acepciones ya explicadas), los procedimientos apuntados (fundamentalmente, la *conciliación*, *mediación* y *arbitraje*) no se encaminan necesariamente, a canalizar el conflicto a los fines de arribar a un consenso de partes que evite la huelga, sino más bien, tienden a *compensar la disminución o pérdida del derecho fundamental*, según el caso, aunque el objetivo final sea, naturalmente, componer el conflicto. En otras palabras, no cumplen estrictamente la función de *medios procedimentales previos* a la adopción de la medida de fuerza, sino que se encuentran predispuestos (o así deberían estarlo, según indican los órganos de control de OIT) a los fines de resarcir a los trabajadores afectados en el ejercicio del derecho de huelga, sustituyéndolo en todo o en parte.

El reemplazo será total, cuando los trabajadores se encuentren privados del derecho de huelga; y parcial, cuando éste se vea afectado solamente, por la imposición de servicios mínimos.

Cualquiera sea el caso, las reseñadas *garantías* (o *protecciones compensatorias*)<sup>216</sup>, que según la concepción del CLS y la CEACR se traducen (aunque no se agotan) en mecanismos de conciliación y arbitraje, deberán reunir las cualidades de *celeridad e imparcialidad*<sup>217</sup>. Y deberán asegurar asimismo, la *participación* de los interesados en la definición y puesta en práctica del procedimiento<sup>218</sup>.

Los laudos derivados de procedimientos de arbitraje deberán tener carácter obligatorio para ambas partes y, una vez emitidos, aplicarse rápida y totalmente<sup>219</sup>.

Finalmente, es interesante señalar que el Comité considera que la prohibición de *cierre patronal (lockout)* también constituye una garantía apropiada para salvaguardar los intereses de los trabajadores privados del derecho de huelga<sup>220</sup>; solución ésta, que luce adecuada a los efectos de contrapesar (o *contrarrestar*)<sup>221</sup> los efectos lesivos hacia los trabajadores, que produce el cercenamiento del derecho de huelga en las

---

<sup>215</sup> Informes casos número 1899, párrafo 83; 1898, párrafo 324; y 2369, párrafo, 212, entre otros; en OIT, *La libertad sindical...*, cit., p. 120.

<sup>216</sup> GERNIGON, Bernard, ODERO, Alberto, y GUIDO, Horacio, *Principios de la OIT...*, cit., p. 485.

<sup>217</sup> En este punto, el Comité sostiene que los miembros del órgano encargado de llevar a cabo los procedimientos de conciliación y arbitraje, no sólo deben ser estrictamente imparciales, sino que deben *parecerlo*, tanto a los empleadores como a los trabajadores interesados, para obtener y conservar la confianza de ambas partes (Informes casos número 1943, párrafo 117; 2145, párrafo 306; y 2288, párrafo, 829, entre otros; en OIT, *La libertad sindical...*, cit., p.130).

<sup>218</sup> Informes casos número 1818, párrafo 367; 2020, párrafo 318; 1943, párrafo 227; 2277, párrafo 274; y 2244, párrafo, 1269, entre otros; en OIT, *La libertad sindical...*, cit., p. 129.

<sup>219</sup> OIT, *Libertad sindical...*, cit., p. 77.

<sup>220</sup> Informes casos número 1882, párrafo 428; 1902, párrafo 903; y 1913, párrafo, 306, entre otros; en OIT, *La libertad sindical...*, cit., p. 130.

<sup>221</sup> Respecto de la equivalencia instrumental entre el *lockout* y la huelga se pronuncia Kahn Freund, para quien, el poder de los empresarios de cerrar los centros de trabajo (que es inherente al derecho de propiedad) se corresponde con el poder similar de los trabajadores de declararse en huelga. La diferencia entre ambos institutos radica en que la huelga es, necesariamente, una acción colectiva, mientras que el cierre patronal puede serlo, aunque no necesariamente (KAHN-FREUND, Otto, *Trabajo...*, cit., p. 386).

circunstancias de excepción receptadas a través de los servicios esenciales en sentido estricto.

## 7. Técnicas de determinación de los servicios esenciales

Ciertamente, otro de los temas que ocupan mayor espacio en la doctrina especializada acerca de la huelga en los servicios esenciales, se vincula con las técnicas de determinación de los mismos. Es lógico que así sea, ya que de la técnica escogida dependerá, en gran parte, el sentido —restrictivo o tutelar— de la regulación sobre el ejercicio del derecho fundamental.

Quiere esto decir, que cuando un sistema de relaciones colectivas del trabajo dado, prevea la posibilidad de calificar como esencial a una actividad con arreglo a pautas flexibles, mayor será la afectación del derecho de huelga<sup>222</sup>; mientras que, lo contrario sucederá cuando los criterios de determinación de la esencialidad del servicio, en base a medios técnicos de cierta rigidez, resulten precisos y restringidos.

Conviene advertir, no obstante, que resultaría aventurado arriesgar una valoración *en abstracto* acerca de la eficacia o idoneidad de tal o cual medio técnico a los fines de garantizar en la mayor medida de lo posible el derecho de huelga, prescindiendo de otros factores también relevantes en este aspecto, tales como, la fuente de determinación de la noción de servicio esencial, la naturaleza o integración del órgano encargado de administrar el sistema o incluso —en algunos casos— de calificar el servicio con arreglo a dichas técnicas<sup>223</sup>.

En concreto, serían tres las técnicas de determinación de los servicios esenciales, a saber: *definición, enumeración y delegación*. Sin embargo, no es habitual que dichas técnicas operen en forma exclusiva sino que, con frecuencia, aquellas se presentan en forma articulada, alternada y/o a veces, superpuesta. Por lo tanto, las combinaciones posibles exceden la referida clasificación ternaria. Ello no obsta, empero, a efectuar un análisis de aquellas, teniendo presente la posibilidad de concurrencia apuntada.

Pero previo a ingresar en el estudio de las distintas técnicas de determinación de los servicios esenciales, me parece oportuno efectuar un apunte, aunque sea sumario, acerca de la posible distinción entre *actividad y servicio*. En puridad, la actividad es un concepto más amplio que el de servicio; de modo tal que una actividad puede comprender varios servicios. Se trata de una distinción interesante, fundamentalmente en el tema que nos ocupa, ya que sólo podrían ser considerados esenciales los servicios que, dentro de una actividad, resultan *potencialmente necesarios para su correcto funcionamiento*<sup>224</sup>. Por contrario, no quedarían alcanzados por la regulación restrictiva

---

<sup>222</sup> Con referencia al ordenamiento español, se ha dicho que el intento de dotar de contenido a la mención de los *servicios esenciales* recogida en el artículo 28-2 de la CE, debe actuar con grandes dosis de mesura pues, en ocasiones, el uso de la terminología carece de la precisión necesaria para proceder a generalizaciones y concluir en una precarización del derecho mismo (TORRENTE GARI, Susana, *El ejercicio del derecho de huelga...*, cit., p. 189)

<sup>223</sup> Sobre el particular, Ermida Uriarte pone el dedo en la llaga cuando señala que, tanto en Uruguay como en Argentina, las Administraciones laborales tienden —en este tema— a actuar más como actores del sistema de relaciones laborales, atendiendo a sus intereses en tanto tales, que como operadores del sistema jurídico encargados de la aplicación objetiva del derecho (ERMIDA URIARTE, Óscar, *La huelga ...*, cit., p. 234).

<sup>224</sup> DI CAGNO, Giovanni y MONACO, María P., *Lo sciopero nei servizi essenziali*, Cacucci editore, Bari, 2009, p. 54.

de la huelga en los servicios esenciales, aquellos servicios *marginales o privados de instrumentalidad directa*<sup>225</sup> respecto de la actividad cuya continuidad se debe garantizar.

A decir verdad, el problema resulta meramente teórico. Me explico: la calificación de esencialidad siempre recae sobre un servicio. No es la actividad sino el servicio lo que se considera esencial y reclama, en consecuencia, la garantía de su mantenimiento. Por tanto, es el servicio el que lleva aparejada la prohibición de la huelga o su restricción a través de distintas técnicas de limitación de su ejercicio (ello dependerá, claro está, de la regulación vigente en los distintos ordenamientos nacionales). A *contrario sensu*, todos aquellos servicios accesorios, conexos, secundarios; en fin, marginales respecto del servicio esencial, quedan fuera del régimen legal de la huelga en los servicios esenciales.

En nuestro sistema, la distinción cobra relevancia al momento de determinar los servicios mínimos, entendidos éstos, como las prestaciones *indispensables* que deben ser mantenidas indefectiblemente en orden a salvaguardar los derechos fundamentales en juego.

### 7.1. Definición

La *definición* constituye, naturalmente, una modalidad posible a los fines de determinar qué actividades integran el elenco de los servicios esenciales. Consiste en una proposición que intenta exponer en términos claros y precisos, los caracteres genéricos y diferenciales del instituto, en la que —agrega Corte<sup>226</sup>— suelen tomarse como elementos identificadores del mismo, los bienes jurídicos que a través de dicha técnica se intentan salvaguardar.

Por todos, y siguiendo las premisas apuntadas, Martín Valverde los caracteriza como aquellos servicios que atienden a necesidades muy importantes de los individuos, cuya interrupción impide de manera inmediata o a muy corto plazo la satisfacción de dichas necesidades, individualizándolos —ya en concreto—, como aquellos que están conectados con la salud y la seguridad personal de los ciudadanos<sup>227</sup>.

Ya se ha hecho referencia a la definición de servicio esencial en sentido estricto elaborada por los órganos de control de OIT; formulación ésta, de profunda implantación en los sistemas de relaciones laborales de los Estados miembros de dicha organización internacional, cuya operatividad depende, en cada caso, de la tipología de relacionamiento entre fuentes adoptada.

El derecho comparado proporciona, de todos modos, otras definiciones de *servicio esencial*.

En Italia, el artículo 1.1 de la ley 146/1990, considera *servicios públicos esenciales*, independientemente de la naturaleza jurídica de la prestación de trabajo, y aún cuando se desarrollen en régimen de concesión o convenio, aquellos destinados a garantizar el disfrute de los derechos de la persona, constitucionalmente tutelados, a la

---

<sup>225</sup> VALLEBONA, Antonio, *Le regole dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Giapichelli editore, Torino, 2007, p. 61.

<sup>226</sup> CORTE, Néstor T., *Regulación de la huelga...*, cit., p. 101.

<sup>227</sup> MARTÍN VALVERDE, Antonio, *El derecho de huelga en la Constitución de 1978*, RPS, nº 121, Madrid, 1979, p. 232.

vida, a la salud, a la libertad y a la seguridad, a la libertad de circulación, a la asistencia y seguridad social, a la educación y a la libertad de comunicación.

La legislación española<sup>228</sup> alude a servicios de *reconocida e inaplazable necesidad*. No obstante, ha sido el Tribunal Constitucional el encargado de dotar de contenido a la noción de servicio esencial, fundamentalmente, a través de la STC 53/1981, que la sintetiza de la siguiente manera: “son servicios esenciales aquellos que pretenden satisfacer derechos e intereses que son, a su vez, esenciales, y por tales debe entenderse los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos.”

De su lado, la ley brasileña n° 7783/1989 refiere en su artículo 11, a *servicios indispensables de atención de las necesidades impostergables de la comunidad*, entendiéndose por tales, la supervivencia, la salud y la seguridad de la población.

En Portugal, el artículo 8.2 de la ley n° 65, del 26 de agosto de 1977 (modificada por ley n° 30, del 20 de octubre de 1992) refiere a actividades que tienen como objeto satisfacer las *necesidades sociales absolutamente necesarias*.

Todas estas definiciones tienen en común que prescinden de una determinación apriorística de servicio esencial. Se postulan, en cambio, a favor de una *caracterización finalista (o de resultado)*<sup>229</sup> del concepto.

Empero, hay que decir que en la mayoría de los ordenamientos en los que existe una definición de servicio esencial, hay también, un listado de actividades consideradas tales previsto en la propia normativa (*definición y enumeración*). Normalmente, es el legislador quien asume la tarea de tipificación de la actividad, con arreglo a las pautas que arroja la definición.

En otros modelos, la determinación concreta del servicio esencial es función de la actividad hermenéutica y casuística del intérprete (administrativo o judicial), que sirve de antecedente (en algunos supuestos, *vinculante*) a los fines de resolver ulteriores conflictos (*definición y delegación*). Por lo tanto, adquiere vital importancia la tarea y naturaleza de ese intérprete<sup>230</sup>, encargado de calificar la esencialidad del servicio con arreglo a la definición escogida. Y es que, la definición en sí misma, no resuelve el problema de la identificación de los servicios esenciales. En todo caso, sirve a los efectos de proporcionar una guía al operador jurídico, para que éste pueda, con arreglo a dichos lineamientos, efectuar la calificación de esencialidad de un servicio determinado.

## 7.2. Enumeración

---

<sup>228</sup> Artículo 10.2 del DLRT (Real Decreto-Ley 17-1977, del 4 de marzo, de Relaciones de Trabajo).

<sup>229</sup> ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María E., *Derecho...*, cit., p. 907.

<sup>230</sup> Raso Delgue considera legítima la *flexibilización* del concepto de servicio esencial, en la medida que las legislaciones prevean la existencia de órganos *imparciales y confiables* para la calificación de las distintas situaciones. El Poder Judicial —continúa el autor uruguayo— reúne en muchos países estas dos características (imparcialidad y confiabilidad), aunque la lentitud de los procedimientos conspira contra intervenciones rápidas y eficientes. Según Raso, no debería excluirse la posibilidad de establecer órganos administrativos ad-hoc independientes del Poder gubernamental o político e integrados por expertos legitimados por el reconocimiento de las partes (RASO DELGUE, Juan, *Consideración sobre la colisión entre el derecho de huelga y los derechos del ciudadano*, en el libro de ponencias de las “XII Jornadas Rioplatenses de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, celebradas en Córdoba, el 4 y 5 de mayo de 2001, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2001, p. 363). Tal como veremos luego, el último de los sistemas propuestos por el jurista oriental, ha sido el adoptado por el ordenamiento argentino actual.



Tal como se viene diciendo hasta aquí, la enumeración puede ser la consecuencia de la definición por vía de cláusula general (*técnica mixta*<sup>231</sup>). Sin embargo, la enumeración puede prescindir de una caracterización previa; esto es, presentarse en forma autónoma, no referenciada a definición alguna.

Por supuesto que, la elaboración de un *catálogo cerrado* de actividades consideradas servicios esenciales (frente a la opción en favor de un repertorio abierto) brinda mayor seguridad jurídica y —siempre que no resulte excesivamente amplio<sup>232</sup>— garantiza en mayor medida la vigencia del derecho de huelga.

Sin embargo, la enumeración de tipo *numerus clausus* presenta ciertas dificultades. A juicio de la CEACR, sería poco conveniente, e incluso imposible, pretender elaborar una lista completa y definitiva de los servicios que pueden considerarse como esenciales<sup>233</sup>.

Merece destacarse, no obstante, que la conclusión a la que arriba el comité resulta entendible (y justificada) desde que su visión sobre el tema es global; vale decir, que la CEACR está haciendo referencia a la imposibilidad de efectuar un listado *universal* de servicios esenciales, lo que no significa que dicha tarea no pueda ser abordada con éxito en un sistema nacional determinado y respecto, al menos, a los servicios esenciales en sentido estricto.

Aún así, coincido con Vivero Serrano en cuanto a que, de concretarse tal enumeración, siempre podría verse superada por el paso del tiempo y el consiguiente cambio en la oferta y la demanda de servicios, lo que conllevaría una —cuanto menos— provisional situación de desprotección de ciertos usuarios<sup>234</sup>. Sería conveniente, entonces, admitir (y preveer) la posibilidad de apertura del listado, con arreglo a pautas precisas y en casos de excepción. Esto es lo que, en definitiva, aconsejan los órganos de control de OIT a través de sus pronunciamientos, en base a las construcciones jurídicas ya examinadas.

En general, los sistemas de relaciones de trabajo europeos no adscriben a la técnica de la enumeración a los fines de determinar qué actividades son consideradas servicios esenciales, sino que dicha tarea es asignada mayormente al Poder Judicial por la vía de revisión jurisdiccional.

Tal es el caso de Francia, donde el juez administrativo cumple un rol fundamental en la vigilancia del sistema, en cuanto controla que la reglamentación del ejercicio del derecho de huelga por parte del gobierno, un ministro o un intendente (ya que todos estos ostentan facultades reglamentarias) se corresponda con las exigencias de orden público y sean necesarias para la continuidad de los servicios públicos<sup>235</sup>.

En España, incluso, es el propio Tribunal Constitucional el órgano encargado de proyectar la definición de servicio esencial que él mismo elaboró, sobre diferentes servicios y actividades productivas (vgr. transporte ferroviario, transporte aéreo,

---

<sup>231</sup> VIVERO SERRANO, Juan B., *La huelga...*, cit., p. 146.

<sup>232</sup> En opinión de la CEACR, el principio según el cual el derecho de huelga puede verse limitado, o incluso prohibido, en los servicios esenciales, perdería todo sentido si la legislación nacional definiese esos servicios de forma demasiado extensa (OIT, *Libertad sindical...*, cit., p. 75).

<sup>233</sup> OIT, *Libertad sindical...*, cit., p. 75.

<sup>234</sup> VIVERO SERRANO, Juan B., *La huelga...*, cit., p. 147.

<sup>235</sup> JAVILLIER, Jean C., *Derecho del Trabajo*, cit., p. 837.

transporte metropolitano, suministro de energía eléctrica). No obstante, en ciertas ocasiones la esencialidad del servicio ha sido determinada legalmente (vgr. radiodifusión y televisión, a través de la ley 1/1980).

El modelo italiano presenta aristas particulares que merecen ser explicadas sucintamente. Veamos:

A la definición *exhaustiva* de servicio esencial ensayada en el ya citado artículo 1.1 de la ley 146/1990, le sigue un! larga enumeración *expl)cativa* de activ)dades c/nsideradas esenciales, contenida en el inciso 2º de la misma norma<sup>236</sup>. Se trata de un catálogo de actividades, enumeradas a título meramente enunciativo<sup>237</sup>, que excede con creces el repertorio de actividades consideradas servicios esenciales en sentido estricto por la OIT y que incluye, por ejemplo, los servicios de protección ambiental y de vigilancia sobre los bienes culturales, los transportes públicos urbanos y extraurbanos, la instrucción elemental y universitaria (con especial referencia a los exámenes finales de los ciclos de instrucción) y el correo.

Pero además, este sistema de determinación de esencialidad por definición seguida de enumeración, se complementa con una delegación legislativa en favor de un órgano independiente. Me refiero, en concreto, a la *Comissione di Garanzia dell'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali*<sup>238</sup>, que tiene la potestad de ampliar el mencionado listado, interpretándolo extensivamente, sobre la base de la enumeración explicativa referida supra.

En la *praxis*, ello ha sido posible en la medida en que la *Comissione di Garanzia* ha insertado en la lista una serie de *servicios instrumentales* de aquellas actividades, que pueden perturbar seriamente el funcionamiento de los servicios esenciales, y por consiguiente, no respetar los derechos de los ciudadanos, tutelados legalmente. De suerte que, junto al transporte ferroviario considerado esencial por la ley, se encuentran los servicios instrumentales del mismo (en los que la huelga también puede ser limitada), tales como la limpieza de los lavabos de los trenes, el aprovisionamiento de agua mineral (en caso de trayectos de más de dos horas sin parada) y la información de los pasajeros en las estaciones<sup>239</sup>. Así también, han sido considerados *instrumentales* de servicios esenciales: la *vigilancia* en los bancos, aeropuertos y hospitales; la *gastronomía* en hospitales, universidades y aeropuertos; y la informática en la Cámara de Comercio, en las telecomunicaciones y bancos<sup>240</sup>.

En los sistemas de relaciones laborales del centro y sur de América, en cambio, el recurso a la enumeración como técnica pura de determinación de los servicios esenciales (cuanto menos, en sentido estricto), es más frecuente.

Entre los países que adscriben a la técnica de listado cerrado, podemos mencionar a Brasil. En efecto, el artículo 10 de la ley brasileña nº 7.783, considera esenciales los siguientes servicios: *tratamiento y abastecimiento de agua; producción y distribución de energía eléctrica, gas y combustibles; asistencia médica y hospitales;*

---

<sup>236</sup> Cfr. BALLESTRERO, María Vittoria, *Informe italiano*, en VV.AA., MARZAL, Antonio (ed.), *La huelga hoy en el Derecho Social Comparado*, Bosch-ESADE-Facultad de Derecho, Barcelona, 2005, p. 182.

<sup>237</sup> Cfr. VALLEBONA, Antonio, *Le regole dello sciopero...*, cit., p. 56.

<sup>238</sup> Denominada habitualmente, *Comissione di Garanzia*, a secas.

<sup>239</sup> BALLESTRERO, María V., *Informe italiano*, cit., p. 182.

<sup>240</sup> Cfr. VALLEBONA, Antonio, *Le regole dello sciopero...*, cit., p. 63.

*distribución y comercialización de medicamentos y alimentos; funerarios; transporte colectivo; captación y tratamiento de aguas servidas y basura; telecomunicaciones; uso y control de sustancias radioactivas; equipos y materiales nucleares; procesamiento de datos ligados a servicios esenciales<sup>241</sup>; control de tráfico aéreo y compensación bancaria.*

El artículo 361 del Código del Trabajo de Paraguay designa al *suministro de agua y energía eléctrica*, y a los *hospitales*, como *servicios públicos imprescindibles para la comunidad*, cuya provisión mínima deberá garantizarse en caso de huelga. Aún cuando la redacción del texto legal pareciera indicar lo contrario, la doctrina<sup>242</sup> entiende que dicha enumeración no puede ser ampliada sino que debe ser considerada taxativa, en consonancia con el Convenio n° 87 OIT, vigente en dicho país.

En México —tal como explica Aquino<sup>243</sup>— no existe en el derecho positivo una definición de servicio esencial. Sin embargo, el artículo 925 de la Ley Federal del Trabajo, enumera los siguientes servicios públicos, como una asimilación a lo esencial<sup>244</sup>: *comunicaciones y transportes; luz y energía eléctrica; limpieza; aprovechamiento y distribución de aguas destinadas a servicios a la población; gas; sanitarios; hospitales; cementerios; y alimentación, cuando se refieren a artículos de primera necesidad y siempre que se afecte a alguna rama completa del servicio.*

De su lado, el artículo 83 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo del Perú, cuyo texto ha sido modificado por ley n° 27.912 del año 2003, designa como *servicios públicos esenciales*, los siguientes: *a) servicios sanitarios y de salubridad; b) de limpieza y saneamiento; c) de electricidad, agua y desagüe, gas y combustible; d) de sepelio, inhumaciones y necropsias; e) de establecimientos penales; f) de comunicaciones y telecomunicaciones; g) de transporte; h) de naturaleza estratégica o que se vinculen con la defensa o seguridad nacional; i) de administración de justicia por declaración de la Corte Suprema; j) y otros que sean determinados por ley.*

Ya con anterioridad a la reforma del 2003, la doctrina había criticado la redacción del inciso h) de la norma citada, en tanto allí se enuncia un concepto mas no se define su contenido<sup>245</sup>. Como sea, el inciso j) del artículo 83 no deja lugar a dudas de que el sistema adoptado por el legislador peruano se corresponde con el de *lista abierta*, por cuanto prevé la posibilidad de que una ley incremente la cantidad de servicios

---

<sup>241</sup> En términos de la Comisión de Garantía italiana —y a los fines de trazar una analogía entre ambos sistemas—, se trataría de un *servicio instrumental* de aquél considerado esencial; vale decir, la actividad en sí misma (procesamiento de datos) no es considerada esencial, sino que su suerte queda atada al servicio que sí es considerado como tal.

<sup>242</sup> Vid. CRISTALDO MONTANER, Jorge D. y CRISTALDO RODRIGUEZ, Beatriz E., *Legislación y jurisprudencia del trabajo*, 1° edición, Litocolor SRL, Asunción, 2002, p. 544.

<sup>243</sup> AQUINO, Marcelo G., *La regulación de la huelga en los servicios esenciales*, en el libro de ponencias de las “XII Jornadas Rioplatenses de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, celebradas en Córdoba, el 4 y 5 de mayo de 2001, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2001, p. 275.

<sup>244</sup> AQUINO, Marcelo G., *La regulación...*, cit., p. 275. En el mismo sentido se expresa De Buen, para quien, no cabe duda de que la enumeración contenida en el artículo 925 de la LFT refiere a servicios que son, además de públicos, esenciales (DE BUEN, Néstor, *La huelga en México*, en GRUPO DE LOS NUEVE, PASCO COSMÓPOLIS, Mario (coord.), *La huelga ...*, cit., p. 173).

<sup>245</sup> PASCO COSMÓPOLIS, Mario, *La huelga en Perú*, en GRUPO DE LOS NUEVE, obra coordinada por el autor, *La huelga ...*, cit., p. 255.

considerados esenciales<sup>246</sup>. Hay que decir, empero, que la delegación hacia el legislador de la facultad de determinar nuevos servicios esenciales, si bien da la impresión de cierta flexibilidad en el tratamiento del instituto, puede funcionar también como un cerrojo frente a la actividad reguladora (y discrecional) de la administración.

También encuadrado en la técnica de listado abierto, el artículo 404 del Código de Trabajo de la República Dominicana, establece a título *simplemente enunciativo*<sup>247</sup>, la calificación esencial de los siguientes servicios: *de comunicaciones, de abastecimiento de agua, de suministro de gas o electricidad para el alumbrado y usos domésticos, los farmacéuticos, de hospitales, y cualesquiera otros de naturaleza análoga*.

Lo mismo sucede en Colombia, con la particularidad de que incluye en su catálogo de servicios esenciales, *las plantas de leche, plazas de mercado y mataderos; la explotación, elaboración y distribución de sal; y la explotación, refinación, transporte y distribución de petróleo y sus derivados cuando estén destinados al abastecimiento normal de combustibles del país, a juicio del gobierno*<sup>248</sup> (en este último caso, la determinación final se encuentra delegada al Poder Ejecutivo).

En Argentina, el artículo 24 de la ley n° 25.877 recurre a la enumeración de los servicios esenciales en sentido estricto a través del sistema de *número claustro*, y delega en un órgano independiente la calificación extensiva del término sobre otras actividades, con arreglo a determinados recaudos. Remito en este punto, al tratamiento particularizado que, más adelante, se le dispensa a la regulación nacional.

### 7.3. Delegación

La delegación como método de determinación de los servicios esenciales implica la atribución a un órgano (gubernamental o independiente) de la potestad de efectuar la calificación de esencialidad sobre una actividad productiva.

Esa potestad será *amplia* cuando no exista norma previa que defina el concepto de servicio esencial o *restringida* si hay antecedente normativo que lo exprese, y guíe de tal modo la actividad del intérprete.

Por otro lado, la declaración de esencialidad del servicio efectuada por el órgano competente será de *alcance general* si resulta aplicable en todos los supuestos en los que se encuentre comprometida la prestación del mismo; o de *alcance particular*, si sólo sirve a los efectos de decidir un caso concreto.

---

<sup>246</sup> A partir de la habilitación legal prevista en el último inciso de la norma bajo comentario, es que el artículo 1° de la ley n° 28.988 dispuso de manera expresa que la *educación básica regular* es un *servicio público esencial*. A su turno, el art. 3° de la ley 29.062 (que regula el profesorado en lo referido a la Carrera Pública Magisterial), reiteró el carácter público esencial de la educación. Dicha calificación legal motivó la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Profesores del Perú, fundada en la afectación del derecho de huelga de los profesores. La sentencia del pleno del Tribunal Constitucional del Perú, rechazó la demanda en fecha 22 de abril de 2009, en el entendimiento de que la normativa impugnada no afecta el contenido esencial del derecho de huelga, “debiendo determinarse las concretas lesiones casuísticamente con criterios de razonabilidad y proporcionalidad, pudiendo recurrirse en dichos supuestos, a la protección ordinaria, y subsidiariamente al amparo constitucional...”

<sup>247</sup> ALBURQUERQUE, Rafael F., *Derecho del Trabajo*, t. III, *Los conflictos de trabajo y su solución*, Ed. Lozano, Santo Domingo, 1999, p. 326.

<sup>248</sup> Incisos d), f) y g) del artículo 430 del Código Sustantivo del Trabajo.

Así también, la delegación puede presentarse como *mecanismo exclusivo* de individualización del servicio esencial o como *medio alternativo* de determinación del mismo si se activa solamente, ante circunstancias específicas que se originan durante el desarrollo de la huelga o con motivo de ésta (usualmente referidas al alcance, duración o extensión de la medida de fuerza).

Es evidente que, teniendo en cuenta estas categorías (que no pretenden agotar, en modo alguno, el análisis de la técnica) y las posibles combinaciones que admiten, resultaría cuanto menos arriesgado sentenciar *a priori*, la deficiencia del sistema o el riesgo (de discrecionalidad) que implica su aplicación en la práctica<sup>249</sup>.

Por lo pronto, ese riesgo se incrementa fuertemente si la delegación se presenta como medio exclusivo de determinación genérica de esencialidad, no condicionada por definición alguna, y efectuada hacia un órgano dependiente de la autoridad gubernamental. En cambio, el riesgo se reduce si la delegación se produce en favor de un órgano independiente e imparcial, sólo frente a la concurrencia de determinadas circunstancias excepcionales, y sobre la base de lineamientos precisos trazados en una ley previa.

Las variantes posibles entre ambos extremos resultarán —siguiendo los criterios de clasificación adoptados— indiciarias del sentido (limitativo o tutelar) de la regulación del derecho de huelga.

Teniendo presente las experiencias en el derecho comparado, parece claro que, la regulación del ejercicio del derecho de huelga en los servicios esenciales tendrá signo intervencionista y restrictivo, cuando la determinación de aquellos sea llevada a cabo por un órgano del poder gubernamental. En esa línea se inscribe el sistema chileno de relaciones del trabajo, que delega en los Ministros de Trabajo y Previsión Social, de Economía, Fomento y Reconstrucción, y de Defensa Nacional, la calificación anual — mediante resolución conjunta— de esencialidad de las actividades que atiendan servicios de utilidad pública, o cuya paralización cause grave daño a la salud, al abastecimiento de la población, a la economía del país o a la seguridad nacional<sup>250</sup>. En opinión de García, el sistema chileno representa quizás el caso de menor garantía para el derecho de huelga y mayor intervencionismo en América Latina<sup>251</sup>.

Tal como ya hemos visto, el sistema italiano combina las tres técnicas de determinación de los servicios esenciales: definición y enumeración legal, complementada con una delegación en favor de la Comisión de Garantía, respecto de los denominados *servicios instrumentales* de los esenciales. El dato característico del modelo italiano reside en que la mencionada comisión (cuyos miembros son *designados* por los Presidentes de las Cámaras de Diputados y de Senadores, y *nombrados* por el Presidente de la República) funciona como una autoridad administrativa independiente

---

<sup>249</sup> En contra, vid. CORTE, Néstor T., *Regulación de la huelga...*, cit., p. 111; ACKERMAN, Mario, *Reglamentación del derecho...*, cit., p. 800; y SARTHOU, Helios, *Trabajo, Derecho y sociedad*, t. I, *Estudios de Derecho colectivo del trabajo*, 1º ed., Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2004, p. 165.

<sup>250</sup> MORGADO VALENZUELA, Emilio, *La huelga en Chile*, en GRUPO DE LOS NUEVE, PASCO COSMÓPOLIS, Mario (coord.), *La huelga ...*, cit., p. 82. Vid. también TAPIA GUERRERO, Francisco J., *La experiencia chilena*, en VV.AA., BRONSTEIN, Arturo (dir.), *Cincuenta años de Derecho del Trabajo en América Latina*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007, p. 260/1.

<sup>251</sup> GARCÍA, Héctor O., *La huelga...*, cit., p. 827

del Gobierno y del Parlamento<sup>252</sup> (sus *deliberaciones* sólo pueden ser revisadas por el Poder Judicial<sup>253</sup>).

También en España, la autoridad gubernativa es competente para determinar la esencialidad de un servicio y, además, fijar el ulterior establecimiento de servicios mínimos. En ambos casos, el Decreto, Orden o Resolución deben contener justificación suficiente y motivación (exteriorizada) del acto, y ajustarse, según ya se ha dicho, a los lineamientos trazados sobre la materia por el Tribunal Constitucional. Conviene advertir, empero, que la dispersión de la regulación, la dualidad de jurisdicciones y las disfunciones e inconvenientes que presenta el sistema por el que ha optado el ordenamiento español, han llevado a la doctrina a sostener que el tratamiento de los servicios esenciales es el aspecto del derecho de huelga *peor resuelto y que más urgente reconsideración necesita*<sup>254</sup>.

En Uruguay, la ley n° 13.720, tal como fue sancionada en 1968, atribuía a la Comisión de Productividad, Precios e Ingresos (órgano de integración tripartita), la potestad de determinar, por resolución fundada, los *servicios esenciales que deberán ser mantenidos por turnos de emergencia*. Dicha ley fue derogada por el Decreto Ley n° 14.791, con excepción de los artículos 3 (inciso f), 4 y 5, pero estableciendo que los cometidos atribuidos a la comisión, pasan a la competencia del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Es decir, que la autoridad ministerial es competente para determinar, *lisa y llanamente*, cuales son los servicios esenciales<sup>255</sup>. Sin embargo —destaca Mantero de San Vicente—, el gobierno uruguayo, que durante mucho tiempo había ejercido la potestad de declarar los servicios esenciales por sí mismo, parece haber aceptado, a partir de 1995, el criterio de convocar a las partes en conflicto, para determinar en forma conjunto los servicios esenciales. Concluye el autor que sigo en este punto, que la aceptación definitiva de la autorregulación mixta para la determinación de los servicios esenciales por el gobierno uruguayo, implicará una modificación importante a los criterios que hasta ahora había mantenido y defendido<sup>256</sup>.

Me interesa rescatar finalmente, la técnica que sobre el particular adopta el modelo belga, por cuanto delega hacia la autonomía colectiva la determinación de esencialidad del servicio, con una intervención subsidiaria estatal que se activa sólo en ausencia de la iniciativa de las partes. En efecto, la ley del 19 de agosto de 1948, relativa a las prestaciones de interés general en tiempos de paz, permite al gobierno

---

<sup>252</sup> CARUSO, Bruno, *Le relazioni...*, cit., p. 192.

<sup>253</sup> BALLESTRERO, María V., *Informe italiano*, cit., p. 186.

<sup>254</sup> CABEZA PEREIRO, Jaime, *La imposición de servicio mínimos*, en VV.AA, BAYLOS GRAU, Antonio (coord.), *Estudios sobre la huelga*, Bomarzo, Albacete, 2005, p. 202.

<sup>255</sup> MANTERO DE SAN VICENTE, Osvaldo, *Derecho Sindical*, cit., p. 237. En el caso n° 1403, el CLS consideró que el artículo 4° de la ley n° 13.720 permite su aplicación a cualquier servicio público, que de este modo podría ser objeto de un servicio mínimo en caso de huelga, en abierta contradicción con los principios del Comité relativos a la naturaleza de los servicios en que tal limitación es admisible. Por lo mismo, solicitó al gobierno uruguayo que tomara medidas tendientes a “la modificación del artículo 4 de la ley n° 13.720 con objeto de ponerlo en conformidad con los principios señalados en materia de servicios mínimos” y agregó que esperaba que las cuestiones relativas a servicios mínimos pudieran, en el futuro, “resolverse por vía de concertación”. Con respecto al carácter esencial —o no— de los servicios en cuestión, el Comité señaló que no excluía que se hubiesen fijado “servicios mínimos excesivos” pero sin establecer expresamente si los consideraba esenciales, lo que hubiera significado un cambio importantísimo respecto de los anteriores pronunciamientos (ERMIDA URIARTE, Óscar, *La huelga ...*, cit., p. 221/2).

<sup>256</sup> MANTERO DE SAN VICENTE, Osvaldo, *Derecho Sindical*, cit., p. 237.

poner en marcha un sistema que garantice la prestación de servicios juzgados vitales para un sector de la actividad. El procedimiento dirigido a la designación de estas actividades vitales y la puesta en marcha concreta del sistema se hace por medio de *comisiones paritarias*, o, en su defecto, por decreto real<sup>257</sup>.

## 8. Fuentes de determinación de los servicios esenciales

Se deduce de las experiencias comparadas referenciadas precedentemente, que las fuentes de determinación de la esencialidad del servicio pueden ser de distinta índole, predominando aquellas de naturaleza puramente heterónoma, pero admitiéndose también, la posibilidad de participación de los actores sociales en su diseño. Hay, también, algunos antecedentes de autorregulación sindical unilateral espontánea en materia de determinación de los servicios esenciales.

En general, parece haber sido ya superada la dialéctica entre autonomía y heteronomía (o, autorregulación y heterorregulación). En efecto, frente a posiciones antagónicas, se plantea en la actualidad la *interdependencia* y *compatibilidad* entre ambos mecanismos de forma tal que se pueda combinar la autorregulación pura y/o negociada con la heterorregulación (regulación legal y control judicial)<sup>258</sup>. Es éste, por cierto, el modelo de regulación que propicia la OIT.

Dentro de las fuentes heterónomas se ubican las constituciones, las leyes, los decretos, las resoluciones administrativas emanadas de una dependencia gubernamental, las decisiones emanadas de un órgano independiente y las sentencias de los jueces.

La fuente autónoma (de determinación de los servicios esenciales), por su parte, puede ser de naturaleza *unilateral*, a través de la autorregulación sindical pura; o *bilateral*, esto es, negociada entre las representaciones sindical y empresaria.

Finalmente, la fuente puede ser de naturaleza mixta cuando la determinación de esencialidad del servicio proviene de los actores sociales, pero con la participación de un órgano administrativo externo, que puede —o no— ser de origen gubernamental.

A continuación, se abordan sucintamente cada una de las fuentes enumeradas.

### 8.1. Constitución

En atención a la naturaleza fundamental del derecho de huelga, resultaría adecuado que el mismo texto constitucional avanzara en su regulación directa, caracterizando los servicios esenciales y los efectos que de dicha calificación se proyectan sobre el ejercicio del derecho.

Es que, la garantía más intensa del derecho, que supone su abordaje por parte del constituyente (en orden a los mecanismos especiales de formación de voluntad en ese ámbito), importaría, en todo caso, un espacio de reserva o, cuanto menos, de límites frente a la tarea legislativa más proclive a ceder a las apetencias de domesticación del derecho por los gobiernos de turno, y un sólido valladar a la discrecionalidad de la administración pública.

---

<sup>257</sup> STROOBANT, Maxime, *Informe belga*, cit., p. 157.

<sup>258</sup> MORENO VIDA, María N., *La huelga...*, cit., p. 92.

En tal sentido, hay referencias expresas a los servicios esenciales (en sus diversas acepciones) en las cartas constitucionales de México (artículo 123, apartado XVIII), República Dominicana (artículo 8), Brasil (artículo 9º), Chile (artículo 19.16), Paraguay (artículo 98), España (artículo 28.2) y Portugal (artículo 59.1).

Sin embargo, en ninguno de los casos citados el constituyente ha identificado concretamente las actividades consideradas esenciales. En algunos supuestos, dicha tarea es remitida en forma expresa al legislador. En otros, no hay indicación precisa respecto del órgano o sujeto(s) encargado de dar contenido a la noción de servicio esencial.

## 8.2. Ley

La fuente legal es, sin dudas, la más utilizada a los fines de determinar los servicios esenciales, ya sea en forma directa, indirecta o combinada. Coincido con Sarthou<sup>259</sup>, en cuanto a que (en defecto de tratamiento constitucional), la regulación de los Derechos Fundamentales es materia reservada al legislador. Ello así, por cuanto el procedimiento de construcción de la norma por el parlamento, a través de la participación plural de los representantes elegidos democráticamente por los ciudadanos, dota de legitimidad y garantías a dicha regulación.

Según Mantero Alvarez, empero, la ley presenta serios inconvenientes a estos fines: en primer lugar, la lentitud de los mecanismos parlamentarios, lo que torna ineficaz la vía de regulación, en la medida que se deben enfrentar situaciones conflictivas que deben ser resueltas con suma rapidez; y en segundo término, la falta de idoneidad de la fuente legal como instrumento de determinación de los servicios esenciales, por cuanto los conflictos colectivos presentan un alto grado de *casuismo*, que el instrumento legislativo no puede absorber, dado el carácter general y abstracto que deben tener las leyes<sup>260</sup>.

Por mi parte, no creo que tales circunstancias resulten obstáculos insalvables al momento de acometer la determinación legal directa de los servicios esenciales *en sentido estricto*; en todo caso, el recurso a la determinación exclusiva de éstos por vía legislativa no se encuentra vinculada a la casuística, atento a la naturaleza esencial de los mismos, inmutable en todo caso, cualquiera sea el alcance o duración de la huelga. Distinto es el caso de los servicios esenciales que en origen no ostentan dicha calificación, pero la adquieren en función de circunstancias excepcionales; allí sí, me parece, resulta más conveniente efectuar una delegación (*determinación indirecta*) hacia los propios actores sociales o, en su defecto, a un órgano imparcial que tenga a su cargo la delicada tarea de analizar la posible esencialidad del servicio en ese caso puntual y atendiendo a las circunstancias tópicas que lo rodean.

## 8.3. Decretos y resoluciones administrativas emanadas de un órgano de gobierno

---

<sup>259</sup> SARTHOU, Helios, *La huelga en los servicios esenciales en nuestro derecho positivo y la autonomía del derecho del trabajo*, en Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Año XXVI, Montevideo, 1986, p. 114; citado por MANTERO ALVAREZ, Ricardo, *Límites...*, cit., p. 190.

<sup>260</sup> MANTERO ALVAREZ, Ricardo, *Límites...*, cit., p. 190/1.



Aquí se tratan ambas hipótesis en forma conjunta ya que la crítica que pretendo ensayar le cabe indistintamente a los dos fuentes de regulación.

Y es que, tanto los decretos del Poder Ejecutivo como los actos administrativos dictados por dependencias gubernamentales (vgr. Ministerio de Trabajo), no sólo *prescinden de la voluntad de los actores sociales*<sup>261</sup>, sino que suelen atender a intereses distintos a los de los huelguistas, razón por la cual la intervención de dicho poder reglamentario en el ámbito de las relaciones laborales (más precisamente, en el conflicto colectivo) carece de la necesaria imparcialidad e independencia que requiere la regulación de un Derecho Fundamental, cuando la misma tiene por objeto, ni más ni menos, que su limitación.

No se trata solamente, de una valoración subjetiva respecto de la conducta de la administración, sino de una constatación empírica que tiene que ver con la función de planificación del desarrollo económico social y la pacificación del conflicto que les cabe a las autoridades públicas, y que resulta, naturalmente, contradictoria con el “desorden” que produce el movimiento huelguístico.

Interviene, además —y fundamentalmente— una cuestión de poder<sup>262</sup>. El Estado resigna delegar el poder en otros sujetos, y prefiere retener para sí la potestad de intervenir en el conflicto colectivo, minorizando los efectos de la huelga a través de la calificación de esencialidad del servicio. En tal sentido, la experiencia latinoamericana es paradigmática<sup>263</sup>.

Dichos argumentos —reseñados en prieta síntesis— han llevado a la doctrina, en general<sup>264</sup>, a rechazar la intervención del Poder Ejecutivo y/o la administración pública, en la determinación de los servicios esenciales.

Un ejemplo cabal de lo que se viene diciendo es el *polémico*<sup>265</sup> decreto n° 2184/90 (vigente en Argentina durante la década del '90)<sup>266</sup>, que adolecía de una doble patología técnico jurídica ya que no sólo regulaba en forma directa (es decir, en ausencia de ley previa) la huelga en los servicios esenciales, definiendo y enumerando

---

<sup>261</sup> CORTE, Néstor T., *Regulación de la huelga...*, cit., p. 152.

<sup>262</sup> Es —una vez más— Ermida, quien mejor explica este aspecto, al analizar las causas del excesivo reglamentarismo e intervencionismo del Estado en los países de América Latina. Según el jurista uruguayo, no puede dejar de reconocerse que, siendo las relaciones colectivas de trabajo relaciones de poder, se percibe que los gobiernos muestran reticencia a abandonar su papel reglamentarista e intervencionista en aquéllas, porque lo sienten como la resignación de una cuota de poder. Sienten la necesidad de retener ese poder, sin valorar las eventuales ventajas de dicha *cesión* (ERMIDA URIARTE, Óscar, *La intervención administrativa: origen, características y perspectivas*, en VV.AA., OJEDA AVILÉS, Antonio y ERMIDA URIARTE, Óscar (ed.), *La negociación colectiva en América Latina*, Ed. Trotta, Madrid, 1993, p. 110).

<sup>263</sup> Para un análisis del rol del Estado en Latinoamérica vid. GOLDIN, Adrian O., *El papel del Estado*, en VV.AA., OJEDA AVILÉS, Antonio y ERMIDA URIARTE, Óscar (coord.), *El derecho sindical en América Latina*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1995, p. 39 y ss.; y del mismo autor, *La Corte Suprema de Justicia de la Nación y el monopolio sindical*, en Derecho del Trabajo *on line*, suplemento especial, Libertad Sindical, año 2, n° 12, de fecha 20-11-2008.

<sup>264</sup> Por todos, vid. BAYLOS GRAU, Antonio, *Derecho de huelga...*, cit., p. 105 y ss.

<sup>265</sup> ALVAREZ, Eduardo, *Conflicto colectivo y derecho de huelga*, en VV.AA., *Derecho colectivo del trabajo*, LL, Buenos Aires, 1998, p. 579.

<sup>266</sup> El decreto n° 2184/90 ostenta el curioso privilegio de haber sido derogado sucesivamente por dos normas: el artículo 34 de la ley n° 25.250 (B.O. 02/06/2000) y el artículo 42 de la ley n° 25.877 (B.O. 19/03/2004).

las actividades consideradas tales a través de un listado que incorporaba servicios expresamente excluidos de dicha categoría por los órganos de control de OIT, sino que además, abría la puerta al Ministerio de Trabajo para que éste pudiera, evaluando la “oportunidad” de la medida de fuerza, calificar la esencialidad de la actividad.

#### 8.4. Decisiones emanadas de un órgano independiente

En el plano supranacional se encuentran los ejemplos más acabados de órganos independientes facultados para determinar la esencialidad de un servicio, ya sea en forma casuística, o por vía de revisión normativa (*control de legalidad*<sup>267</sup>).

Me estoy refiriendo, por supuesto, al Comité de Libertad Sindical, órgano de integración tripartita (presidido por una personalidad independiente) en el que confluyen —en partes iguales— las representaciones sindical, empresaria y gubernamental de los Estados miembro, que tiene a su cargo el examen de las quejas por violación de los convenios sobre libertad sindical; y a la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de OIT, organismo técnico a través del cual se lleva a cabo la primera parte del procedimiento de control regular de la aplicación de los convenios y recomendaciones<sup>268</sup>, integrada por expertos de todas las regiones del mundo, de reconocida trayectoria, imparcialidad e independencia.

Ya a nivel nacional, el ejemplo paradigmático viene dado por la *Comissione di Garanzia* prevista en el sistema italiano de relaciones laborales, cuyo modelo ha sido importado por nuestro país, a través del artículo 24 de la ley n° 25.877, y reglamentado su funcionamiento, por el Decreto n° 272/06<sup>269</sup>. La importante tarea llevada a cabo por la comisión, en lo que respecta a la determinación particular de esencialidad del servicio, la administración del conflicto (a través de la intervención en la fijación de servicios mínimos, ejercicio de facultades disciplinarias, etc.) la experiencia adquirida a través de los años, y el respeto que mediante su trayectoria se ha granjeado entre los actores sociales, la han situado en un rol central de la relaciones colectivas de trabajo en Italia<sup>270</sup>.

En Canadá, existen muchas legislaciones provinciales que permiten la intervención de un tercero neutral, con amplias facultades para ayudar a resolver pacíficamente las diferencias que se suscitan en las relaciones laborales, especialmente aquellas que amenazan a sectores juzgados *esenciales* para la economía<sup>271</sup>.

---

<sup>267</sup> MORGADO VALENZUELA, Emilio, *El impacto de las normas internacionales del trabajo sobre el derecho sindical latinoamericano*, en VV.AA., OJEDA AVILÉS, Antonio y ERMIDA URIARTE, Óscar (coord.), *El derecho sindical en América Latina*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1995, p. 321.

<sup>268</sup> VON POTOBOSKY, Geraldo W. y BARTOLOMEI DE LA CRUZ, Héctor G., *La Organización Internacional del Trabajo*, Astrea, Buenos Aires, 1990, p. 100.

<sup>269</sup> B.O. 13/03/2006.

<sup>270</sup> Para profundizar el estudio acerca de las competencias, facultades y casuística de la *Comissione di Garanzia*, vid. GHEZZI, Giorgio y ROMAGNOLI, Umberto, *Il diritto sindacale Il rapporto di lavoro – Aggiornamento 2000*, Zanichelli, Bologna, 2000.

<sup>271</sup> TRUDEAU, Gilles, *Informe del Canadá y de los Estados Unidos*, en VV.AA., MARZAL, Antonio (ed.), *La huelga hoy en el Derecho Social Comparado*, Bosch-ESADE-Facultad de Derecho, Barcelona, 2005, p. 80.

Con relación a nuestro país, todavía no es posible evaluar el funcionamiento de la Comisión de Garantías receptada en la normativa interna. Con una demora inexcusable de —casi exactamente— seis años desde su creación y cuatro desde su reglamentación, el órgano independiente ha sido finalmente integrado y constituido por el Poder Ejecutivo Nacional mediante el artículo 1° del decreto n° 362/2010, adoptado en fecha 15/03/2010 y publicado en el Boletín Oficial tres días después. No obstante, al momento que se escriben estas líneas<sup>272</sup>, la comisión aún no ha comenzado a ejercer sus funciones específicas (artículo 2°, decreto n° 272/06) dado que se encuentra a la espera de que la autoridad de aplicación arbitre las medidas necesarias a los fines de conferirle operatividad efectiva (artículo 4°, decreto 362/10).

### 8.5. Sentencias judiciales

La regulación estatal tendiente a determinar el carácter esencial de un servicio también se expresa a través de las decisiones judiciales. En tales casos, puede ser que el juez cuente con una norma de fondo (cualquiera sea su jerarquía) que le permita analizar el caso llevado a su conocimiento sobre pautas preestablecidas, o que, en ausencia de precisiones normativas, deba construir el concepto de servicio esencial para luego efectuar un *juicio de tipicidad* que le permita incluir o no dicha actividad en esa categoría jurídica.

Resultan ilustrativos los casos de Francia, España y Alemania, donde la regulación del derecho de huelga (y, particularmente, la determinación de esencialidad) es, preponderantemente, materia jurisprudencial.

Entre las ventajas que se le atribuye a la intervención judicial en la determinación de los servicios esenciales se destacan la independencia (*apoliticidad*) e imparcialidad del juez; la *racionalidad* de las sentencias (ya que requieren de una fundamentación jurídica)<sup>273</sup>; la bilateralidad del proceso (que permite el ejercicio del derecho de defensa de las partes en conflicto); y el dinamismo y flexibilidad (adecuación a la realidad)<sup>274</sup> del pronunciamiento judicial.

Del lado contrario, Pérez del Castillo objeta el método de declaración judicial del carácter esencial de un cierto servicio, atento que —a su parecer—, a la elasticidad propia de la noción de servicio esencial se agrega la discrecionalidad amplia del juez, y además, porque es común que esa declaración judicial sobrevenga con la huelga terminada, cuando ciertos daños, quizás irreparables, ya fueron infringidos<sup>275</sup>. También se ha criticado la intervención judicial, por entender que no resulta recomendable involucrar a los jueces en contiendas que se caracterizan por su alto componente pasional y político, lo que terminaría desacreditando el prestigio que caracteriza al Poder Judicial<sup>276</sup>.

---

<sup>272</sup> Marzo de 2010.

<sup>273</sup> KROTOSCHIN, Ernesto, *Tratado...*, cit., p. 203.

<sup>274</sup> ACKERMAN, Mario E., *Reglamentación...*, cit., p. 806.

<sup>275</sup> PÉREZ DEL CASTILLO, Santiago, *El derecho de huelga*, cit., p. 186.

<sup>276</sup> PLA RODRIGUEZ, Américo, *La huelga en los servicios esenciales*, en *Revista Jurídica estudiantil*, n° 2, septiembre de 1988, p. 23; citado por MANTERO ALVAREZ, Ricardo, *Límites...*, cit., p. 191. Del mismo modo se expresa Stroobant, quien sostiene decididamente que la huelga no debe entrar en la competencia de jueces y tribunales (vid. STROOBANT, Maxime, *Informe belga*, cit., p. 167).

Quizás, la demora que —en mayor o menor medida— implica la sustanciación de un procedimiento judicial y la relativa incidencia de las partes en la construcción de la sentencia, sean los puntos más débiles en la opción jurisprudencial para la determinación de los servicios esenciales.

#### 8.6. Autodeterminación sindical

Desde el derecho comparado, encontramos antecedentes de autorregulación sindical (y más precisamente, de determinación autónoma y unilateral de los servicios esenciales) en Alemania e Italia.

Del modelo alemán, pueden ser rescatadas las reglas directrices que emanan del Congreso Fundacional de la central sindical (DGB) de 1949, que contemplaban las modalidades del ejercicio del derecho de huelga que debían adoptarse en las *actividades de interés vital y servicios necesarios*, comprensivas de la producción de alimentos, agua, gas, energía, canalizaciones, salud pública, sepelios, tránsito y minería de carbón, entre otras. Se establecía además, la obligación de todo sindicato confederado, de incluir en sus estatutos normas expresas para la ejecución de los servicios necesarios, bajo pena de considerar su omisión, un acto de indisciplina, lesivo de los intereses sindicales.

Aún hoy se mantiene eficazmente el modelo de autorregulación sindical alemán. En opinión de Moreno Vida, su éxito se debe, probablemente, a la concepción orgánica de la huelga que prevalece en Alemania, ya que la atribución exclusiva de la titularidad de la huelga al sindicato permite que éste pueda ejercer adecuadamente el control de la misma. Pero además hay otras circunstancias —aparte del carácter básicamente restrictivo de la huelga, su vinculación exclusiva a los convenios colectivos y el control judicial— que también han contribuido a evitar una conflictividad excesiva en el ámbito de los servicios esenciales. Entre ellas se destacan, el monopolio sindical existente en Alemania y la escasez de sindicatos minoritarios de tipo corporativo que traten de defender con la huelga intereses específicos propios<sup>277</sup>.

Sobre la experiencia italiana en materia de autorregulación sindical<sup>278</sup> y, en concreto, autodeterminación de la esencialidad del servicio, se destacan: a) el código adoptado por el sindicato unitario ferroviario en 1971, que establecía la obligación asegurar el *mantenimiento del servicio telefónico*; b) las normas de autorregulación del ejercicio del derecho de huelga, dictadas en 1980 por la Federación Unitaria (CGIL-CISL-UIL); y c) el código aprobado por los sindicatos del transporte (1986), que preveía la *abstención del ejercicio del derecho de huelga en determinadas épocas del año* (vacaciones, días festivos, y fines de semana largos)<sup>279</sup>. Ninguno de los instrumentos citados efectuaba una declaración expresa de esencialidad del servicio, sino que postulaban la restricción (o abdicación temporaria) del ejercicio del derecho de huelga, a los fines de preservar el interés de los usuarios, tal y como si se tratara de un servicio esencial en su acepción actual. La imposición de un servicio mínimo de mantenimiento de la prestación o la lisa y llana abstención del ejercicio del derecho de huelga en determinadas circunstancias, importaban de tal modo, la voluntad sindical de garantizar la continuidad de la actividad en razón de su esencialidad.

---

<sup>277</sup> MORENO VIDA, María N., *La huelga...*, cit., p. 38.

<sup>278</sup> Cfr. BALLESTRERO, Maria V., *Diritto Sindacale*, Giapichelli Editore, Torino, 2004, p. 314/5.

<sup>279</sup> CARO FIGUEROA, Luis A., *El derecho de huelga en Italia*, DT, 1989-A, p. 561.

A diferencia de lo sucedido en Alemania, las prácticas de autorregulación sindical unilateral en Italia no dieron buenos resultados y culminaron en el año 1990<sup>280</sup>, en un clima de alta conflictividad en el sector terciario y falta de apego de los sindicatos pequeños a las reglas contenidas en los códigos elaborados por las centrales<sup>281</sup>. Dicho fracaso también puede ser atribuido a la eficacia parcial de los códigos (limitada sólo hacia los trabajadores afiliados), en razón de la titularidad individual que ostenta el derecho de huelga en Italia.

Puede deducirse de acuerdo a las prácticas reseñadas supra (y los resultados de aquellas), que la opción en favor de la autorregulación sindical en materia de huelga, entendida ésta como la facultad de la organización gremial de sujetar el ejercicio del derecho a reglas establecidas unilateral y autónomamente, se encuentra íntimamente vinculada con la titularidad del derecho, sea que ésta se encuentre reconocida al sindicato con exclusividad, a los trabajadores en general o a ambos simultáneamente. En consecuencia, y aún a riesgo de afectar la metodología utilizada hasta aquí, se plantea, en un breve paréntesis, la problemática que atañe a la titularidad del ejercicio del derecho de huelga y su imbricación con las prácticas de autorregulación. Veamos.

#### *a) Titularidad sindical del derecho de huelga*

La autodeterminación sindical de los servicios esenciales es una forma de restricción unilateral espontánea del ejercicio del derecho de huelga que deriva, normalmente, en la adopción de normas de conducta destinadas a garantizar el mantenimiento de una actividad productiva dada, en orden a su naturaleza inaplazable.

Dicha calificación podría derivar incluso, en la prohibición del ejercicio del derecho, si el sistema jurídico respectivo previera dicha solución en determinados servicios (aquellos denominados esenciales en sentido estricto, según OIT).

Por consiguiente, la conducta autolimitativa del sindicato, consistente en determinar la esencialidad de un servicio, se presenta como condicionante del ejercicio de un derecho fundamental, que a la sazón, importa la herramienta más importante con la que cuentan los trabajadores para la defensa de sus derechos e intereses.

Desde esta línea de análisis, la posibilidad de que la organización colectiva *formal* disponga del derecho de huelga es excepcional y circunscripta a hipótesis determinadas (aunque más no sea, y a defecto de norma expresa, derivadas de una interpretación coherente del texto constitucional) y extraordinarias (sólo cuando la vigencia de otros derechos fundamentales se encuentra en riesgo). Ello no presenta inconvenientes cuando el sindicato es el titular del derecho de huelga (concepción

---

<sup>280</sup> En este año, el Estado italiano asumió la regulación jurídica del ejercicio de la huelga a través de la ley n° 146, que constituyó el primer intento de disciplinarla, de acuerdo al precepto contenido en el artículo 40 de la constitución de ese país.

<sup>281</sup> En opinión de Pilati, la presencia consistente de sindicatos autónomos y organizaciones espontáneas de trabajadores en el ámbito de los servicios esenciales, dejó en evidencia la debilidad intrínseca de las normas de autoreglamentación del ejercicio del derecho de huelga, elaboradas por las organizaciones sindicales confederadas (PILATI, Andrea, *Il conflitto collettivo nei servizi essenziali*, en VV.AA., *Diritto del lavoro. Commentario diretto da Franco Carinci*, T. I, *Le fonti. Il diritto sindacale*, 2° edición, UTET, Torino, 2007, p. 626).

orgánica<sup>282</sup>) y la disposición se efectúa en forma libre y espontánea, en representación de un interés colectivo que expresa a su vez y en cierta medida, el interés general.

Quiero decir, es el propio sujeto sindical *institucionalizado* quien abdica total o parcialmente del ejercicio de un derecho que le es reconocido a él con exclusividad, en función de garantizar la tutela de otros derechos fundamentales constitucionalmente protegidos. La renuncia en tal caso, será válida sólo en la medida que sirva a esos fines, debiendo ser restrictiva la ponderación que se efectúe en tal sentido, atento que, en principio, la naturaleza fundamental del derecho de huelga implica, tal como se ha explicado oportunamente<sup>283</sup>, su indisponibilidad activa, y dicho carácter sólo puede ser afectado en las circunstancias excepcionales ya expuestas.

Por lo de-ás, la eficacia de la decisión unilateral del sindicato de restringir el ejercicio de la huelga en determinados servicios y/o en determinadas circunstancias, dependerá de la estructura sindical adoptada por el ordenamiento respectivo, de suerte que, comprenderá a todos sus representados en aquellos modelos de regulación de sindicato único (más representativo), o sólo a sus afiliados, en los sistemas de pluralidad sindical.

#### *b) Titularidad individual del derecho de huelga*

Distinta es la situación cuando la titularidad del derecho no le es reconocida al sujeto colectivo, sino al trabajador en forma individual, de modo tal que éste cuenta con la aptitud necesaria para activar la huelga y participar en ella (ejercicio que deberá efectivizarse, ineludiblemente, de manera colectiva), pero sin necesidad de cobertura sindical. Es decir, la titularidad individual no significa —va de suyo— que un trabajador aislado puede decretar la huelga y ejercerla individualmente, sino que un grupo de trabajadores, no requiere de la intervención de una asociación sindical jurídicamente organizada para llevar a cabo la medida; basta para ello, la existencia de una mera coalición (incluso temporaria) de trabajadores.

En tal hipótesis, el sindicato carece de legitimación activa para disponer de un derecho reconocido al trabajador exclusivamente; esto es, la autodisciplina sindical pura, no podría afectar derechos de terceros. Hay, en tal caso, una natural indisponibilidad jurídica del sindicato, sobre derechos cuya representación no ostenta.

Resulta indiferente, además, la calidad de afiliado o representado del trabajador, ya que, sea como fuere, la representación del sindicato no alcanza los derechos individuales de aquél (salvo en los sistemas que le atribuyen al sindicato, también, la representación de los derechos individuales de sus afiliados<sup>284</sup>).

En consecuencia, la determinación estatutaria de servicios esenciales, o de mecanismos de determinación de la esencialidad (o cualquier regla que tenga por objeto

---

<sup>282</sup> En Gran Bretaña, por ejemplo, la medida de fuerza que se convoca y lleva a cabo sin la intervención del sindicato (Trade Union) es considerada una “huelga salvaje” o “no oficial” y deriva en la extinción del contrato de trabajo (vid. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Roberto, *Los servicios esenciales...*, cit., p. 52/53). Lo mismo sucede en Alemania, donde la huelga desarrollada al margen de la organización sindical es considerada “socialmente inadecuada”.

<sup>283</sup> Vid. apartado 4.4.2.1.

<sup>284</sup> Si la conformidad del trabajador a los fines de que el sindicato represente sus derechos individuales se presume, no sería necesaria su conformidad previa y expresa; de lo contrario, el mandato quedará sujeto al consentimiento del trabajador manifestado en cada caso puntual.

limitar el ejercicio del derecho de huelga), no tendría pues, más virtualidad que la de constituir una obligación asumida por el sindicato respecto de determinadas reglas de comportamiento, cuya violación podría originar la exigencia de responsabilidad civil<sup>285</sup>, pero no resultaría vinculante respecto de sus afiliados o representados. Para que dichas pautas puedan serle exigibles a los trabajadores, éstos deberían plasmar su conformidad individual y expresa con la autorreglamentación adoptada por el sindicato.

Incluso en Italia —según ya se ha dicho— hay experiencias de autorregulación sindical; empero, la titularidad del derecho de huelga es individual. Por consiguiente, los sindicatos no pueden disponer de este derecho, privativo de los asalariados. Sin embargo, si ello ocurre (ya sea en forma unilateral o negociada con la representación empresarial), tales disposiciones sólo son vinculantes para la organización sindical. De modo tal que, una huelga decidida por los trabajadores, omitiendo requisitos (preaviso) o procedimientos (conciliación) previos decididos por el sindicato, es, en principio, una *huelga lícita*<sup>286</sup>.

#### *c) Titularidad mixta del derecho de huelga*

En algunos sistemas<sup>287</sup>, la titularidad del derecho de huelga recae sobre el sindicato y los trabajadores, en forma indistinta.

Desde mi punto de vista, el reconocimiento del derecho hacia ambos sujetos (colectivo e individual) no podría implicar la posibilidad de cercenamiento de aquél por parte de uno sólo de éstos.

En consecuencia, la validez de una decisión de autodeterminación de la esencialidad del servicio debería contar con el concurso y consentimiento de ambas partes. De lo contrario, esa decisión no sería oponible hacia el sindicato, si surgiere de la voluntad exclusiva de los trabajadores; ni a éstos, si aquella hubiere sido adoptada por el sindicato con prescindencia de los mismos.

Sea como fuere, la problemática que aquí se aborda, relativa a la aptitud jurídica del sindicato para determinar la esencialidad del servicio, y por tanto, restringir autónoma y unilateralmente el ejercicio del derecho de huelga de los trabajadores (o viceversa), no escapa a las consideraciones generales acerca de la titularidad del derecho, en orden a su estructura particular, de contenido dinámico y plural.

#### *d) Titularidad diferenciada del derecho de huelga*

En efecto, más allá del rol (necesario o prescindente) que el ordenamiento le asigne al sindicato en la gestión del conflicto, suele plantearse de modo más general y de acuerdo a una *formulación clásica*<sup>288</sup>, una suerte de descomposición del derecho en virtud de la cual la titularidad del derecho reside en el trabajador, mientras que su ejercicio es colectivo. Por consiguiente, el trabajador retiene para sí la decisión de

---

<sup>285</sup> BAYLOS GRAU, Antonio, *Derecho de huelga...*, cit., p. 144.

<sup>286</sup> Cfr. BALLESTRERO, María V., *Informe italiano*, cit., p. 176.

<sup>287</sup> En América Latina, tal es el caso de Honduras, Panamá, Colombia, Guatemala, México y Argentina (cfr. VAN DER LAAT, Bernardo, *Conflictos colectivos, huelga y paro patronal*, en VV.AA., OJEDA AVILÉS, Antonio y ERMIDA URIARTE, Óscar (coord.), *El derecho sindical...*, cit., p. 233).

<sup>288</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel, *Derecho...*, cit., p. 582.

participar (o no) de la huelga, pero si decide hacerlo, deberá ajustarse a las reglas de ejercicio del derecho que dispone el sindicato, ya que éste es el órgano encargado de declarar y administrar la medida de fuerza.

Es claro que, en un sistema de relaciones laborales democrático, el trabajador es quien decide su adhesión a una huelga; manifestación ésta, de la más acabada libertad sindical en el plano individual y en su faz negativa. Tampoco hay dudas acerca del dato colectivo que caracteriza a la huelga, en tanto la misma surge de una decisión concertada entre un grupo de trabajadores.

Lo que, a mi juicio, resulta imprecisa, es la identificación que tradicionalmente se ha efectuado entre la libertad del trabajador de decidir si secunda o no una huelga, y la titularidad del derecho. Quiero decir, el reconocimiento y aceptación de la voluntad del trabajador de participar o no en una huelga, no implica necesariamente que éste sea el titular de ese derecho; con más razón si tenemos en cuenta que el trabajador (considerado aisladamente) no tiene, en atención a la naturaleza de la huelga, capacidad para decretar él mismo la huelga (o en otras palabras, activar el derecho para su posterior ejercicio).

En tal sentido, y para poner de resalto la insatisfacción conceptual de la fórmula clásica, Palomeque López ha invertido los términos del binomio, llegando a proponer que el derecho de huelga es, más bien, de titularidad colectiva y de ejercicio individual, porque un trabajador individual no puede convocar una huelga, ni tampoco un sindicato puede abstenerse de acudir al trabajo<sup>289</sup>. En otras palabras, pero con análogos fundamentos, Romagnoli interpela la formulación tradicional, concluyendo que, quizás, la huelga se ha convertido en un derecho colectivo de ejercicio individual; un poco porque la verdadera o presunta titularidad individual del derecho no impide que los sujetos colectivos dispongan de él, fijando los límites incluso sustanciales a su ejercicio, y un poco porque la obligación de preaviso ante la convocatoria a la huelga por parte del sindicato, se ha constituido en un requisito de legitimidad de la abstención individual de trabajo<sup>290</sup>.

Más aún, y ya en el plano de los servicios esenciales, cabría preguntarse en qué medida puede sostenerse que el trabajador conserva la titularidad del derecho, entendida ésta como la posibilidad de adherir o no a la huelga, cuando se deja en manos del sindicato la facultad de administrar el ejercicio del derecho a través de la autoimposición de servicios mínimos, lo que implicará necesariamente, que un grupo determinado de trabajadores permanezca en sus puestos de trabajo. ¿Podría el sindicato, en tal caso, impedir que esos trabajadores participen efectivamente de la huelga? Si la respuesta es afirmativa, cabría colegir que la titularidad individual (aún desde la identificación de ésta con la potestad individual de adhesión a la medida) no es tal, o que, por lo menos, es relativa y condicionada a la decisión del sujeto colectivo.

El problema parece solucionarse partiendo de la perspectiva que vislumbra en el derecho de huelga un *contenido esencial complejo*, en el sentido de que la titularidad de aquél habrá de depender de cuál sea el singular derecho que integra el contenido (plural ciertamente) del mismo, por lo que es preferible hablar de una *titularidad diferenciada*

---

<sup>289</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel, *Derecho...*, cit., p. 582.

<sup>290</sup> ROMAGNOLI, Umberto, *La desindustrialización de los conflictos de trabajo*, en *Trabajadores y sindicato*, Fundación Sindical de Estudios, GPS, Madrid, 2006, p. 149.



del derecho en función de su propio contenido<sup>291</sup>. Así pues, el contenido colectivo del derecho de huelga se expresa en facultades colectivas de su ejercicio, tales como su convocatoria, la elección de sus modalidades, la adopción de medidas que tengan por objeto el desarrollo de la huelga, y la desconvocatoria de la misma; mientras que el contenido individual del derecho se refiere a la actitud del trabajador singular ante una huelga ya convocada, y comprende las facultades de adhesión y participación en las acciones de desarrollo de la huelga<sup>292</sup>.

En similar sentido se pronuncia Ramírez Bosco, para quien, el derecho de declaración de la huelga es un derecho colectivo; mientras que el derecho de hacer o no hacer la huelga, es un derecho individual de cada trabajador<sup>293</sup>.

Por último, merece destacarse la tesis de Mugnolo, quien también participa de esta concepción compleja del contenido del derecho de huelga. Para este autor conviene referir, más bien, a *componentes de las facultades del derecho de huelga*, los cuales se manifestarán al momento mismo de su ejercicio. Desde tal premisa, identifica en la convocatoria a la huelga el primer componente de las facultades que hacen al ejercicio del derecho. El segundo componente estaría dado por la facultad de adhesión a la medida, cuyo ejercicio es de carácter individual. Luego, un tercer componente que se constituye a través de la exteriorización del conflicto que precisa de ambos sujetos (colectivo e individual); y finalmente, un cuarto componente corporizado a través de la desconvocatoria de la huelga, cuya determinación es efectuada por el sujeto colectivo<sup>294</sup>.

#### 8.7. Regulación negociada (autónoma o mixta)

La posibilidad de intervención conjunta de las partes (representaciones sindical y empresaria) en la función determinativa de esencialidad del servicio, puede darse en forma autónoma, a través de mecanismos de negociación colectiva, o mixta, con la participación de un órgano administrativo externo, que puede —o no— ser de origen gubernamental (en éste último caso, se trataría de una instancia de *concertación social*<sup>295</sup>).

No son aisladas las experiencias de reglamentación del ejercicio del derecho de huelga en los servicios esenciales a través de procedimientos o mecanismos especiales encaminados a administrar el conflicto y minorizar sus efectos, pactados entre las partes en la negociación colectiva (incluso en el nivel de la empresa) o en ámbitos tripartitos de diálogo social<sup>296</sup>.

---

<sup>291</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel C., *Ámbito subjetivo y titularidad del derecho de huelga*, en VV.AA., BAYLOS GRAU, Antonio (coord.), *Estudios sobre la huelga*, Bomarzo, Albacete, 2005, p. 15.

<sup>292</sup> Cfr. PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel C., *Ámbito subjetivo...*, cit., p. 16/17.

<sup>293</sup> RAMÍREZ BOSCO, Luis, *Derecho de huelga*, Hammurabi, Buenos Aires, 1991, p. 41.

<sup>294</sup> MUGNOLO, Juan P., *Titularidad del derecho de huelga*, RDL, n° 7, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2008, p. 580.

<sup>295</sup> GARCÍA ARCE, María C., *Diálogo social sobre formación profesional en España*, Aportes para el diálogo social y la formación, n° 9, OIT, Cinterfor, Montevideo, 2002, p. 18.

<sup>296</sup> Se utiliza el término diálogo social en su concepción genérica, comprensiva de la concertación social, para designar las instancias de negociación y consulta en las que participa un tercero ajeno a las partes, circunscriptas —en este caso— a la determinación de los servicios esenciales. Sobre la distinción entre

En el plano de derecho comparado pueden encontrarse prácticas de regulación negociada por las partes (propias de los modelos de sindicalismo participativo basados en lo que Supiot denomina, *paradigma social y democrático*<sup>297</sup>) en los países nórdicos de Europa tales como Suecia, Holanda y Bélgica.

Son infrecuentes, en cambio, los supuestos de determinación expresa y apriorística de la esencialidad del servicio en dichas instancias.

Dicho esto, hay que advertir, empero, que en ocasiones las partes proceden *como si* se tratara de un servicio esencial, a través de la imposición de determinadas modalidades negociadas del ejercicio del derecho de huelga (plazos de preaviso, fijación de servicios mínimos, información a terceros, etc.) pero sin efectuar, expresamente, tal calificación<sup>298</sup>. Vale decir, que aún en ausencia de calificación expresa, se determina la esencialidad mediante una regulación convencional más restrictiva del ejercicio del derecho, análoga a aquella que se reserva para los casos de excepción que suponen los servicios esenciales. En general, ello sucede en casos donde la esencialidad del servicio resulta sobreviniente a la huelga, en atención a la extensión o duración del conflicto, ya sea mediante contactos directos entre las partes o en sede administrativa, durante procedimientos de mediación o conciliación.

Va de suyo que la eficacia de tales acuerdos será limitada a los trabajadores afiliados a la organización sindical contratante, cuando el ordenamiento no le asigne efectos *erga omnes* al convenio; en caso contrario, la eficacia será general y alcanzará a todos los trabajadores involucrados en la prestación del servicio, independientemente del dato afiliativo.

Otra forma de participación cierta de los actores sociales en la determinación de los servicios esenciales, pero a nivel transnacional, viene dada a través de la integración por parte de las representaciones sindical y empresaria (junto con las representaciones gubernamentales), en el CLS de OIT, cuya tarea jurisdiccional es variada y profusa en este aspecto.

---

diálogo social, concertación social y negociación colectiva, vid. GARCÍA, Héctor O., *Tripartismos e institucionalización del diálogo social en la Argentina y el Mercosur*, DT, 2004-A, p. 478/9.

<sup>297</sup> El *paradigma social* en su variante democrática supone la integración del conflicto a la vida de las comunidades organizadas. Se trata de un modelo comunitario que reconoce los derechos colectivos y se caracteriza por el monopolio sindical de la huelga, la igualdad de armas, el principio de lealtad y el deber de paz. Se distingue del *paradigma económico*, en el que los conflictos de trabajo se configuran en un sistema de relaciones industriales determinado por las fuerzas del mercado; y del *paradigma político*, que concibe al conflicto de trabajo como la expresión de libertades públicas ejercidas por los trabajadores como contrapeso al poder del empresario, con la finalidad de restaurar una relación de igualdad en la relación de trabajo subordinado (vid. SUPIOT, Alain, *Informe de síntesis*, en VV.AA., MARZAL, Antonio (ed.), *La huelga hoy en el Derecho Social Comparado*, Bosch-ESADE-Facultad de Derecho, Barcelona, 2005, p. 275 y ss.).

<sup>298</sup> Mediante acuerdo de fecha 20/02/2009 (homologado por la autoridad de aplicación) la empresa Telefónica de Argentina S.A. y FOETRA Sindicato Buenos Aires, convinieron que en aquellos servicios de interés común de las partes, tales como “finanzas”, “logística”, “cobranzas” y “liquidación de haberes”, deberá garantizarse el mantenimiento de los niveles mínimos de prestación “atendiendo la satisfacción de los clientes”, aún en caso de huelga. A esos fines, las partes acordaron que deberán establecerse “las guardias mínimas que se consideren pertinentes”. No obstante, y conforme se explica más adelante, el servicio telefónico no es considerado servicio esencial en el ordenamiento nacional argentino, ni los sectores individualizados por las partes integran la categoría de servicios de seguridad y mantenimiento. Por tanto, desde una u otra perspectiva, la imposición de servicios mínimos (en cuanto afectación al ejercicio del derecho de huelga) importa una extralimitación de las partes, que se aparta de la normativa vigente.

También se podría pensar en prácticas de intervención indirecta y no vinculante por parte de los actores sociales en la identificación concreta de los servicios esenciales, a través de mecanismos de consulta previos a la adopción de un texto normativo; o en la participación de las partes, también accesoria, en la calificación sobreviniente del servicio en ámbitos jurisdiccionales (no judiciales).

Como sea, todas estas formas de intervención autónoma en la determinación esencial del servicio, se encuentran condicionadas en cuanto a su viabilidad y eficacia, al reconocimiento de la titularidad colectiva del derecho de huelga.

En efecto, la autodeterminación de la esencialidad de un servicio encuentra limitaciones derivadas de la configuración jurídica del derecho (la titularidad individual a la que ya se ha aludido con anterioridad). No obstante —rescata Baylos— al suponer la conciliación autónoma de los intereses públicos en juego, constituye un punto de referencia obligado para el control de decisiones restrictivas del ejercicio del derecho de huelga, fundamentalmente por la vía de designación gubernativa de servicios mínimos<sup>299</sup>.

### 8.8. Nota final

Sin perjuicio del breve análisis efectuado supra acerca de las diversas fuentes de determinación de la esencialidad de la actividad, hay que tener presente que cuando se tratare de un Estado miembro de la OIT, la tarea del intérprete final (cualquiera sea éste) deberá encuadrarse dentro de los lineamientos que a tal efecto han trazado los órganos de control de dicha organización, a través de sus recomendaciones y decisiones en materia de servicios esenciales.

Ello así, atento que los pronunciamientos de los mentados órganos de control (CEACR y CLS) constituyen la *interpretación auténtica* de los convenios de OIT (sobre el tema que nos ocupa, el Convenio 87) en tanto no exista pronunciamiento en contrario por parte de la Corte Internacional de Justicia<sup>300</sup>, y condiciona en consecuencia, la actividad reglamentaria en el orden positivo interno de cada país<sup>301</sup>.

---

<sup>299</sup> BAYLOS GRAU, Antonio, *Derecho de huelga...*, cit., p. 145/6.

<sup>300</sup> La cuestión de la interpretación definitiva de las disposiciones de un convenio de la OIT está prevista en la propia Constitución de la Organización (artículo 37, párrafo 1), que atribuye esta función a la Corte Internacional de Justicia. Pero en toda la historia de la OIT, este artículo fue aplicado una sola vez. Por lo pronto, según lo establece la misma Comisión de Expertos, aún cuando conforme su mandato no le incumbe a ella dar una interpretación definitiva de los convenios, su función implica examinar el significado de ciertos artículos de aquellos, determinar su alcance jurídico y expresar su parecer al respecto. En consecuencia —continúa diciendo la Comisión en su Informe del año 1991, Primera Parte, párrafo 11—, mientras la Corte Internacional de Justicia no contradiga los puntos de vista de la Comisión, éstos serán válidos y generalmente reconocidos. En tal sentido, la Comisión estima que la aceptación de estas consideraciones es indispensable a la propia existencia del principio de legalidad y, por consiguiente, de la seguridad jurídica necesaria al buen funcionamiento de la Organización Internacional del Trabajo (VON POTOBSKY, Geraldo, *La jurisprudencia de los órganos de control de los instrumentos internacionales — el caso del Convenio n° 87 de la OIT sobre la libertad sindical*, DT, 2006-B, p. 1091). En otras palabras, se puede considerar que a partir del momento en que los Estados no hacen uso de la posibilidad prevista por la Constitución de la OIT de recurrir a la Corte Internacional de Justicia con fines interpretativos, están aceptando de manera tácita la interpretación de los convenios ofrecida por los órganos de control de la OIT (BEAUDONNET, Xavier, *La utilización de las fuentes universales del derecho internacional del trabajo por los tribunales nacionales*, DT, 2006-B, p. 961)

<sup>301</sup> A nivel internacional, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sustentó su fundamentación en las conclusiones concordantes del Comité de Libertad Sindical, para condenar a los estados de Panamá

En tal sentido, resulta indiferente que el Estado en cuestión hubiera (o no) ratificado el Convenio n° 87 de OIT sobre Libertad Sindical, por cuanto, desde la *Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo*, producida por la misma OIT en el año 1998 —que precisamente, reconoce el *status* fundamental de la libertad sindical— todos los miembros de la organización se encuentran comprometidos a asegurar su vigencia y aplicación en los respectivos ordenamientos nacionales, por la *simple pertenencia*<sup>302</sup> a aquella.

## 9. Diferencia entre servicios esenciales y servicios públicos

El carácter esencial de un servicio se deriva, tal como se ha venido diciendo, de su funcionalidad específica, en orden a garantizar la tutela de necesidades que resultan vitales para las personas, y en razón de ello, se sobreponen al derecho de huelga, reclamando cuanto menos, la moderación de sus efectos.

En efecto, aquellas necesidades de la población (salud, vida y seguridad) requieren satisfacción a través de determinadas prestaciones que no consienten interrupción alguna; por tanto, la esencialidad, en estos términos, implica una afectación evidente al ejercicio del derecho de huelga, ya que en ningún caso, la perturbación de la organización productiva podrá derivar en la parálisis total de la actividad.

La razón de ser, entonces, de la calificación *esencial* de un servicio, se encuentra revestida de una *laboralidad* propia, que se verifica en el conflicto colectivo de trabajo exclusivamente, y que, por esa razón, se distingue de otras categorías jurídicas que pueden estar de algún modo relacionadas con aquella, pero que sirven a fines diferentes.

En otras palabras, el término *servicio esencial* es una construcción específica del Derecho del Trabajo que no admite analogías con otros institutos, aún cuando estos presenten algunas facetas que resultan comunes a aquél.

Tal es el caso de los *servicios públicos*, cuya noción y desarrollo conceptual corresponde más bien al Derecho Administrativo. De acuerdo a esta rama del derecho, los servicios públicos son aquellos que satisfacen fines públicos. Siguiendo a Fiorini, el fin público *sobreentiende* la existencia de un interés público; aquél expresa una relación lógica siempre genérica e incondicionada, mientras que éste es su contenido (objeto o bien determinable) que sufre *reacondicionamientos* manifestándose en diversas formas y sobre bienes distintos<sup>303</sup>.

---

y Perú, respectivamente, en los renombrados fallos “*Baena, Ricardo y otros vs. Panamá*”, de fecha 02/02/2001 y “*Huilca Tecse vs. Perú*”, de fecha 03/03/2005.

<sup>302</sup> RODRIGUEZ MANCINI, Jorge, *Derechos fundamentales y relaciones laborales*, Astrea, Buenos Aires, 2004, p. 300. Tal como sostiene este autor, las bases mismas de la constitución de la OIT conllevan la adhesión a los principios y derechos fundamentales de la persona que trabaja. Ello implica la obligación, por parte de los Estados miembros, de “respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales” que están contenidos en los principales convenios de la OIT, a saber: libertad de asociación, libertad sindical y reconocimiento efectivo de la negociación colectiva; eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; abolición efectiva del trabajo infantil; y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

<sup>303</sup> FIORINI, Bartolomé A., *Teoría jurídica del acto administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1976, p. 71.

En la *noción tradicional*<sup>304</sup> de servicio público, se presentaba a la administración pública como elemento que integraba aquella, dado que ésta tenía a su cargo, precisamente, la prestación regular del servicio. Sino a través de la prestación directa, la presencia del Estado, traducida en el aseguramiento, regulación y control del servicio público, encontraba su fundamento en la necesaria continuidad del mismo, dada la importancia de tales actividades para la toda la colectividad. De modo tal que, presencia estatal y continuidad de la actividad, caracterizaban el servicio público y condicionaban, lógicamente, el derecho de huelga.

Sin embargo, aquella característica variable y evolutiva, propia del interés público cuya satisfacción persigue el servicio público, ha derivado, en la actualidad, en una decisiva mutación del papel del Estado, verificada en la *aceleración vertiginosa*<sup>305</sup> de su intervención en los diversos ordenes de la vida social, resultando por tanto, inadecuada la noción del servicio público, respecto de actividades realizadas por la administración en ciertos aspectos de los planos económicos (vgr. promoción de la actividad productiva privada), sociales y culturales. Hay, en consecuencia, una amplia y variada gama de actividades que, si bien expresan un interés público, no revisten trascendencia tal que impida la suspensión de su prestación, ya que no satisfacen necesidades permanentes e impostergables de la comunidad, aunque son asumidas por el Estado, incluso por fuera del régimen jurídico administrativo.

En esa línea y a modo de ejemplo, Corte refiere a actividades de recreación y cultura, tales como los servicios que presta la orquesta sinfónica nacional, los museos nacionales o el jardín zoológico<sup>306</sup>; a los que podrían agregarse los servicios de botánica en plazas y espacios públicos o los de radio y televisión nacional, entre otros. Es evidente que, el interés público que cada una de esas actividades satisface, no tiene la aptitud excepcional, tópica y necesaria para someter el ejercicio del derecho de huelga, desde la perspectiva propia de la esencialidad del servicio, en términos laborales.

Paradójicamente, la prestación de servicios públicos más relevantes (o *puros*, según el término acuñado por Torrente Gari<sup>307</sup>) ha sido, en menor o mayor grado —de acuerdo a las distintas realidades nacionales— transferida al sector privado, aún cuando la administración mantiene, también con diversa intensidad conforme las respectivas regulaciones, el control y la fiscalización de los mismos. En Argentina (así como en gran parte de los países de América Latina) la traslación de los servicios públicos desde la esfera pública hacia la privada ha formado parte de una estrategia concreta que, coherente con los postulados ideológicos de soporte del sistema neoliberal instaurado decididamente en la década de los `90, fincaba, entre otros aspectos, en la privatización de lo social. Es más, en la autorizada opinión de Castel<sup>308</sup>, el derrumbe de la Argentina en el 2001, encuentra su causa, en gran medida, en la privatización completa de los servicios públicos.

---

<sup>304</sup> HAURIUO, Maurice, *Précis de Droit Administratif*, 9ª edición, Paris, 1919, p. 44; citado por GORDILLO, Agustín A., *Tratado de Derecho Administrativo*, parte general, T. 2, Ediciones Macchi, Buenos Aires, 1980, p. XIII-2.

<sup>305</sup> BAYLOS GRAU, Antonio, *Derecho de huelga...*, cit., p. 90.

<sup>306</sup> CORTE, Néstor T., *Regulación de la huelga...*, cit., p. 114.

<sup>307</sup> TORRENTE GARI, Susana, *El ejercicio del derecho de huelga...*, cit., p. 179.

<sup>308</sup> Cfr. CASTEL, Robert, *La inseguridad social ¿qué es estar protegido?*, Manantial, Buenos Aires., 2004, p. 87/88.

En resumidas cuentas, desechada la configuración de servicio público en razón del ente (público o privado) encargado de su prestación y desestimada también, la necesaria continuidad del servicio como dato característico de dicha noción, concluimos que pueden existir servicios esenciales que no entran en la categoría de *públicos*, y a la inversa, servicios públicos que no pueden ser considerados *esenciales*.

Coincido con Ojeda Avilés, en cuanto a que, sencillamente, se trata de conceptos que *operan a niveles distintos*<sup>309</sup>, y que por lo tanto, rechazan una equivalencia genérica. Dicho de otro modo, la naturaleza pública de un servicio no determina su esencialidad, ni la calificación esencial implica la presencia de un servicio público. La relación entre ambos conceptos tiene más que ver con una noción clásica de servicio público, ya abandonada en la mayoría de las regulaciones nacionales, y rechazada también, por la moderna doctrina iuslaboralista.

En la excepción se ubica Francia, cuyo modelo de regulación restringe — precisamente y en contra de lo expuesto— el ejercicio del derecho de huelga en los servicios públicos, sean éstos esenciales o no. Se trata de una normativa (Ley n° 63-777, del 31 de julio de 1963, actualmente recogida en los artículos L521-2 L521-6 del *Code du Travail*) aplicable a todos los servicios públicos —con independencia del ente que los preste, de la naturaleza jurídica del vínculo entre dichos entes y sus trabajadores, y de la calidad esencial del servicio—, cuyo objeto reside en proteger a los usuarios de los servicios públicos frente a la huelga, a través de técnicas de limitación, restricción y procedimentalización de su ejercicio<sup>310</sup>.

## **10. Diferencia entre servicios esenciales y servicios de seguridad y mantenimiento**

Existe, también, cierto paralelismo entre los servicios esenciales y los denominados *servicios de seguridad y mantenimiento*, ya que ambos conceptos admiten el establecimiento de servicios mínimos y condicionan, por tanto, el ejercicio del derecho de huelga.

En el caso de los servicios esenciales, los *servicios mínimos de funcionamiento* (o *de prestación*) constituyen una técnica posible de mantenimiento de la actividad productiva (al menos en parte), en orden a garantizar la vigencia de determinados derechos fundamentales que aquellos satisfacen (siempre y cuando, claro está, la regulación nacional no prohíba el ejercicio del derecho de huelga en tales circunstancias).

Los servicios de seguridad y mantenimiento, de su lado, requieren de servicios mínimos, pero éstos tienen por finalidad, la protección de las instalaciones y los bienes de la empresa. Con mayor precisión, podría incluso, distinguirse entre servicios de

---

<sup>309</sup> OJEDA AVILÉS, Antonio, *Derecho...*, cit., p. 481.

<sup>310</sup> Sin embargo —advierte Moreno Vida—, en los últimos años se están produciendo nuevos debates acerca de los contornos exactos de la noción de servicio público. Dicha cuestión se plantea especialmente como consecuencia de los procesos de externalización de las empresas públicas y la introducción de la concurrencia en estos sectores. Por un lado, en relación con los procesos de externalización, se ha puesto de manifiesto que los empleadores buscan la aplicación al personal de las empresas s5bcontratistas d% las re'las propias de ,a huelg! en los servicios públicos. Por otro lado, la ruptura de los monopolios, los procesos de privatización y la introducción de las reglas de la concurrencia en sectores como el transporte aéreo, el sector eléctrico o el sector de telecomunicaciones, han planteado igualmente hasta dónde alcanza el servicio público en general y en el sentido de la ley de 1963 (MORENO VIDA, María N., *La huelga...*, cit., p. 56/57).

seguridad, que requerirían de *servicios mínimos de vigilancia*, y servicios de mantenimiento, que abrirían el paso a *servicios (también mínimos) de conservación*.

Vale decir, ahora en términos generales, que la diferencia nuclear entre ambos conceptos radica en que unos sirven a la tutela de derechos fundamentales; mientras que los otros, son —principalmente— necesarios para la protección del derecho de propiedad del empresario.

Desde otra óptica, los servicios de mantenimiento y seguridad de los bienes de la empresa, a través de la imposición de servicios mínimos, se encuentran destinados a garantizar la integridad de los trabajadores mediante la conservación de los elementos y las herramientas de trabajo sobre las cuales aquellos deberán operar al cese de la huelga y posterior reanudación del ciclo productivo. Se relacionan, también, con el resguardo de la capacidad productiva de la empresa ante los efectos de la huelga y, en menor medida, con el derecho al trabajo de los no huelguistas.

Otro criterio de distinción está relacionado con la naturaleza productiva o no de los servicios a mantener. Así, contrasta el carácter productivo de las prestaciones esenciales con el carácter generalmente no productivo de los servicios de mantenimiento y seguridad<sup>311</sup>.

De acuerdo a lo expuesto, se colige que se pueden declarar servicios de mantenimiento y seguridad en supuestos de servicios no esenciales; o bien en estos supuestos establecer unos servicios mínimos pero que no comprendan la seguridad y mantenimiento de las instalaciones; o por el contrario, en supuestos de servicios esenciales declarar unos servicios mínimos que comprendan, además, la seguridad y/o el mantenimiento de las instalaciones de la empresa<sup>312</sup>.

En general, la mayoría de los ordenamientos nacionales admiten el establecimiento de servicios mínimos a los fines de garantizar el mantenimiento y la seguridad de los bienes y las instalaciones de la empresa durante el desarrollo de una huelga.

De todos modos, son escasas las regulaciones heterónomas que han abordado este tema (más abajo se mencionan algunas experiencias comparadas). Más bien, la cuestión ha sido encarada a través de la autonomía colectiva; solución ésta que luce adecuada ya que, los servicios de mantenimiento y seguridad se encuentran directa y casi exclusivamente relacionados con los derechos de las partes involucradas en el conflicto, siendo muy relativa la proyección sobre intereses de terceros (contrariamente a los que sucede en el campo de los servicios esenciales).

En el ámbito internacional, la OIT acepta tal restricción al ejercicio del derecho de huelga. En efecto, al resolver el caso originado por una queja presentada por organizaciones empresarias contra el Gobierno de Panamá<sup>313</sup>, donde éstas cuestionaban la legislación nacional que dispone que, cuando los huelguistas representan la mayoría de los trabajadores de la empresa, negocio o establecimiento, el cierre de los mismos debe producirse de manera inmediata, el CLS ha dicho que esa regulación legal perjudica a los trabajadores que no están en huelga, impide la realización de las labores de mantenimiento de las instalaciones de la empresa y al paralizar toda actividad

<sup>311</sup> VIVERO SERRANO, Juan B., *La huelga...*, cit., p. 220.

<sup>312</sup> VV.AA., *Los servicios de seguridad y mantenimiento en la empresa*, en MONEREO PÉREZ, José L. (coord.), *Derecho de huelga...*, cit., p. 312.

<sup>313</sup> Informe caso número 1931, párrafo 496; en OIT, *La libertad sindical...*, cit., p. 131.

administrativa y financiera de los empleadores —que se ven privados de sus oficinas e instalaciones a las que no pueden ingresar— pone en peligro la supervivencia de las empresas. Con sustento en tales argumentos, estimó que los servicios mínimos a mantener en caso de *cualquier* huelga, para garantizar la seguridad de las personas y las instalaciones, y la prevención de accidentes (*servicio mínimo de seguridad*, en la terminología del CLS), constituyen restricciones normales y admisibles.

En la misma línea trazada por el mentado órgano de control de OIT, la ley griega n° 22.234/1994 establece la obligación, en toda clase de huelga, de el/los sindicato/s que la convoca/n, de indicar cuál será el personal encargado de prestar los servicios de seguridad de las instalaciones durante su desarrollo. Dispone además, que durante la huelga, el personal afectado a la prestación de esos servicios estará sometido a las directrices del empresario<sup>314</sup>.

De igual modo, el artículo 8° de la ley portuguesa n° 65/1977, dispone que las asociaciones sindicales y los trabajadores tienen la obligación de proporcionar, durante la huelga, los servicios necesarios para la seguridad y el mantenimiento del equipo y las instalaciones.

En México, la Ley Federal del Trabajo establece, en su artículo 935, un procedimiento destinado a garantizar la continuidad de las labores cuya suspensión perjudique gravemente la seguridad y la conservación de los locales, maquinaria y materias primas o la reanudación de los trabajos. En efecto, previo a la huelga, la Junta de Conciliación y Arbitraje, con audiencia de las partes, fijará el número indispensable de trabajadores que deberá continuar trabajando y para ello, podrá ordenar las diligencias que estime convenientes. Incluso, si los huelguistas se negaran a prestar tales servicios, el empleador puede contratar otros trabajadores a tal fin. La Junta, por su parte, puede solicitar el auxilio de la fuerza pública con el objeto de asegurar la prestación de dichos servicios.

Por su parte, el artículo 11° de la ley brasilera n° 7783 prevé que mediante acuerdo de las partes, se conforme un equipo de trabajadores que tendrá a su cargo la garantía de funcionamiento de la empresa durante la huelga, para evitar el perjuicio irreparable o el deterioro irrecuperable de bienes, máquinas y equipos.

España también cuenta con una legislación específica (y meticulosa)<sup>315</sup> que regula en forma diferencial los servicios de seguridad y los servicios de mantenimiento. Estos últimos, son aquellos orientados a prestar las atenciones imprescindibles para que no se produzca un deterioro en la empresa; a título enunciativo la ley enumera los servicios de mantenimiento de los locales, maquinaria, instalaciones, materias primas y cualquier otra atención que fuese necesaria para la ulterior reanudación de las tareas de la empresa<sup>316</sup>. Los servicios de seguridad, en cambio, son aquellos necesarios para la

---

<sup>314</sup> Cfr. ALIPRANTIS, Nikitas, *Informe griego*, cit., p. 144/5.

<sup>315</sup> Artículo 6.7 del RDLRT.

<sup>316</sup> En cita a pie de página, Rentero Jover transcribe algunos de los fundamentos que sirvieron para plantear la inconstitucionalidad del artículo 6.7 RDLRT ante el Tribunal Constitucional (STC 8-4-81). Entre otras consideraciones, los recurrentes sostenían que “al mezclarse prescripciones legítimas como la seguridad de las personas y de las cosas, con otras como el mantenimiento de los locales, maquinarias, instalaciones y materias primas, junto con la cláusula en blanco de *cualquier otra atención que fuera precisa para la ulterior reanudación de las tareas de la empresa*, se está concediendo una atención exorbitante a los intereses empresariales, frente a la lógica de la huelga. Se confunde así la necesidad de mantener la seguridad de las personas y de las cosas, natural si de su negligencia se sigue un peligro para las mismas, con la custodia de los intereses económicos y de los bienes de producción del empresario, lo



seguridad de las personas y de las cosas; concretamente, tienden a evitar robos, actos agresivos y fenómenos fortuitos.

En ambos casos, el establecimiento de servicios mínimos deberá ser justificado, ya que no se trata de una regla que se presuma de general aplicación sino que habrá que estar al caso concreto para evaluar la necesidad (o no) de implantación de aquellos. Del mismo modo, sólo queda justificada su adopción en cuanto se presten en un nivel mínimo<sup>317</sup>. La garantía de prestación de los servicios necesarios corresponde, finalmente, al *comité de huelga*<sup>318</sup>.

No obstante, Merino Segovia alerta sobre el *confusionismo ¿deliberado?* de los poderes públicos, por cuanto se observa cierta tendencia a dotar extensivamente — mediante decretos, órdenes y resoluciones— de la cualidad de esencial a determinados servicios, argumentando que afectan al mantenimiento de la seguridad de las personas, de las instalaciones, de los locales y del material<sup>319</sup>.

No hay, en el ordenamiento legal argentino, referencias a los servicios de seguridad y mantenimiento de los bienes y/o instalaciones de la empresa. Sin embargo, existen algunas regulaciones convencionales que abordan el tema, no exentas empero, del confusionismo al que alude la autora española citada precedentemente. Veamos.

El CCT 988/08 “E”, celebrado entre la Asociación Obrera Minera Argentina y la empresa Minas Argentinas S.A., establece en su artículo 40, que: “Frente a cualquier medida de acción directa, las Partes acuerdan la conformación de guardias mínimas a los efectos de garantizar los servicios esenciales, la seguridad y la integridad del yacimiento y sus instalaciones. Dicha guardia mínima será cumplida por los trabajadores afectados a dichos servicios cuyos turnos o jornadas de trabajo coincidan con el plazo de paralización de tarea.”

Tal como veremos más adelante, la actividad minera no es considerada servicio esencial en la legislación argentina, por lo tanto, la referencia que hacen las partes en el texto transcrito respecto de la garantía de los *servicios esenciales* (que presuntamente comprendería dicha actividad) resulta técnicamente incorrecta. No hay esencialidad, en términos laborales (y en principio), de la actividad minera. Por lo tanto, debe

---

que conduce a que determinados sectores o procesos de producción el nivel de mantenimiento pueda ser tal que desvirtúe el derecho de huelga. En la doctrina de los límites a la huelga una cosa es el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas de los ciudadanos y otra cosa la subordinación o cuanto menos el condicionamiento a los intereses económicos de los empresarios. Si es obvio que la negociación colectiva o acuerdos expresos pueden establecer prescripciones a este respecto, lo que no cabe es hacer recaer por la vía de principio el cuidado de los bienes de la producción sobre los trabajadores y no sobre su propietario” (RENTERO JOVER, Jesús, *El Comité de Huelga en el Derecho Español del Trabajo*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2002, p. 178).

<sup>317</sup> VV.AA., *Los servicios de seguridad y mantenimiento en la empresa*, en MONEREO PÉREZ, José L. (coord.), *Derecho de huelga...*, cit., p. 314/5.

<sup>318</sup> El comité de huelga se compone, en número no superior a doce, de trabajadores afectados por el conflicto, pertenecientes al centro de trabajo si la huelga no superase ese ámbito (artículo 5º, DLRT), o, según admite la jurisprudencia, incluidos en el ámbito del conflicto si la huelga fuere de ámbito superior. La designación concreta de los miembros del comité corresponde a los trabajadores en huelga o a los convocantes de la misma (MARTÍN VALVERDE, Antonio, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ, Fermín, y GARCÍA MURCIA, Joaquín, *Derecho...*, cit., p. 385).

<sup>319</sup> MERINO SEGOVIA, Amparo, *El concepto de servicios esenciales y la publicación de las reglas limitativas del ejercicio del derecho de huelga en este sector*, en VV.AA, BAYLOS GRAU, Antonio (coord.), *Estudios sobre la huelga*, Bomarzo, Albacete, 2005, p. 168.

interpretarse que lo acordado por las partes se vincula exclusivamente, con el mantenimiento y la seguridad del establecimiento (yacimiento) y sus instalaciones. La guardia mínima, allí pactada, serviría precisamente, a los fines de brindar los servicios mínimos de vigilancia y conservación de los bienes de la empresa.

En el ámbito de la industria química, el CCT 1007/08 “E” suscripto entre el Sindicato del Personal de Industrias Químicas de Mendoza, por un lado, y el Instituto de Sanidad y Calidad Agropecuaria Mendoza y la Fundación Coprosamen, por el otro, también establece servicios mínimos de seguridad y mantenimiento en caso de huelga. Así, el artículo 28 de dicho ordenamiento convencional prescribe que “Para los supuestos de medidas de acción directa dispuestas por las entidades gremiales y empleados, las partes acuerdan mantener la continuidad de los procesos continuos y servicios accesorios (calderas, usinas, plantas de agua, producción de insectos, etc.) para lo cual se constituirán guardias mínimas con el personal titular de las plantas y/o oficios y/o sus reemplazantes, quienes serán responsables de desarrollar sus tareas como lo hacen normalmente, en común acuerdo con la Comisión Interna.”

Por su parte, el CCT 561/09, celebrado entre la Federación de Obreros y Empleados de la Industria del Papel, Cartón, y Químicos y la Cámara Argentina de Fabricantes de Envases de Cartón y/o de Papel, Tubos y Afines, estipula en su artículo 52, que el personal de “vigilancia” y “los bomberos”, se encuentran obligados a prestar servicios “de manera útil para el cumplimiento de su función” en caso de paralización de las actividades por cualquier causa, incluso por medidas de fuerza, a los fines de asegurar “el restablecimiento inmediato de la producción normal de todo el establecimiento”, una vez concluida la cesación de la actividad. Se aprecia que, en este caso, se trata exclusivamente de servicios de seguridad, que se encuentran dispuestos con el objeto de vigilar los bienes de la empresa y asegurar el reinicio de la producción sin dilaciones, al finalizar la huelga.

En la actividad ferroviaria, el convenio colectivo de trabajo negociado entre las empresas América Latina Logística Mesopotámica S.A. y América Latina Logística Central S.A., por una parte, y la Unión Ferroviaria, por la otra, establece que en caso de que la actividad fuera calificada *servicio esencial*, deberá ser garantizada “la salvaguarda y seguridad de los bienes de la empresa y la carga transportada” (artículo 13, CCT 612/03). También refiere a la prestación de servicios mínimos que deberán mantenerse mientras dure el conflicto, aunque no aclara si se trata de servicios mínimos de funcionamiento o de mantenimiento y seguridad. Como sea, resulta patente el error conceptual en el que incurre el texto convencional ya que vincula la garantía de conservación de los bienes de la empresa, con una eventual calificación de esencialidad del servicio, lo que resulta —según lo dicho más arriba— equivocado, ya que ésta última categoría jurídica no está relacionada ni sirve a los fines de proteger la propiedad del empresario, sino derechos fundamentales de la población.

## **11. Técnicas de garantía de mantenimiento de los servicios esenciales**

Probablemente, la regulación del derecho de huelga en los servicios esenciales que adopte un ordenamiento nacional dado, sea un indicador bastante preciso acerca de la mayor o menor democracia<sup>320</sup> que existe en todo ese sistema de relaciones laborales.

---

<sup>320</sup> La democracia supone pluralismo, de voces, de ideas, de reclamos, etc. Y el derecho de huelga, al decir de Ermida Uriarte, se enmarca en una *concepción pluralista de la sociedad*. Por lo tanto, la idea de la autotutela es central desde la perspectiva iuslaboral de esa concepción pluralista y consecuentemente

Hay, ciertamente, otros aspectos de la regulación sindical que permiten inferir la intensidad del apego democrático de un sistema de relaciones colectivas del trabajo<sup>321</sup>; sin embargo, el tratamiento normativo del derecho de huelga resulta decisivo en tal sentido, en orden al carácter instrumental del mismo, verdadera piedra de toque desde la cual se despliega la acción gremial, y por ende, la eficacia tutelar de los intereses y (reivindicatoria) de los derechos que persigue la organización de los trabajadores.

Aún cuando la prohibición del ejercicio del derecho de huelga en los servicios esenciales en sentido estricto es tolerada por la OIT, y desde su enfoque, no implica una afectación a la libertad sindical siempre y cuando se provean medios sustitutivos de solución de conflictos que sean ágiles, participativos y rápidos, parece evidente que la proscripción de la huelga en tales circunstancias se presenta como la solución más drástica y *menos contemporizadora* de los derechos fundamentales en juego. Importa, en consecuencia, la abdicación del derecho de huelga en favor de la continuidad inalterada de la prestación de los servicios esenciales. No hay, por tanto, búsqueda de equilibrio entre los derechos en conflicto, sino rendición absoluta de uno de ellos.

Existen, por supuesto, otras técnicas de garantía de mantenimiento de los servicios esenciales distintas a la prohibición apodíctica, que, con el objeto de lograr aquél equilibrio, proponen restricciones al derecho de huelga que no implican el cercenamiento total y en toda circunstancia de su ejercicio. Dichas técnicas, oscilan entre la imposición de reglas procedimentales especiales; la suspensión, postergación o reducción de la duración de la huelga en determinadas circunstancias; la prohibición de ciertas modalidades de ejercicio de la huelga; la sustitución de los huelguistas; y el establecimiento de servicios mínimos. En algunos casos, las mentadas técnicas se presentan de manera combinada, sucesiva o subsidiaria.

### *11.1. Reglas procedimentales especiales*

Entre los requisitos procedimentales<sup>322</sup> del ejercicio del derecho de huelga en los servicios esenciales, se destacan, a modo enunciativo, las siguientes:

*a) Exigencia de preaviso* (o de un plazo mayor del mismo si el preaviso estuviera ya implantado en el ordenamiento con carácter general)

El establecimiento de un preaviso tiene como finalidad principal evitar las huelgas sorpresivas y enfriar el conflicto (*cooling off period*, en el sistema sajón) a través de la activación de los sistemas alternativos de solución pacífica. De acuerdo a cada sistema, el preaviso puede ir dirigido al empleador, a la autoridad administrativa del trabajo o al órgano independiente con competencia específica en el área de los servicios esenciales (de modo indistinto, excluyente o concomitante).

---

*conflictiva* (cfr. ERMIDA URIARTE, Óscar, *Apuntes...*, cit., p. 126/7). Siendo ello así, al ser la huelga en los servicios esenciales el ámbito en el que ese derecho sufre mayores restricciones, el tratamiento que el ordenamiento le dispense será revelador de la mayor o menor democracia que habita en aquél.

<sup>321</sup> Vgr. el sentido (promocional o restrictivo) de la intervención estatal en las relaciones colectivas, la posibilidad de constituir asociaciones sindicales, la protección de los representantes gremiales, la garantía de acceso a la negociación colectiva y el reconocimiento de su producto, el sistema de control de legalidad de los mecanismos de elección de los representantes sindicales, etc.

<sup>322</sup> Cfr. VIVERO SERRANO, Juan B., *La huelga...*, cit., p. 184.

Pero además, si el ordenamiento le atribuye el deber de preavisar al sindicato institucionalizado (sea o no el más representativo) excluye la legitimidad de las denominadas “huelgas salvajes”.

En Francia, por ejemplo, el comienzo de la huelga que afecte un servicio público debe ser preavisada a la autoridad jerárquica o a la dirección del establecimiento o empresa, con una anticipación mínima de cinco (5) días<sup>323</sup>.

Sin distinciones entre huelga que afecte servicios esenciales o no, el sistema británico también exige un plazo de preaviso (*notice*); cuya antelación deberá ser de siete (7) días.

En Italia, el plazo mínimo de preaviso es de diez (10) días, y deberá ser cursado al empresario y a la Administración (quien a su vez notificará inmediatamente a la Comisión de Garantía).

En América Latina, casi todos los ordenamientos contienen el recaudo del preaviso. A título ejemplificativo: en Brasil, el preaviso deberá ser cursado con una anticipación mínima de 72 horas en caso de que la huelga afecte servicios esenciales; en México (al igual que en Perú), el término de “prehuelga” no puede ser inferior a diez (10) días cuando la huelga se declare en una empresa de servicio públicos; en Panamá, por último, el plazo se extiende a ocho (8) días.

En todos los casos citados, el preaviso es un deber que concierne a la organización sindical. No conozco sistemas en los cuales se le asigne al trabajador individualmente considerado, la obligación de preavisar (al empleador o a la autoridad competente) su adhesión a una huelga.

Por lo demás, la obligación de preavisar suele contener un plazo mínimo, no así un plazo máximo de notificación. Sin embargo, y en ausencia de norma expresa, la *Commissione di Garanzia* italiana, tiene dicho que el plazo máximo de preaviso no puede exceder de cuarenta y cinco (45) días. Aún así, la parte que cursare el preaviso con una anticipación mayor a la señalada, sólo podría ser sancionada si se probara la *deslealtà de su conducta*<sup>324</sup>.

#### *b) Obligación de someter la decisión de recurrir a la huelga a votación de los afiliados*

También en este caso se trata de anestesiar la espontaneidad de la huelga. Sin embargo, es evidente que tal requisito refuerza la democracia interna de la organización obrera. Con este argumento se suele justificar la intervención heterónoma en la organización sindical cuando tal mecanismo no se encuentra previsto estatutariamente (aún cuando, se podría contra argumentar en favor de la autonomía sindical y el principio de independencia).

---

<sup>323</sup> Se ha planteado la posibilidad de efectuar preavisos sucesivos (en cascada o ligados), con el objeto de mantener una amenaza permanente de huelga en un momento determinado. Si bien la ley no contiene exigencia alguna acerca de la unicidad del preaviso de huelga, las soluciones jurisprudenciales han sido encontradas. La mayoría de los tribunales se postulan a favor de la licitud de dicha práctica (cadena de preavisos) siempre que no constituyan abuso de derecho, mientras que la minoría sostiene su ilicitud, en la medida que impiden, tanto al empleador como a los usuarios, conocer realmente la fecha de comienzo de la huelga (MORENO VIDA. María N., *La huelga...*, cit., p. 62).

<sup>324</sup> VALLEBONA, Antonio, *Le regole dello sciopero...*, cit., p. 113.

Es cierto también, que el sometimiento asambleario de la decisión huelguística dota de mayor legitimidad a la acción sindical frente a la sociedad y que, en muchos casos, el respaldo de los trabajadores, cuando se produce en forma categórica, sirve para quebrar o cuanto menos influir sobre la posición de la contraparte, estimulando de ese modo la resolución del conflicto antes de la efectivización de la medida.

Es usual, por último, que la normativa exija la presencia de un funcionario público (representante de la autoridad laboral, notario, “ministro de fe”, etc.) a los fines de certificar el resultado del comicio.

Los estatutos de los sindicatos alemanes suelen consignar la obligación de someter la decisión de convocar a una huelga al voto de sus afiliados, a cuyo fin exigen una mayoría calificada del 75%; mientras que, para su desconvocatoria, se exige el 25% de los votos favorables.

En Gran Bretaña, la decisión de recurrir a la huelga también debe ser respaldada por el voto (mayoría simple) de los afiliados. Incluso, la fecha de la votación debe ser preavisada a cada empleador contra el cual se pretenda adoptar la huelga, notificándole la cantidad de empleados que serán llamados a votar (artículo 226, TURLCA). Una vez obtenido el voto favorable de los trabajadores, la huelga deberá tener lugar dentro de las ocho semanas siguientes al plebiscito. Transcurrido dicho plazo, será necesario realizar una nueva votación.

#### *c) Exigencia de incorporar determinados contenidos en la comunicación de la huelga*

Entre los contenidos más comunes cuya incorporación suele exigirse en la comunicación de huelga, se encuentran: la mención concreta de la duración de la medida, la motivación de la misma, la modalidad de su ejercicio, su extensión territorial, la cantidad de trabajadores afectados y las propuestas de los convocantes para garantizar el servicio mínimo afectado (en caso de que el sistema previera la imposición de los mismos).

Normalmente, dicha información se brinda a través del preaviso y tiene por objeto poner en conocimiento de la autoridad de aplicación las causas del conflicto y, a su vez, minimizar los efectos de la medida no sólo en la empresa (u organismo público) sino también en la sociedad, a los fines de que los usuarios puedan anticipar sus consecuencias.

#### *d) Obligación de negociar (durante el preaviso y/o durante el conflicto)*

La obligación de negociar, indisolublemente ligada (y condicionada) al deber de buena fe, importa un recaudo común en todos los ordenamientos laborales, cuando se trata de un conflicto que versa sobre servicios esenciales.

En aquellos sistemas en los que se prevé el establecimiento de servicios mínimos, la negociación se presenta más bien, como una vía apta para resarcir o compensar la atemperación de la eficacia huelguística verificada mediante el recorte al derecho que el mantenimiento del servicio supone. En todo caso, el período negocial servirá para establecer los cauces de la medida, la modalidad de su ejercicio y el reestablecimiento del servicio normal una vez finalizada la huelga.

Es frecuente, también, que la negociación sea llevada a cabo con la intervención de un mediador o conciliador, cuya misión consistirá en acercar a las partes y eventualmente, proponer fórmulas conciliatorias.

*e) Obligación de información a los usuarios*

La obligación de información a los usuarios acerca de la duración de la medida, su alcance, modalidad y prestaciones mínimas garantizadas, implica habitualmente, el fracaso de la negociación y la inminencia de la huelga. Ello no significa que las partes no puedan llegar a un acuerdo pacífico una vez que se cursó dicha comunicación, ya que, normalmente, la negociación entre aquellas suele continuar aún cuando se hubiera agotado el plazo formal previsto a tal fin.

A través de la publicidad de dicha información se pretende disminuir los efectos nocivos de la medida de fuerza y proteger a los usuarios, de forma tal que éstos puedan buscar opciones para satisfacer sus derechos vitales a través de servicios alternativos (cuya implementación debería estar a cargo del propio Estado, garante principal de la prestación del servicio).

En algunos sistemas el deber de información se sitúa sobre la organización gremial; en otros, sobre el sector empleador. No es inusual que dicha obligación alcance a ambos actores en igual medida y simultáneamente. También el Estado, en tanto parte interesada en la prestación del servicio, puede asumir el deber de información a través de las vías de comunicación que se encuentran a su disposición.

Es interesante lo que sucede en Italia, donde los medios de comunicación tienen asignada una función legal relevante, ya que también están obligados a difundir la información precisa y completa acerca del inicio de la huelga, su modalidad y duración, las medidas alternativas dispuestas y las prestaciones indispensables aseguradas durante el desarrollo de la huelga.

*f) Sometimiento a mecanismos de solución extrajudicial de conflictos*

La conciliación y la mediación integran, por supuesto, el elenco de mecanismos habituales de solución extrajudicial de conflictos. Se ha dicho ya que, en general, uno u otro instituto (de estructura similar y lindes a veces superpuestos) concurren en la negociación con el fin de asistir a las partes para arribar a una solución consensuada que evite el conflicto abierto.

En consecuencia, el cauce del conflicto a través de la negociación y, a su vez, la canalización de ésta mediante el procedimiento de mediación (o conciliación) se produce en la antesala del conflicto y como primera medida. A tal fin sirve, fundamentalmente, la figura del preaviso de la que ya se ha dado cuenta.

Distinto es el caso del arbitraje obligatorio, que se presenta como una medida de *última ratio*, aplicable ante el fracaso de la negociación cuando las partes por sí mismas no fueron capaces de llegar a un consenso.

El CLS de la OIT admite la imposición de un *arbitraje obligatorio* cuando se tratare de servicios esenciales en su acepción estricta<sup>325</sup>, pero sólo con carácter *subsidiario*, en el supuesto de que las partes no hubieran arribado a un acuerdo.

En puridad, son tres las hipótesis en las que la OIT acepta el recurso a un arbitraje obligatorio: 1. cuando se encuentra previsto en el convenio colectivo como mecanismo de solución de conflictos; 2. cuando se trata de servicios esenciales en sentido estricto; o 3. ante un conflicto en la función pública respecto de funcionarios que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado. Fuera de esos casos, se trataría de una medida contraria al derecho de las asociaciones de trabajadores de organizar sus actividades y formular su programa de acción previsto en el artículo 3º del Convenio 87<sup>326</sup>.

Las distintas reglas procedimentales citadas, suelen aplicarse también (aunque en distinto grado), en huelgas que no afectan servicios esenciales. Sin embargo, en tales casos se imponen como requisitos previos a la adopción de la medida de fuerza, mientras que en el caso de los servicios esenciales, sirven a los fines canalizar el conflicto y (fundamental y simultáneamente) compensar la disminución del derecho de huelga. Por tal motivo es que los plazos de preaviso y las instancias negociales (con o sin la presencia de un mediador o conciliador) suelen ser más prolongadas.

Con frecuencia, tales reglas forman parte de un *iter* procedimental que culmina, a falta de acuerdo entre las partes, en el establecimiento de servicios mínimos; vale decir, concurren todas ellas con el fin de resolver el conflicto en primera instancia mediante la intensificación del diálogo entre las partes (donde el deber de colaboración e información cumplen un rol preponderante) o canalizarlo a través de pautas que garanticen la prestación del servicio esencial, si aquél objetivo no se logra.

### 11.2. Suspensión, postergación o reducción de la duración de la huelga

Es posible, también, que el servicio esencial sea susceptible de garantía, pero no ya recurriendo al enfriamiento y canalización del conflicto mediante su procedimentalización, sino a través de la suspensión, postergación o reducción de la duración de la huelga.

Se trataría en puridad, de *prohibiciones coyunturales*<sup>327</sup> del ejercicio del derecho de huelga, en orden a garantizar la prestación de servicios esenciales, pero que no vienen dadas a priori, sino en razón de la concurrencia de determinadas circunstancias excepcionales que justifican su interdicción temporal.

La postergación de la huelga así como la reducción de su duración se encuentran admitidas en la legislación italiana (artículo 8.2 de la ley 146/1990), a través de la *precettazione* (prohibición) administrativa. Este instituto constituye una orden administrativa (necesariamente motivada) que puede establecer el reenvío de la huelga a una fecha distinta a la que fue originalmente dispuesta por la organización gremial, la reducción temporal de la medida de fuerza o la adopción de medidas indispensables para asegurar el funcionamiento mínimo del servicio. Procede cuando existe un peligro

---

<sup>325</sup> Informes casos números 2025, párrafo 408; 2145, párrafo 305; 2261, párrafo 665; 2305, párrafo 506; en OIT, *La libertad sindical...*, cit., p. 211.

<sup>326</sup> Vid. GERNIGON, Bernard, ODERO, Alberto, y GUIDO, Horacio, *Principios de la OIT...*, cit., p. 488.

<sup>327</sup> VIVERO SERRANO, Juan B., *La huelga...*, cit., p. 186.

grave e inminente para los derechos de la persona constitucionalmente garantizados como consecuencia de la falta de funcionamiento del servicio esencial, y puede ser recurrida ante los estrados judiciales. El carácter excepcional de esta medida, en concordancia con el *papel marginal*<sup>328</sup> que el sistema legal le atribuye a la autoridad administrativa, colisiona en la práctica, con el rol protagónico que asume *de hecho* el gobierno, mediante el recurso frecuente a la orden de prohibición del ministro, fundamentalmente en el sector del transporte<sup>329</sup>.

El modelo sueco de relaciones del trabajo también admite la posibilidad de posponer la huelga. En efecto, la medida de fuerza puede ser suspendida —por un plazo máximo de tres semanas— si alguna de las partes (sindicato, en caso de cierre patronal, o empleador, en caso de huelga) considera que aquella puede producir un peligro público. Durante el plazo de suspensión, el tema es derivado al análisis de un Consejo integrado por legisladores, quienes tienen a su cargo examinar el caso específico<sup>330</sup>.

Por último, merece atención el sistema británico, que contiene dos remedios previstos a los fines de suspender el ejercicio del derecho de huelga. El primero de ellos —al alcance de cualquier particular directamente afectado por la huelga (incluido el empleador)—, consiste en solicitar el auxilio judicial a los fines de obtener un *interim injunction* (interdicto provisional) que ordene la paralización de la acción huelguística, antes o durante su desarrollo, en aras de evitar que se produzcan daños irreparables a la producción derivados de actuaciones ilícitas o abusivas. El propósito de esta acción judicial consiste en obtener una medida cautelar que suspenda la huelga y mantenga el *status quo* hasta la terminación del juicio. No obstante, la concesión del interdicto implica en la práctica, la cancelación definitiva de la huelga, habida cuenta del perjuicio que la suspensión de la medida supone (en términos de eficacia y oportunidad), aún cuando la sentencia final decidiera, después de todo, que la acción resultó lícita<sup>331</sup>.

El gobierno, a su turno, también puede postergar la concreción de la huelga. No a través de un interdicto provisional (ya que no posee legitimación activa para impulsar la acción judicial), sino de conformidad con la potestad que le confiere la *Emergency Powers Act* de 1920, en virtud de la cual puede proclamar el “estado de emergencia” durante un mes como máximo, cuando se produzcan medidas de fuerza que puedan interferir en el suministro y distribución de comida, agua, combustible o luz, o en los medios de locomoción, siendo capaces de privar a la comunidad, o a una porción sustancial de la misma, de lo esencial para la vida (*the essentials of life*)<sup>332</sup>.

### 11.3. Prohibición de ciertas modalidades de ejercicio de la huelga

Corresponde también incluir dentro de las técnicas de garantía de mantenimiento de los servicios esenciales, determinadas prohibiciones sobre modalidades del ejercicio del derecho de huelga. Vale decir, supuestos en los que se reconoce el derecho de huelga en general, pero se impide su ejercicio cuando éste se lleva a cabo bajo ciertas formas o modalidades particulares.

---

<sup>328</sup> MORENO VIDA, María N., *La huelga ...*, cit., p. 81.

<sup>329</sup> Cfr. MORENO VIDA, María N., *La huelga ...*, cit., p. 81.

<sup>330</sup> Cfr. MORENO VIDA, María N., *La huelga ...*, cit., p. 84.

<sup>331</sup> Vid. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Roberto, *Los servicios esenciales...*, p. 76 y ss.

<sup>332</sup> Vid. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Roberto, *Los servicios esenciales...*, p. 84 y ss.



En este grupo se sitúan aquellas medidas que están incluidas dentro una noción amplia y moderna de huelga cuyo ejercicio en condiciones normales queda enmarcado en el ámbito de protección del derecho, pero que, sin embargo, en razón de su modalidad específica resultan especialmente nocivas cuando se despliegan sobre servicios esenciales, dada la desorganización que producen sobre el ciclo productivo.

Un ejemplo de lo que se viene diciendo puede hallarse en el sistema francés de regulación de la huelga en los servicios públicos, en virtud del cual se encuentran prohibidas las *huelgas rotativas*<sup>333</sup>.

En efecto, conforme establece el artículo L.521-4 del *Code du Travail*, en caso de huelga del personal afectado a un servicio público, la hora de cese y la de reanudación del trabajo no pueden ser diferentes para las diversas categorías o para los diversos miembros del colectivo interesado. Tampoco se admiten los paros de trabajo que afecten en escalones sucesivos o por rotación concertada los diversos sectores o diversas categorías profesionales de un mismo establecimiento o servicio, o bien los distintos establecimientos o servicios de una misma empresa o de un mismo organismo.

Con esta regulación la ley se refiere tanto a las huelgas rotatorias —o por turnos— horizontales (por categorías de trabajadores) como a las verticales (por sectores). La distinción entre ambas se traduce en que las primeras afectan a los trabajadores no huelguistas, en tanto que las segundas no tienen que repercutir necesariamente en los demás sectores<sup>334</sup>.

#### 11.4. Sustitución de los huelguistas

La sustitución de los trabajadores huelguistas importa una medida excepcional y —habitualmente— subsidiaria del establecimiento de los servicios mínimos<sup>335</sup>. En efecto, si bien la sustitución de huelguistas puede servir como remedio ante la falta de acatamiento por parte de los trabajadores de la prohibición de hacer huelga en aquellos sistemas en los cuales ésta se encuentra proscripta (siempre y cuando, por supuesto, afecte servicios esenciales en sentido estricto), por lo general, resulta aplicable en regulaciones que admiten la huelga pero condicionada al mantenimiento de un servicio mínimo.

En este último supuesto, la medida consiste básicamente, en sustituir a los trabajadores en huelga que no cumplen con los servicios mínimos (o los llevan a cabo de manera deficiente), por trabajadores desocupados, o mediante la contratación mercantil con terceras empresas<sup>336</sup>, o incluso, por personal militar o policial. La

---

<sup>333</sup> JAVILLIER, Jean C., *Derecho del Trabajo*, cit., p. 842.

<sup>334</sup> MORENO VIDA, María N., *La huelga ...*, cit., p. 63.

<sup>335</sup> En España, el artículo 10.2 del DLRT establece que el Gobierno podrá adoptar las medidas de intervención adecuadas a los fines de asegurar el funcionamiento de los servicios mínimos.

<sup>336</sup> Sobre el particular, señala Ojeda Avilés —partiendo de la calificación de esencialidad del servicio—, que a consecuencia de su fungibilidad, cabe la posibilidad en huelgas de extensión limitada, de concertar la actividad con otras empresas y organismos: una huelga de autobuses en una ciudad de tamaño intermedio, o de los trenes de cercanías, una huelga de ambulatorios públicos, y hasta de correos allí donde existan fuertes empresas privadas paralelas, permite la concesión temporal del servicio a otra organización, que lo atiende con sus medios y personal propios. Estando cubierto parte del costo de servicio con el ahorro de las retribuciones de los huelguistas (OJEDA AVILÉS, Antonio, *Derecho sindical*, cit., p. 490).

hipótesis parte de que todo el personal ocupado en los servicios mínimos adhiere a la huelga, pues en caso contrario, siempre sería posible montar un servicio de emergencia<sup>337</sup> a cargo de los no huelguistas.

Se trata de un medio técnico que no produce, en puridad, una afectación al ejercicio del derecho de huelga de los trabajadores huelguistas, sino más bien, una atemperación de los efectos nocivos de la huelga.

Según Baylos, cuando se utilizan efectivos militares o policiales para la prestación del servicio interrumpido por la huelga, no se está incurriendo en la figura técnica del *esquirolaje*, por cuanto la intervención corre a cargo de cuerpos prototípicamente neutrales, ajenos al conflicto, y se suele revestir de un carácter puramente práctico, exigido por el interés general y el posible perjuicio a los usuarios del mismo. De ahí que —continúa el citado autor— a la contratación de trabajadores por el empresario para efectuar los trabajos dejados de hacer por haberse declarado una huelga, desde el punto de vista técnico-jurídico, hay una diferencia, aunque los efectos —amortiguación de las repercusiones de la huelga— sean idénticos<sup>338</sup>. De todos modos, no deja de ser cierto que el recurso al personal policial o militar para cubrir la prestación de un servicio esencial, afecta la imparcialidad, independencia y, en fin, la apoliticidad que debe caracterizar a dichos cuerpos.

En Gran Bretaña, una vez más —y dejando en evidencia el carácter fuertemente restrictivo que presenta su sistema de relaciones colectivas de trabajo—, el artículo 2º de la *Emergency Powers Act* faculta al gobierno a declarar el estado de emergencia y en consecuencia, movilizar a las fuerzas armadas y/o policiales en caso de trabajos urgentes de importancia nacional. Incluso, aunque de modo excepcional, el gobierno ha llegado a ordenar la colaboración de civiles. No obstante, señala Fernández Fernández, en las últimas tres décadas y ante la contestación frente a tales medidas por parte de un sector importante no sólo de la doctrina científica sino de la propia sociedad, el poder ejecutivo ha optado por establecer medios alternativos sin necesidad de acudir a soluciones tan drásticas.

La OIT, por su parte, admite el recurso a la utilización de mano de obra no perteneciente a la empresa y/o el uso de la fuerza armada con el fin de sustituir a los huelguistas, siempre que sea por una *duración`determi.ada*<sup>339</sup> y sólo en %l ámbit/ de los `servici/s esenc)ales<sup>340</sup> o en situaciones de crisis nacional aguda<sup>341</sup>.

## 12. Servicios mínimos

El establecimiento de servicios mínimos de funcionamiento (o de prestación) a los fines de garantizar el mantenimiento de los servicios esenciales, se presenta como el

---

<sup>337</sup> TORRENTE GARI, Susana, *El ejercicio del derecho de huelga...*, cit., p. 323.

<sup>338</sup> BAYLOS GRAU, Antonio, *Derecho de huelga...*, cit., p. 223/4.

<sup>339</sup> Informes casos números 1865, párrafo 336; 2005, párrafo 183; 2251, párrafo 998; entre otros, en OIT, *La libertad sindical...*, cit., p. 136.

<sup>340</sup> Informes casos números 1921, párrafo 575; 2044, párrafo 452; 2288, párrafo 831; entre otros, en OIT, *La libertad sindical...*, cit., p. 136.

<sup>341</sup> Informes casos números 2066, párrafo 340; 2077, párrafo 551; 2082, párrafo 475; entre otros, en OIT, *La libertad sindical...*, cit., p. 136.

medio instrumental que cuenta con la mayor aceptación en los distintos sistemas nacionales y en el orden internacional.

Al igual que en el caso de los servicios esenciales y su caracterización jurídica, la problemática que gira en torno a los servicios mínimos plantea diversos y complejos interrogantes que han ocupado la atención de vasta y enjundiosa doctrina<sup>342</sup>, y que se relacionan con cuestiones tales como el concepto mismo de servicio mínimo, los criterios y las fuentes de determinación de éstos, y las facultades del Estado a los fines de obtener su cumplimiento oportuno en caso de inobservancia por la parte que se encuentra compelida a garantizar su prestación.

### 12.1. Concepto de servicio mínimo

Según ya se ha dicho, los servicios mínimos integran el elenco de medios técnicos instrumentales —distintos a la prohibición apodíctica del ejercicio del derecho de huelga— cuyo objeto reside en la garantía de mantenimiento de los servicios esenciales durante la huelga.

Pueden ser definidos como aquellas prestaciones que deben ser mantenidas indefectiblemente, ya que no consienten interrupción o preterición alguna, en orden a salvaguardar los derechos fundamentales que se encuentran en pugna con el derecho de huelga.

El establecimiento de servicios mínimos se encuentra preordenado a satisfacer en el terreno de lo concreto, los intereses que se buscan proteger con la limitación de la huelga en los servicios considerados esenciales<sup>343</sup>. Vale decir, materializan la garantía de mantenimiento de los servicios esenciales frente a la huelga.

El dato clave que debe ser tenido en cuenta en ésta o cualquier otra definición posible de servicio mínimo, tiene que ver con la mentada razón teleológica; esto es, el aseguramiento de derechos fundamentales. A ello sirven, *exclusivamente*<sup>344</sup>, los servicios mínimos en caso de huelga en los servicios esenciales. Conviene aclarar, empero, que la operación (autónoma, heterónoma o mixta) de determinación concreta de los servicios mínimos, deberá tener en cuenta la salvaguarda del contenido esencial de todos los derechos fundamentales concernidos; vale decir, el derecho de los trabajadores de ejercer la huelga y el derecho de la población a usufructuar los servicios esenciales.

La garantía del funcionamiento del servicio o prestación esencial mediante el recurso a los servicios mínimos se hace impidiendo a determinados trabajadores —

---

<sup>342</sup> Vid., entre otros, ACKERMAN, Mario E., *Reglamentación...*, cit.; BAYLOS GRAU, Antonio, *Derecho de huelga...*, cit.; CABEZA PEREIRO, Jaime, *La imposición...*, cit.; CORTE, Néstor T., *Regulación de la huelga...*, cit.; ERMIDA URIARTE, Óscar, *La huelga...*, cit.; GARCÍA, Héctor O., *La huelga...*, cit.; GIUGNI, Gino, *Diritto...*, cit.; MANTERO ALVAREZ, Ricardo, *Límites...*, cit.; PLA RODRIGUEZ, Américo, *La huelga...*, cit.; TORRENTE GARI, Susana, *El ejercicio del derecho de huelga...*, cit.; y VIVERO SERRANO, Juan B., *La huelga...*, cit.

<sup>343</sup> PÉREZ REY, Joaquín, *El incumplimiento de los servicios mínimos y su revisión judicial en las huelgas que afectan a los servicios esenciales de la comunidad*, en VV.AA, BAYLOS GRAU, Antonio (coord.), *Estudios sobre la huelga*, Bomarzo, Albacete, 2005, p. 204.

<sup>344</sup> Por esa razón, no deben ser confundidos con los servicios (también mínimos) de conservación o vigilancia que se derivan de los servicios de mantenimiento y seguridad de los bienes de la empresa, ya tratados supra.

aquellos que resultan designados al efecto— suspender su contrato con ocasión de la huelga y obligándoles, en consecuencia, a desarrollar sus tareas de forma similar a lo que acaece en panorama productivo presidido por la normalidad y no por el conflicto<sup>345</sup>. Sin embargo, el verdadero salto interpretativo reside en que —según apunta Pérez Rey—, aunque los servicios mínimos no alteran la naturaleza del trabajo prestado, éste deja de responder a la lógica del sinalagma contractual; en este caso el intercambio de trabajo por salario se pone al servicio de la protección de los derechos fundamentales afectados por la huelga en los servicios esenciales, que constituye la finalidad última que justifica la imposición de servicios mínimos<sup>346</sup>.

Por lo tanto, siguiendo este esquema de razonamiento, el trabajo prestado en condiciones de servicio mínimo, no encuentra su causa directa en el contrato de trabajo sino en la obligación de garantía de vigencia de los derechos fundamentales; se trata de una prestación laboral desarrollada por fuera del perímetro contractual, que no se encuentra destinada a satisfacer los intereses empresariales sino a mantener la continuidad de la actividad en orden a asegurar necesidades vitales (e impostergables) de las personas.

En qué medida afecta esa *mutación causal* de la prestación laborativa durante la huelga a los poderes jurígenos empresariales, dependerá de cada ordenamiento nacional. Por lo pronto, se podría afirmar que dichos poderes quedarán parcialmente *anestesiados* cuando sea el propio sujeto colectivo quien tenga a su exclusivo cargo la obligación de arbitrar los medios a los fines de garantizar la prestación del servicio en condiciones mínimas. Menor será la afectación de las facultades del empleador, cuando éste tenga reservada una participación en el mecanismo de establecimiento de los servicios mínimos y/o en el control y seguimiento de ejecución de los mismos.

### 12.2. Criterios de determinación de los servicios mínimos

Desde su literalidad, el adjetivo “mínimo” que califica al servicio, resulta suficientemente expresivo en orden a discernir, a primera vista y en términos generales, el *quantum* de la actividad que debe ser mantenida en caso de huelga que afecta servicios esenciales. *Mínimo*, en relación a la cantidad de actividad prestada en condiciones de normalidad productiva; o *mínimo*, respecto del grado de satisfacción de la necesidad vital.

En tal sentido, los órganos de control de OIT han dicho, en reiteradas ocasiones, que el servicio mínimo debe limitarse a las operaciones *estrictamente necesarias*<sup>347</sup> o *estrictamente indispensables*<sup>348</sup>, para cubrir *las necesidades básicas de la población o satisfacer las exigencias mínimas del servicio*<sup>349</sup>. Debería tratarse —insiste el CEACR— *real y exclusivamente de un servicio mínimo*<sup>350</sup>.

---

<sup>345</sup> PÉREZ REY, Joaquín, *El incumplimiento de los servicios mínimos...*, cit., p. 205.

<sup>346</sup> PÉREZ REY, Joaquín, *El incumplimiento de los servicios mínimos...*, cit., p. 205.

<sup>347</sup> Informes casos números 1923, párrafo 222; 1971, párrafo 57; 2212, párrafo 751; entre otros, en OIT, *La libertad sindical...*, cit., p. 132.

<sup>348</sup> Informes casos números 1782, párrafo 325; 1856, párrafo 436; 2044, párrafo 453; entre otros, en OIT, *La libertad sindical...*, cit., p. 133.

<sup>349</sup> OIT, *Libertad sindical...*, cit., p. 76.

<sup>350</sup> OIT, *Libertad sindical...*, cit., p. 76.

Pero además, la prestación del servicio mínimo no debe menoscabar la eficacia del medio de presión<sup>351</sup> (vgr. huelga). Vale decir, el alcance de los servicios mínimos no debe tener por resultado que la huelga sea inoperante en la práctica en razón de su escaso impacto; o, en otras palabras, la acción de la huelga no se debe ver frustrada en razón de servicios mínimos concebidos *demasiado ampliamente*<sup>352</sup>. En esa línea, parece lógico que la cobertura de los servicios mínimos sea asignada, de ser posible, a los trabajadores que no adhieren a la huelga. De ese modo, se podría evitar la afectación del derecho de huelga en el plano individual y garantizar, al mismo tiempo, el mantenimiento del servicio esencial.

Se verifica de tal modo, un doble condicionamiento en la determinación de los servicios mínimos: el primero de ellos, de carácter objetivo, vinculado a la cantidad de prestación del servicio, y el segundo, de corte subjetivo, relacionado con la garantía de eficacia de la huelga.

El servicio mínimo ha de ser el *necesario* (criterio de necesidad) para el mantenimiento del servicio esencial (y la garantía del derecho fundamental cuya vigencia se pretende); pero además, deberá ser el *adecuado* (criterio de proporcionalidad) a las características específicas del conflicto, de suerte que la huelga mantenga su eficacia, aunque —por supuesto— sea en menor grado de intensidad, con motivo de la restricción que el establecimiento de servicios mínimos supone.

Asimismo, el CLS ha insistido en la importancia de que las disposiciones relativas a los servicios mínimos a aplicar en caso de huelga en un servicio esencial se determinen en forma *clara*, se apliquen *estrictamente* y sean *conocidas* a su debido tiempo por los interesados<sup>353</sup>. Claridad, estrictez y publicidad, por tanto, completan el recetario de OIT en materia de determinación de servicios mínimos (en acápite separado se tratarán las cuestiones relativas a las fuentes de determinación de los servicios mínimos).

Los lineamientos expuestos guían el sentido que, desde el ámbito internacional, se proyecta hacia las normativas nacionales reguladoras del establecimiento de servicios mínimos. Sin embargo, se trata de criterios generales y (en cierto grado) abiertos —aunque ello no significa, en modo alguno, restarles eficacia normativa a los pronunciamientos de los órganos de control de OIT—, que deben ser adaptados a la hora de determinar en concreto, el nivel de prestaciones que ha de mantenerse en caso de huelga de acuerdo a las circunstancias particulares del conflicto (ámbito funcional, geográfico y temporal), la oportunidad en la que se lleva a cabo y la modalidad específica que adopta la medida de fuerza.

Para ello, hay que efectuar en cada caso concreto un *análisis tópico* (o de situación); un *juicio de ponderación*, que —como ya se ha explicado— no tiene en cuenta el daño producido a la empresa sino el daño producido a los usuarios de los servicios esenciales en relación con la limitación del ejercicio del derecho de huelga. Se trata de evaluar, en particular, la *proporcionalidad* de los servicios mínimos de acuerdo a las circunstancias concurrentes en el conflicto.

---

<sup>351</sup> OIT, *Libertad sindical...*, cit., p. 76.

<sup>352</sup> Informes casos números 1782, párrafo 325; 1856, párrafo 436; 2044, párrafo 453; entre otros, en OIT, *La libertad sindical...*, cit., p. 133.

<sup>353</sup> Informes casos números 1921, párrafo 573 y 2212, párrafo 751; en OIT, *La libertad sindical...*, cit., p. 132.

En esa línea, ha de tenerse en cuenta, en primer lugar, el alcance funcional de la huelga. Probablemente, el derecho de huelga consienta una restricción mayor (a través de una imposición más elevada de servicios mínimos) en caso de huelga general, debido al *efecto sinérgico*<sup>354</sup> que produce la paralización simultánea de todas las actividades (esenciales o no). Por el contrario, el sacrificio de los huelguistas podrá ser menor, cuando el ámbito de la huelga se circunscriba a una actividad determinada, que cuente con alternativas suficientes a través de servicios análogos (vgr. transporte público, terrestre o subterráneo, automotor o ferroviario, en caso que el ordenamiento respectivo califique de esencial alguno de estos servicios) que sirvan a los fines de garantizar la satisfacción del mismo derecho en juego.

Incluso, dentro de una misma actividad, habrá que ponderar qué sectores justifican el establecimiento de servicios mínimos y cuales no. En tal sentido, en el caso número 1971<sup>355</sup>, el CLS reprochó al gobierno de Dinamarca, la imposición de servicios mínimos sobre más de 400.000 trabajadores, “sin hacer ningún esfuerzo por establecer una distinción entre los sectores que se podría haber argumentado que son realmente esenciales (...) y los que no pueden considerarse como tales.” Parece claro que, desde el punto de vista funcional, la huelga de trabajadores afectados a determinadas labores que no están indefectiblemente vinculadas con la ejecución mínima del servicio (vgr. administrativos, de mantenimiento, etc.), no resulta pasible de limitación (cuanto menos, en la misma intensidad que consienten los sectores que sí tienen a su cargo la prestación o suministro efectivo del servicio). Cobra operatividad, en este aspecto, la distinción ya apuntada entre actividad y servicio, de donde se desprende que dentro de una misma actividad concurren servicios de distinta naturaleza. Sólo será pasible de limitación la huelga que afecte servicios esenciales, no así aquella que lleven a cabo trabajadores asignados a servicios marginales que, dentro de la misma actividad, no resultan indispensables para el mantenimiento del derecho fundamental cuya tutela se procura.

También habría que considerar, a los fines de la proporcionalidad de los servicios mínimos, el alcance territorial de la medida de fuerza. Vale decir, el nivel de prestación de los mismos podrá ser mayor cuando el ámbito geográfico en el que se desarrolla la huelga sea extenso (y hubiese escasas posibilidades de acceder al servicio esencial a través de prestadores ubicados en las proximidades del conflicto), mientras que será menor si la huelga afecta un territorio reducido.

Evidentemente, el tiempo de duración de la huelga (ámbito temporal) importa otro criterio que debe ser atendido en oportunidad de proceder al establecimiento de servicios mínimos. No es lo mismo una huelga que paraliza una actividad por una semana que aquella cuya duración es de veinticuatro horas. Probablemente en el primer supuesto se justifique la diagramación de un *quantum* más elevado de servicios mínimos.

Tampoco pareciera que merece el mismo tratamiento, la huelga que afecta servicios esenciales en períodos vacacionales<sup>356</sup> o festivos, que aquella que se desarrolla

---

<sup>354</sup> CABEZA PEREIRO, Jaime, *La imposición...*, cit., p. 182.

<sup>355</sup> Reclamación presentada ante el CLS de OIT por la Asociación de Trabajadores del Transporte Aéreo (ATTA) y la Asociación del Personal de Cabina de Maersk Air (APCMA) contra el Gobierno de Dinamarca.

<sup>356</sup> Sobre el particular, el Tribunal Constitucional de España expresó que “en caso de producirse huelgas en servicios de transporte en períodos ordinarios de vacaciones y siempre, naturalmente, que los mismos sean considerados esenciales para la comunidad, el mantenimiento de tales servicios podrá establecerse

en épocas de actividad normal. Piénsese, por ejemplo, cómo afectaría en uno u otro caso, una huelga de controladores aéreos.

La modalidad del ejercicio del derecho de huelga escogida por los trabajadores también debe ponderarse al momento de fijar los servicios mínimos. No produce los mismos efectos una huelga que paraliza toda la actividad, que otra desarrollada en forma intermitente o rotatoria. En tales casos, el análisis tópico es imprescindible ya que una huelga “por turnos” puede causar más o menos daño, según las circunstancias y la actividad de que se trate. En extremo, ciertas modalidades de la huelga, como por ejemplo, la huelga “a la japonesa” (entendida ésta como la *exhibición* a los usuarios en forma directa —pancartas, pintadas, etc.— o indirecta —uso de brazaletes, vestimenta, etc.—, del malestar laboral con motivo de un incumplimiento atribuible al empleador y con el objeto de mancillar el honor de éste) ni siquiera requieren del establecimiento de servicios mínimos<sup>357</sup>.

De otro lado, el grado de adhesión a la huelga por parte de los trabajadores es un dato importante que requiere ser meritudo (en el contexto tópico) al momento de fijar los servicios mínimos. De modo tal que, una huelga que cuente con una gran adhesión probablemente requerirá de un servicio mínimo mayor que otra cuya adhesión sea escasa.

En contraste, no es determinante *per se*, a los efectos de elucidar la proporcionalidad de los servicios mínimos, el dato relativo a la cantidad de trabajadores afectados a la prestación del servicio durante la huelga en comparación con la cantidad de trabajadores ocupados en la actividad en condiciones de normalidad. En tal sentido, comparto la crítica<sup>358</sup> efectuada sobre una sentencia del Tribunal Supremo de España (STS del 1/10/2003), cuya fundamentación jurídica excluye que se hayan fijado servicios mínimos desproporcionados porque el 77% de los trabajadores ejercieron el derecho de huelga, con prescindencia de cualquier otro argumento que pondere las circunstancias específicas del conflicto.

De igual modo, resulta cuestionable la sentencia dictada por la Cámara 7ª del Trabajo de Mendoza en autos caratulados “*Asociación Mendocina de Profesionales de la Salud c. Gobierno de la Provincia de Mendoza*”, de fecha 03/12/2009, que declara la ilegalidad de la huelga decretada por la organización sindical, en atención a la falta de cumplimiento de los servicios mínimos, con referencia exclusiva a la cantidad de trabajadores efectivamente adheridos a la medida de acción directa. En la especie, el tribunal entendió que el ausentismo (durante la huelga) del 80% del personal (o, lo que es lo mismo, la prestación del servicio por el 20% de la plantilla de trabajadores), estaría evidenciando la insuficiencia del servicio, “para brindar *normalmente*”<sup>359</sup> servicios de guardia general y de servicios críticos” (la cursiva me pertenece).

---

en niveles superiores a los que serían constitucionalmente admisibles en huelgas convocadas en otras fechas y en las que no concurren las circunstancias señaladas.” (TC Madrid, sala I, 15/03/1990).

<sup>357</sup> En Argentina, la modalidad de huelga “a la japonesa” fue utilizada por el personal del Hospital Gárraghan al inicio de un conflicto sindical (que luego derivó en abstención de tareas y adquirió una gran trascendencia mediática) suscitado durante los años 2004 y 2005. En esa oportunidad, los trabajadores del nosocomio mencionado repartían globos a los pacientes y sus familiares, con el fin de exhibir el conflicto y el malestar laboral ante la falta de pago de salarios adeudados.

<sup>358</sup> Vid. CABEZA PEREIRO, Jaime, *La imposición...*, cit., p. 186.

<sup>359</sup> En el fallo citado, el análisis que lleva a cabo el tribunal tiene en cuenta exclusivamente, la cantidad de trabajadores afectados a la prestación del servicio durante la huelga en cada uno de los nosocomios alcanzados por la medida de fuerza. Sin embargo, se desprende de dicho análisis que el *quantum* del

Es decir, el dato cuantitativo *aislado* respecto de los trabajadores afectados al servicio (o, a la inversa, de los trabajadores que ejercieron efectivamente la huelga) no es indicativo de la adecuación proporcional de los servicios mínimos (aunque sí podría serlo respecto de su *desproporcionalidad*; vgr. cuando el servicio mínimo supera el servicio que se presta en condiciones de normalidad productiva<sup>360</sup>), ya que en algunos casos la prestación del servicio esencial puede garantizarse con escaso personal, mientras que en otros puede ser necesaria una dotación mayor para asegurar su mantenimiento en condiciones indispensables. Asimismo, resulta necesario conocer previamente el nivel de ausentismo habitual en cada supuesto, ya que ello servirá de pauta para determinar cuál es la cantidad de servicio prestado en condiciones de normalidad y en consecuencia, la in/suficiencia del servicio mínimo adoptado.

Esta idea ha sido desarrollada por García, quien distingue, precisamente, los servicios mínimos que deben ser mantenidos durante la ejecución de la huelga, del *personal mínimo* afectado al cumplimiento de los mismos, alertando de paso, sobre la terminología confusa e indebida de *guardias mínimas*, que se suele utilizar en el último caso<sup>361</sup>. Para visualizar con más claridad esta diferencia, el autor citado recurre a la legislación italiana; en concreto, a la ley 146/90 reformada por ley 83/2000. Sostiene en tal sentido, que la mentada reforma reforzó las atribuciones de la *Comissione di Garanzia* (órgano sobre el cual ya se han hecho algunas referencias a lo largo de esta obra) asignándole facultades para modificar los servicios mínimos acordados por las partes en caso de no considerarlos idóneos para resguardar los derechos de las personas constitucionalmente tutelados. Sin embargo —continúa García— como contrapeso de tal ampliación de facultades, la reforma legal italiana impone límites máximos a la fijación de servicios mínimos por el órgano independiente. Los servicios mínimos impuestos a las partes, a falta de acuerdo entre las mismas, no deben exceder “el 50% de las prestaciones normalmente erogadas” —estos es, un servicio mínimo de funcionamiento— con la “cuota estrictamente necesaria del personal no superior a un tercio del personal normalmente utilizado para la plena erogación del servicio” (artículo 13, ley 146/1990, reformada por ley 83/2000), lo que demuestra que el servicio mínimo y la dotación mínima no son identificables, y que para cubrir determinado porcentaje de prestación del primero, no es necesario el mismo porcentaje de trabajadores<sup>362</sup>.

### 12.3. Fuentes de determinación de los servicios mínimos

a) *Determinación concertada de los servicios mínimos entre los actores sociales y la autoridad pública e instancia revisora a cargo de un órgano independiente (la fórmula de OIT)*

---

servicio que los jueces requieren para evaluar la i/legalidad de la huelga, es aquél que se corresponde con el *servicio normal*, soslayando que la característica más elemental del servicio mínimo es su finalidad excepcional, para atender precisamente, necesidades elementales, indispensables e impostergables del servicio. Ciertamente es que, de la prueba colectada en la causa surge que en uno de los hospitales afectados por la huelga (Hospital Perupato) el ausentismo fue del 100%; por tanto, en dicho caso, resulta obvio que no hubo satisfacción de servicios mínimos.

<sup>360</sup> Vid. sentencia del Tribunal Supremo Español, del 24/04/2002; citada por CABEZA PEREIRO, Jaime, *La imposición...*, cit., p. 186.

<sup>361</sup> GARCÍA, Héctor O., *La regulación de la huelga en los servicios esenciales*, RDL, 2006-2, p. 499.

<sup>362</sup> GARCÍA, Héctor O., *La regulación de la huelga...*, cit., p. 499/500.



Dado que, el establecimiento de servicios mínimos es uno de los sistemas posibles de mantenimiento de los servicios esenciales, que opera a través de la limitación de uno de los medios de presión del que disponen los trabajadores y sus organizaciones para defender sus intereses económicos y sociales, es indudable que éstos deberían, cuanto menos, tener garantizada la participación en los procedimientos de definición e implementación concreta de los mismos.

Tal ha sido la postura inveterada adoptada por los órganos de control de OIT, a través de la doctrina elaborada mediante la labor ordinaria llevada a cabo por la CEACR y la profusa casuística del CLS.

Sin embargo, dicho órganos no excluyen la participación de las autoridades públicas y las organizaciones de empleadores en los mecanismos de determinación de los servicios mínimos a mantener en caso de huelga que afecte servicios esenciales, ni tampoco postulan su prescindencia, al momento de determinar el número de trabajadores que deberán garantizar la continuidad del servicio<sup>363</sup>. Ello así, a los efectos de permitir un ponderado intercambio de puntos de vista sobre lo que en una situación concreta puedan considerarse como servicios mínimos limitados a lo estrictamente indispensable y a los fines, también, de contribuir a garantizar que el alcance de los servicios mínimos no tenga por resultado que la huelga resulte inoperante en razón de su escaso impacto, así como a disipar posibles impresiones de las organizaciones sindicales en el sentido de que una acción de huelga se vea frustrada en razón de servicios mínimos concebidos ampliamente y fijados unilateralmente<sup>364</sup>.

A su vez, agrega la CEACR que sería sumamente conveniente que las negociaciones sobre la definición y la organización del servicio mínimo no se celebraran durante los conflictos de trabajo, a fin de que todas las partes interesadas pudieran negociar con la perspectiva y la serenidad necesarias<sup>365</sup>. Sobre este punto, estimo que la comisión está haciendo referencia a los mecanismos y pautas procedimentales de determinación de los servicios mínimos, ya que la fijación del *quantum* de los mismos y su modo de ejecución, no pueden precisarse *en frío*, sino — precisamente— durante el conflicto, atendiendo a sus circunstancias particulares y la modalidad de huelga escogida, según ya se ha explicado más arriba.

Dicha interpretación es coherente con la propuesta de la CEACR que, en esa línea, se pronuncia en favor de que los sistemas nacionales prevean la constitución de un organismo paritario o independiente que tuviera como misión expedirse rápidamente y sin formalismos sobre las dificultades que plantea la definición y aplicación de tal servicio y que estuviera facultado para emitir decisiones ejecutorias<sup>366</sup>.

Ahora bien, sobre la posibilidad de que sea la autoridad pública (a través del Ministerio de trabajo o entidad análoga) quien defina exclusiva y unilateralmente, *ab initio* o en *instancia de revisión*, las cuestiones relativas al número y ocupación del personal asignado al servicio mínimo, la posición de OIT es contundente en cuanto a su rechazo.

---

<sup>363</sup> Vid. GERNIGON, Bernard, ODERO, Alberto, y GUIDO, Horacio, *Principios de la OIT...*, cit., p. 491/492.

<sup>364</sup> Informes casos números 1782, párrafo 325; 1856, párrafo 436; 2044, párrafo 453; entre otros, en OIT, *La libertad sindical...*, cit., p. 133.

<sup>365</sup> OIT, *Libertad sindical...*, cit., p. 76.

<sup>366</sup> OIT, *Libertad sindical...*, cit., p. 76.

Como ya se dijo, el sindicato debe tener garantizado el acceso a los procedimientos de establecimiento de servicio mínimos; mientras que, la revisión de los mismos (cantidad, organización, etc.) con anterioridad o durante su puesta en práctica<sup>367</sup>, no es competencia de las autoridades gubernamentales. En todo caso, sostiene el CLS, las divergencias suscitadas al respecto deberán ser resueltas por un *órgano independiente*.

En efecto, esa ha sido la doctrina invariable del Comité en oportunidad de resolver las quejas llevadas a su conocimiento. En ese sentido se ha expedido, por ejemplo, en la queja elevada contra el gobierno de Croacia por el Sindicato de Ferroviarios de dicho país (RTUC)<sup>368</sup>, mediante la cual dicha organización gremial cuestionaba el poder discrecional irrestricto del Ministro de Trabajo para determinar unilateralmente los servicios mínimos en caso de huelga (en un conflicto determinado, la autoridad de aplicación había declarado un servicio mínimo del 20% de la prestación mientras que en otro de similares características, los había fijado en el 80%, sin argumentos que respaldasen su decisión).

En la reclamación<sup>369</sup> presentada por la Asociación de Trabajadores del Transporte Aéreo (ATTA) y la Asociación del Personal de Cabina de Maersk Air (APCMA) en virtud del artículo 24 de la Constitución, alegando la no observancia por parte de Dinamarca del Convenio n° 87, el Comité tomó nota “con pesar” de que el Gobierno no intentó negociar un servicio mínimo para el período de la acción laboral directa adoptada por los sindicatos, de manera que se hubiera permitido a las partes en el conflicto resolver sus diferencias por medio de la negociación colectiva libre, en vez de recurrir a un acuerdo impuesto reglamentariamente que las partes están obligados a cumplir durante dos años.

También mereció reproche del Comité<sup>370</sup>, la intervención ministerial del Gobierno de Portugal (en instancia revisional) —en una huelga convocada por la Unión General de Trabajadores (UGT)—, que condujo a la imposición de la requisa de un número excesivo de trabajadores.

De igual modo, el CLS criticó la legislación de Cabo Verde —queja presentada por la Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres (CIOSL)<sup>371</sup>— que faculta a la autoridad administrativa laboral para resolver la divergencia en cuanto al número y ocupación de trabajadores designados para cubrir un servicio mínimo. En tal sentido, recordó, una vez más, que dicha potestad debe recaer en un órgano independiente y no en el Ministerio de Trabajo o el Ministerio o empresa pública concernida.

---

<sup>367</sup> Para dilucidar *después de una huelga* si los servicios mínimos eran excesivos, porque fueron más allá de lo indispensable, el CLS estimó que un pronunciamiento definitivo y con completos elementos de apreciación sólo puede realizarse por la *autoridad judicial*, toda vez que supone en particular un conocimiento en profundidad de la estructura y funcionamiento de las empresas y establecimientos concernidos y del impacto efectivo que tuvieron las acciones de huelga (Informes casos números 1856, párrafo 437 y 1866, párrafo 114, en OIT, *La libertad sindical...*, cit., p. 133; y GERNIGON, Bernard, ODERO, Alberto, y GUIDO, Horacio, *Principios de la OIT...*, cit., p. 491).

<sup>368</sup> Caso número 1923, párrafo 222.

<sup>369</sup> Caso número 1971, párrafo 57.

<sup>370</sup> Caso número 1782, párrafo 326.

<sup>371</sup> Caso número 2044, párrafo 453.

*b) Fuentes (y procedimientos) de determinación de los servicios mínimos en el derecho comparado*

*b) 1. Italia*

El sistema italiano es uno de los que más se asemeja a la fórmula propiciada por OIT. En efecto, según ya se ha dicho, el ordenamiento<sup>372</sup> prevé la determinación autónoma de los servicios mínimos a través de la regulación concertada colectivamente de los mismos, y delega su revisión (condicionada de acuerdo a pautas precisas que limitan la cantidad de la prestación y la cantidad de trabajadores involucrados en ella) en la *Comissione di Garanzia*, cuando aquellos no resultaren idóneos.

Difiere de la prescriptiva de OIT en cuanto a que no dispone la necesaria intervención de la autoridad gubernamental en el procedimiento inicial de fijación de los servicios mínimos, y en cuanto la habilita para que, por vía de excepción (*precettazione*) adopte unilateralmente las medidas indispensables para asegurar el funcionamiento mínimo del servicio.

*b) 2. Portugal*

Según la legislación portuguesa<sup>373</sup>, el servicio mínimo puede ser determinado por acuerdo entre la empresa y los sindicatos, o por recurso al arbitraje previsto de manera permanente en un convenio colectivo, o decidido de manera especial para una huelga determinada, cuando no se llega a un acuerdo.

También prevé la posibilidad de que, ante la falta de consenso entre las partes, el establecimiento de los servicios mínimos se realice a través de un arbitraje especial, en el ámbito del Consejo Económico y Social, por personalidades escogidas mediante acuerdo entre las confederaciones sindicales y patronales (dicho órgano también se encuentra facultado para intervenir en conflictos relativos a la negociación colectiva).

El Gobierno interviene solamente en última instancia, si no se llega a un acuerdo respecto del establecimiento de los servicios mínimos y no se activó el procedimiento de arbitraje.

*b) 3. Grecia*

La ley 1264/1982 dispone la obligación de que una dotación de *personal mínimo* garantice las *necesidades elementales de la población*. Ello debe ser regulado mediante acuerdo colectivo al nivel de la empresa, entre ésta y el sindicato allí implantado, y para cada año en particular. En su defecto, la ley prevé la conclusión de un acuerdo de empresa con el concurso de la organización sindical más representativa.

Si, de uno u otro modo no se pudo arribar a acuerdo alguno, incluso después de celebrada una mediación, es la comisión tripartita denominada de *Protección de los Cuadros Sindicales* (órgano administrativo) quien se encarga de definir y ejecutar las obligaciones en cuestión. Según explica Aliprantis, se trata de hecho, de un arbitraje obligatorio estatal<sup>374</sup>.

---

<sup>372</sup> Ley 146/1990, ref. por ley 83/2000.

<sup>373</sup> Ley 30 del 20/10/1992.

<sup>374</sup> ALIPRANTIS, Nikitas, *Informe griego*, cit., p. 145.

#### b) 4. España

El artículo 28.2 de la Constitución española difiere a la regulación legal el establecimiento de “las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad.” A ello provee el artículo 10.2 del DLRT, cuyo texto establece que “la autoridad gubernativa podrá acordar las medidas necesarias para asegurar el funcionamiento de los servicios.” En consecuencia, es la autoridad gubernativa —el propio gobierno o la autoridad en que éste delegue o que ostente su delegación general, como el gobernador civil o el delegado de gobierno; en su caso, la autoridad de la comunidad autónoma o municipal— quien se encuentra facultada para fijar los servicios mínimos, mediante acto *motivado* y exteriorizado oportunamente, que garantice además, la *proporcionalidad*<sup>375</sup> de la medida.

La disposición que fija los servicios mínimos puede ser impugnada ante la jurisdicción contencioso administrativa. La negociación autónoma sobre la determinación de los servicios mínimos, si bien no está excluida legalmente, *no desplaza ni sustituye* la decisión de la autoridad gubernativa<sup>376</sup>.

#### b) 5. Francia

El ordenamiento legal francés no exige la obligación de establecer servicios mínimos en caso de huelga que afecte servicios públicos. Ello no implica, sin embargo, que no puedan fijarse servicios mínimos por otras vías.

En efecto, en los últimos años y en determinados ámbitos, se han establecido servicios mínimos a través de acuerdos colectivos. Por ejemplo: el Acuerdo de marzo de 1988 en la Sociedad de Autopistas del Sur de Francia, que crea un servicio mínimo en caso de huelga; el Acuerdo de mayo de 2002, que hace lo propio en la Sociedad de Orange; y el Acuerdo de 1996 (ratificado en 2001) en la Sociedad de Transportes Públicos de París<sup>377</sup>.

#### b) 6. Gran Bretaña

Al igual que en Francia, tampoco existe en Gran Bretaña disposición normativa alguna que establezca la obligación de mantener servicios mínimos durante la huelga.

Tal anomia no significa en modo alguno que el legislador entienda que el problema no reviste importancia, sino que, tradicionalmente el tratamiento de los conflictos laborales en los servicios esenciales ha sido más proclive a anticipar los efectos de la huelga (o lockout, en su caso) a través de la adopción de medidas para

---

<sup>375</sup> El incumplimiento de las exigencias de proporcionalidad y motivación de la medida por parte de la autoridad gubernativa produce la vulneración del artículo 28.2 de la CE y, en consecuencia, la nulidad del acto administrativo de establecimiento de servicios mínimos (cfr. PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel, *Derecho...*, cit., p. 615).

<sup>376</sup> ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María E., *Derecho...*, cit., p. 912/914.

<sup>377</sup> MORENO VIDA, María N., *La huelga...*, cit., p. 67. Señala la citada autora, con cita en CHORIN, J., *La grève dans les services publics. Quelques questions d'actualité*, en *Droit Social*, nº 6, juin 2003, p. 569, que la doctrina se ha planteado si jurídicamente los interlocutores sociales tienen competencia en esta materia cuando el Preámbulo de la Constitución la reserva, en principio, sólo al legislador.

asegurar el suministro del servicio una vez que éste ha sido interrumpido, que a recurrir a la ley para prevenir su interrupción.

Hay que decir, no obstante, que en la práctica —debido a las amplias facultades que ostenta la autoridad gubernativa y la postura conservadora de los jueces— existe una *prohibición casi absoluta*<sup>378</sup> de la huelga en el ámbito de los servicios esenciales.

De todos modos, se verifica en la actualidad una tendencia a recurrir a la autorregulación sindical negociada a los fines de garantizar el mantenimiento de los servicios esenciales, fundamentalmente en el ámbito de la sanidad y en aquellas actividades donde la interrupción del trabajo pudiera causar un daño considerable<sup>379</sup>.

#### b) 7. Canadá

En Canadá, la regulación del derecho de huelga difiere de acuerdo a las distintas leyes provinciales. No obstante, y respecto del tema que ahora nos ocupa, el modelo más extendido (aplicado, en Québec, entre otras localidades) establece que el empresario y el sindicato *acreditado* deben negociar los servicios mínimos que hay que mantener, antes de que la huelga pueda desencadenarse. A falta de acuerdo, es el sindicato el que determina unilateralmente el nivel de servicios que hay que preservar. Sin embargo, el ordenamiento también prevé un sistema complejo, en cabeza de un tribunal especializado (“Consejo de los servicios esenciales”) que se encuentra facultado para verificar que se haya determinado un nivel aceptable de servicios. Si dicho nivel no es satisfactorio, el gobierno puede suspender el derecho de huelga<sup>380</sup>.

#### b) 8. Uruguay

El artículo 4° de la ley n° 13.720 requiere que se mantengan *turnos de emergencia* cuando la huelga afecta servicios esenciales. El Ministerio de Trabajo es la autoridad encargada de determinar si la huelga afecta (o no) servicios esenciales<sup>381</sup>. Y es la misma autoridad laboral quien se encuentra facultada para fijar los servicios mínimos que deberán ser mantenidos por turnos, señalándose que el MTSS podrá realizar una consulta a los trabajadores antes o después de la medida adoptada, quienes deberían, a través del voto secreto, ratificar o rectificar la medida<sup>382</sup>.

Si los trabajadores en conflicto no cumplen con los mencionados turnos de emergencia que hagan posible el mantenimiento de los servicios indispensables, la huelga puede ser declarada ilícita, y la autoridad pública queda habilitada para disponer las medidas que considere necesarias con la finalidad de que se mantenga el servicio<sup>383</sup>. En esa inteligencia, la autoridad de aplicación puede recurrir a la utilización de los

---

<sup>378</sup> FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Roberto, *Los servicios esenciales...*, cit., p. 91.

<sup>379</sup> Cfr. MORENO VIDA, María N., *La huelga...*, cit., p. 49.

<sup>380</sup> TRUDEAU, Gilles, *Informe del Canadá...*, cit., p. 93.

<sup>381</sup> En la redacción original de la ley n° 13.720 (1968), dicha potestad se encontraba en cabeza de la Comisión de Productividad, Precios e Ingresos.

<sup>382</sup> MANTERO ALVAREZ, Ricardo y LÓPEZ LÓPEZ, Adriana, *Derecho de huelga*, en *El Derecho Laboral del Mercosur ampliado*, 2ª edición, Fundación de Cultura Universitaria y OIT-Cinterfor, Montevideo, 2000, p. 495.

<sup>383</sup> MANTERO ALVAREZ, Ricardo, *Límites...*, cit., p. 218.

bienes<sup>384</sup> y a la contratación de prestaciones personales indispensables para su continuidad, sin perjuicio de aplicar al personal afectado las sanciones legales que estime corresponder.

#### *b) 9. Chile*

En caso de huelga que afecte servicios esenciales, el artículo 380 del Código de Trabajo de Chile dispone que el sindicato o grupo negociador estará obligado a proporcionar el personal indispensable para la ejecución de las operaciones cuya paralización pudiera causar un daño. La comisión negociadora deberá señalar al empleador, a requerimiento escrito de éste, los trabajadores que compondrán el *equipo de emergencia*, dentro de las veinticuatro horas siguientes a dicho requerimiento. Si así no lo hiciera (sea por negativa expresa de los trabajadores, o en caso de discrepancia en cuanto a la composición del equipo), el empleador podrá efectuar un reclamo ante la Inspección del Trabajo a fin de que se pronuncie sobre la obligación de los trabajadores de proporcionar dicho equipo.

La reclamación deberá ser interpuesta por el empleador dentro del plazo de cinco días contados desde la fecha de la negativa de los trabajadores o de la falta de acuerdo —en su caso— y deberá ser resuelta dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su presentación. La resolución de la Inspección del Trabajo podrá ser recurrida ante el Juzgado de Letras del Trabajo dentro de los cinco días siguientes a la fecha de la resolución o de la expiración del plazo señalado.

#### *b) 10. Brasil*

La legislación brasileña<sup>385</sup> prevé que, ante una huelga, un *equipo de trabajadores* (designado mediante acuerdo de partes) tendrá a su cargo la garantía de funcionamiento de la empresa en caso que aquella afecte servicios indispensables de atención de las necesidades impostergables de la comunidad.

Cuando no es mantenido ese equipo mínimo de trabajadores en actividad, los Tribunales del Trabajo, requeridos, acostumbran exigir tal providencia a los sindicatos, bajo pena de multa diaria por el incumplimiento<sup>386</sup>.

#### *12.4. Incumplimiento de la prestación de los servicios mínimos*

Las respuestas que prevén los distintos ordenamientos frente al incumplimiento de la prestación de servicios mínimos son variadas. Varían en cuanto al sujeto pasivo destinatario de la sanción, y se distinguen también, en cuanto a la intensidad de la misma.

---

<sup>384</sup> La referencia a la *utilización de bienes* estaría aludiendo a bienes que no sean de propiedad pública. Según interpreta Mantero de San Vicente, parece ser que la ley impone una limitación al derecho de propiedad y autoriza a que el Poder Ejecutivo utilice bienes de particulares, ya sean de concesionarios del servicio público o de terceros (MANTERO DE SAN VICENTE, Osvaldo, *Derecho Sindical*, cit., p. 239).

<sup>385</sup> Artículo 11° de la ley n° 7.783.

<sup>386</sup> GIGLIO, Wagner D., *La huelga en Brasil*, en GRUPO DE LOS NUEVE, PASCO COSMÓPOLIS, Mario (coord.), *La huelga ...*, cit., p. 47.

Se parte de la base que, cualquiera sea el procedimiento de fijación de servicios mínimos, éstos se encuentran ya determinados en cuanto a su quantum y modalidad de prestación. Por lo tanto, la falta de cumplimiento del servicio se produce una vez que los mismos ya fueron establecidos autónoma o heterónomamente, según el caso.

Con frecuencia, la falta de prestación (total o parcial) del servicio mínimo torna a la huelga en ilegal. Las sanciones, en estos casos, pueden dirigirse indistintamente hacia los trabajadores o hacia el sindicato, o hacia ambos, a través de medidas de distinta naturaleza. Conviene tener en cuenta, no obstante, que en algunos países el sindicato no ostenta personalidad jurídica (vgr. Bélgica), por lo tanto, la sanción se aplica exclusiva e indefectiblemente sobre los trabajadores.

Por lo pronto, la falta individual sin influencia del sujeto colectivo institucionalizado no debería acarrear la ilegalidad de la huelga; mientras que, en sentido contrario, el incumplimiento en el que incurra el sindicato, probablemente torne ilícita la actividad de los huelguistas<sup>387</sup>. Sin embargo, en este último caso habrá que analizar en cada caso concreto si la conducta del trabajador huelguista puede ser sancionada, habida cuenta que, en principio, no parece razonable exigirle al trabajador que actuó de buena fe adhiriendo a una huelga, que sepa o conozca si el sindicato cumplió con las formalidades legales requeridas para que la huelga sea considerada lícita. Más aún si se tiene presente que en el ámbito de los servicios esenciales, los procedimientos que estipulan las leyes con carácter previo a la adopción de la medida de fuerza suelen ser complicados, y que la inobservancia de alguna de sus reglas acarrea habitualmente la ilicitud de la acción.

Puede ser también, que la sanción recaiga alternativamente en el sindicato o en el trabajador, de acuerdo a la responsabilidad que quepa atribuirle a cada uno con motivo de la ejecución deficiente del servicio. Sirve en tal caso, recurrir a la tesis de la *titularidad diferenciada*<sup>388</sup>, sostenida por Palomeque López y ya explicada supra. Vale decir, la sanción deberá ser dirigida hacia el sindicato si el incumplimiento se verifica en la administración del servicio, o hacia el trabajador, si se tratare de la falta (o deficiencia) de prestación laborativa asignada en concreto al trabajador.

No es usual que las regulaciones prevean sanciones o mecanismos de cumplimiento compulsivos hacia la empresa, en caso de falta de prestación de servicios mínimos (con excepción de Italia y Argentina). Ello resulta llamativo, ya que, en todo caso, la ejecución del servicio requiere de la puesta a disposición por parte de la empresa, de los medios instrumentales (instalaciones, maquinarias, etc.) necesarios a los fines de que aquél pueda ser brindado correctamente, con el objeto de satisfacer no el interés del empresario, sino los derechos fundamentales de la población. En consecuencia, el empresario también es responsable de la satisfacción oportuna del servicio esencial, y el rol que le toca desempeñar al momento de garantizar el mantenimiento de éste a través de los servicios mínimos, no puede ser menospreciado ni ignorada su conducta en tal ocasión.

La tipología y gradación de las sanciones originadas en el incumplimiento de la prestación de los servicios mínimos también difiere de acuerdo a cada país.

---

<sup>387</sup> Cfr. VIVERO SERRANO, Juan B., *La huelga...*, cit., p. 331.

<sup>388</sup> Cfr. PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel C., *Ámbito subjetivo...*, cit., p. 15/17.

En el plano individual, las sanciones pueden ser de naturaleza laboral (incluso la posibilidad de despido<sup>389</sup>), civil, administrativa (en el caso de los funcionarios públicos), o incluso, penal. No obstante, conforme los principios de OIT, no deberían imponerse sanciones penales por actos de huelga, salvo en los casos en que no se respeten las prohibiciones relativas a la huelga que estén en conformidad con los principios de la libertad sindical. Pero además, las autoridades deberían excluir el recurso a medidas de encarcelamiento contra quienes organizan o participan en una huelga ilegítima pero pacífica<sup>390</sup>.

En la esfera colectiva, las sanciones van desde las multas pecuniarias (vgr. Gran Bretaña, Italia, Brasil, Argentina) hasta la suspensión o cancelación de la *personería gremial* del sindicato (vgr. también, Argentina). Sobre ésta última posibilidad, el CLS de OIT tiene dicho, sin embargo, que la sanción hacia el sindicato por incumplimiento de la prestación de servicios mínimos, *no podría consistir en la suspensión o cancelación de su personería gremial*, aún cuando dicha decisión corresponda a un órgano judicial independiente<sup>391</sup>.

Cabría reflexionar, por último, acerca de la potestad jurídica de autotutela que Pérez Rey<sup>392</sup> denomina novedosamente, *derecho de resistencia de los trabajadores* ante a una eventual fijación heterónoma y manifiestamente desmesurada de servicios mínimos, teniendo presente que, en el mejor de los casos, frente a tales supuestos de extralimitación administrativa, el control judicial sobreviene al conflicto y no resulta, en consecuencia, garantía adecuada del derecho fundamental de huelga.

### **13. Antecedentes normativos sobre el derecho de huelga en los servicios esenciales en Argentina.**

Frecuentemente atravesado en su *iter* positivo por reglas de facto tendientes a cercenar y penalizar su ejercicio<sup>393</sup> y otras que, aún dictadas en democracia, lo restringían desmesuradamente<sup>394</sup>, el derecho de huelga en Argentina ha logrado, no obstante, alcanzar —y consolidar— su status constitucional (artículo 14 bis, CN) y fundamental (artículo 75, inciso 22, CN), tal como ha sucedido en la mayoría de los países de occidente que abrazan el modelo de organización libre y democrática inscripto en el Estado Social de Derecho.

En tal sentido, la brecha que, en los ordenamientos jurídicos en general (y en el nuestro, en particular) separó la caracterización constitucional y fundamental de la huelga de su tratamiento positivo, es más bien, sintomática de una evidente patología legislativa y/o administrativa. Así, probablemente esa suerte de desconexión habida entre la consagración del derecho de huelga en los textos constitucionales y las pautas

---

<sup>389</sup> El artículo 376 del Código del Trabajo de Paraguay prevé expresamente que la negativa de prestar servicios en las actividades esenciales podrá ser sancionada con el despido del trabajador.

<sup>390</sup> Cfr. GERNIGON, Bernard, ODERO, Alberto, y GUIDO, Horacio, *Principios de la OIT...*, cit., p. 501.

<sup>391</sup> Recopilación de 1996, párrafo 569; en OIT, *La libertad sindical...*, cit., p. 135.

<sup>392</sup> PÉREZ REY, Joaquín, *El incumplimiento de los servicios mínimos...*, cit., p. 228.

<sup>393</sup> Valga recordar, por ejemplo, las leyes n° 21.261 (que suspendió el derecho de huelga) y n° 21.400 (que tipificó como delito sancionable con pena de prisión la instigación a la huelga), sumamente represivas del derecho de huelga, dictadas por el régimen de facto en el año 1976 y derogadas por el mismo régimen mediante la ley n° 22.825 del 17 de mayo de 1983.

<sup>394</sup> Vgr. decreto n° 2184/90, B.O. 19/10/1990.



para su efectivización se deba —siguiendo a Alvarez<sup>395</sup>— a que el legislador, tal vez basado en la operatividad fuerte de la cláusula, omitió crear normas que conllevaran una reglamentación armónica con otros derechos y procedió por el contrario, a desactivar la garantía incorporada.

Como sea, no es ésta la ocasión indicada para analizar la evolución normativa *general* del derecho de huelga en el plano nacional; sino que, con menos ambición, se circunscribe el presente estudio a un acercamiento aproximado y seguramente parcial sobre las normas referidas directa o indirectamente a la regulación de la huelga en los servicios esenciales.

Las previsiones apuntadas se justifican, fundamentalmente, en la dificultad práctica de incorporar a este trabajo la variedad de disposiciones, resoluciones y decretos que, respecto de determinadas actividades y en circunstancias particulares, regularon en alguna medida el ejercicio del derecho de huelga en actividades que, con arreglo a las características propias ya estudiadas, podrían ser incorporadas en la categoría de servicio esencial en alguna de sus acepciones (estricta o extensiva), aún cuando no hubieran reconocido tal denominación específica.

Es que, efectivamente, la dispersión y falta de sistematicidad de la regulación normativa general, característica constante en la historia del derecho de huelga en nuestro país afectó también, en lógica concordancia, su tratamiento jurídico en el ámbito acotado de los servicios esenciales<sup>396</sup>.

### *13.1. Normativa previa a la introducción en el derecho positivo del concepto de “servicio esencial”*

Quizás, la primera experiencia de regulación de la huelga en los servicios esenciales venga dada por el polémico decreto n° 536/45. Los artículos 34 y 35 de dicha norma, calificaban como delictuosa la conducta de quienes promovieran la declaración de una huelga de empleados u obreros que prestaran servicios en reparticiones nacionales, provinciales o municipales, o en empresas semioficiales o particulares que tuvieran a su cargo *servicios públicos*; o quienes estimularan el mantenimiento de una huelga, en establecimiento particular, que haya sido declarada ilegal por la autoridad competente.

En aquél entonces, la categoría específica, propia y laboral de servicios esenciales no se encontraba desarrollada y precisada tal y como se la concibe en la actualidad; ésta se hallaba usual y habitualmente incluida (y *confundida*) en la noción de servicio público perteneciente, más bien, al ámbito del derecho administrativo. Por lo tanto, la penalización de la huelga en aquél ámbito, del modo que postulaba el citado decreto, significó en concreto, la primera regulación (prohibitiva) particular de la huelga en los servicios esenciales. Dicha norma fue luego derogada por el decreto ley n° 4551/55.

---

<sup>395</sup> ALVAREZ, Eduardo O., *Reflexiones...*, cit., p. 1582.

<sup>396</sup> Es justo anticipar, no obstante, que más allá de las distintas regulaciones legales y reglamentarias del derecho de huelga en los servicios esenciales, lo cierto es que —tal como afirma Capón Filas—, la experiencia argentina demuestra que nunca los trabajadores dejaron paralizado servicio esencial alguno. Lo prestaron a reglamento o lo ralentizaron, pero jamás quedaron las ciudades sin agua o sin atención hospitalaria (CAPÓN FILAS, Rodolfo, *Servicios esenciales...*, cit., p. 1365).

También referido al ámbito público, el decreto n° 23.121/49, declaró ilegal la paralización de la actividad productiva en los pozos de petróleo o de gas natural. La huelga se encontraba entre uno de los posibles motivos de interrupción de la actividad. En tal caso, el Ministerio de Trabajo debía disponer un arbitraje obligatorio, dentro de los quince días desde que el conflicto hubiera sido puesto a su consideración. La prohibición de la huelga en dichas actividades se fundaba en la importancia de éstas para la población y la economía en general (nótese que la regulación actual del derecho de huelga considera *esencial* la producción y distribución de gas; cfr. artículo 24, ley n° 25.877).

Previo a la aprobación de la reforma constitucional del año 1957 (y a la incorporación definitiva de la huelga como derecho constitucional garantizado a los gremios) el decreto n° 897/57, relativo al personal de empresas u organismos estatales que prestaba servicios públicos, servicios de interés público o desarrollaba actividades industriales o comerciales —que, atento las características y finalidades de la prestación, hicieren a la satisfacción de impostergables necesidades públicas o de interés o utilidad pública—, dispuso que los conflictos colectivos allí originados quedarían radicados ante los ministerios respectivos, y en el supuesto de no arribar las partes a un acuerdo, se someterían a la decisión del Poder Ejecutivo. Éste último debía expedirse por decreto en un plazo de 30 días, previa vista al Ministerio de Trabajo. Unos meses más tarde, dicha norma fue complementada por el decreto n° 10.596/57, que contemplaba la intervención del Ministerio de Trabajo en los conflictos colectivos bajo su jurisdicción, a cuyo fin le otorgaba facultades para someterlos a un arbitraje obligatorio cuando pudieran verse afectados los servicios públicos, la seguridad o la salud de la población, o la privación de algún artículo de primera necesidad<sup>397</sup>.

Se verifica, en ambas normas, una referencia explícita (aunque ambigua y excesivamente amplia) hacia los servicios que podrían ser considerados esenciales en la actualidad. Si bien no se los designaba de tal modo, la caracterización de los mismos como aquellos que hacen a la satisfacción de *impostergables necesidades públicas o de interés o utilidad pública*, o la definición de éstos en razón de los derechos involucrados (*seguridad o salud de la población*), permite colegir, sin hesitación, que se trataba de una regulación propia de servicios esenciales<sup>398</sup>.

De todos modos, el decreto n° 10.596/57 fue derogado en 1958 por la ley n° 14.447 y declarada luego su inconstitucionalidad por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Beneduce”<sup>399</sup>, por cuanto la proclama administrativa de ilicitud de la huelga prevista en el artículo 9° de dicha norma no admitía revisión judicial.

---

<sup>397</sup> Cfr. CORTE, Néstor T., *Regulación de la huelga...*, cit., p. 159/160.

<sup>398</sup> En igual sentido, vid. LÓPEZ, Justo, *Significado de la constitucionalidad del derecho de huelga*, DT, 1991-B, p. 546.

<sup>399</sup> CSJN, “*Beneduce, Carmen J. y otras c. Casa Augusto*”, del 18/12/1961. La doctrina sentada por la Corte en el caso “*Beneduce*” fue luego ampliada por el mismo tribunal, en la causa “*Font, Jaime Andrés c. Carnicerías Estancias Galli SRL*” de fecha 15/10/1962, en la cual se resolvió que “para que sea lícito declarar arbitrario el despido motivado por una huelga, es preciso que la legalidad de ésta sea expresamente declarada en sede judicial, sobre la base de circunstancias jurídicas y fácticas que configuren el caso juzgado”. Es decir, que ya no sólo se requería la posibilidad de revisión del acto administrativo que declaraba ilícita una huelga, sino el pronunciamiento judicial expreso en tal sentido. A la misma conclusión arribó la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, en pleno, en autos “*Navarro, Ángel Lorenzo c. Cervecería y Maltería Quilmes SA*”, de fecha 29/11/1963.

Más adelante, mediante decreto ley n° 8946/62, se sometió obligatoriamente y en todos los casos a decisión arbitral, los conflictos que pudieran ocasionar la suspensión, interrupción, paralización o negación de los *servicios públicos esenciales*. Integraban dicha nómina: el transporte terrestre, aéreo, marítimo y fluvial, los puertos, estaciones de carga y descarga de bienes y servicios complementarios; la producción, distribución y suministro de energía eléctrica y combustibles en general; las comunicaciones; aguas corrientes y obras sanitarias; la sanidad y el suministro de productos medicinales. El Poder Ejecutivo se encontraba facultado para ampliar la enumeración precedente incorporando en ella a aquellos casos que *por su gravedad pudieran afectar el desarrollo y progreso nacional y/o la seguridad y bienestar de la colectividad*. También en este caso, la norma preveía que ante la falta de acuerdo, el conflicto debía ser resuelto en instancia de arbitraje obligatorio.

A su turno, el decreto ley n° 16.936 (1966) —también surgido de un gobierno de facto—, derogó el decreto ley n° 8946/62 y estableció de modo transitorio y excepcional, la posibilidad de que el Ministerio de Trabajo se abocase al conocimiento y decisión de los conflictos laborales, cuando por su índole éstos afectasen actividades económicas, la productividad, el desarrollo y el progreso nacional, o la seguridad y el bienestar de la comunidad. En tales hipótesis, facultaba a la autoridad de aplicación para someter el conflicto a un arbitraje obligatorio, cuya decisión tenía carácter irrecurrible.

El alcance excesivo de la norma (más allá de su notoria invalidez constitucional<sup>400</sup>, atento las facultades discrecionales que atribuía a la autoridad administrativa para intervenir en el conflicto y resolverlo a través de una decisión que no admitía revisión por el órgano judicial) permitía enlazar dentro de su ámbito de aplicación a la huelga desarrollada en servicios que pudieran ser considerados esenciales. La referencia a “la seguridad y el bienestar de la comunidad” de acuerdo a la concepción tradicional restrictiva de la época, avala la conclusión expuesta.

Pese a la transitoriedad que la propia norma declamaba, su vigencia (prorrogada por el decreto ley n° 17.131) se prolongó por más de tres decenios. No sólo eso, sino que el régimen de arbitraje obligatorio allí previsto se extendió de modo permanente y hacia cualquier conflicto colectivo, mediante la ley *de iure* n° 20.638 (1974).

Curiosamente, las leyes n° 16.936 y 20.638 (así como el decreto n° 2184/90, entre otras disposiciones) fueron objeto de derogación en el año 2000 por el artículo 34 de la ley n° 25.250, y cuatro años más tarde, *ratificación de su derogación*, mediante el artículo 42 de la ley n° 25.877; mecanismo *sui generis* de doble derogación que quizás sea reflejo de la manifiesta incompatibilidad que dichas disposiciones expresaban en contraste con el orden constitucional.

---

<sup>400</sup> Acerca de la inconstitucionalidad intrínseca de la norma, vid. LÓPEZ, Justo, *Significado...*, cit., p. 539. Cabe señalar, no obstante, que el planteo de inconstitucionalidad del decreto ley n° 16.936 fue desechado por la CSJN en la causa “*Hilanderías Olmos S.A.*”, del 30/10/1979, en el entendimiento que “la creación de una instancia arbitral obligatoria instituida por el art. 2° de la ley 16.936 para dirimir conflictos colectivos laborales es un medio razonable buscado por el legislador para poner término y resolver situaciones que, además de afectar a las partes en pugna, comprometen la tranquilidad social perjudicando los intereses generales”, y además, por cuanto, “el art. 14 nuevo de la Constitución Nacional, al referirse al arbitraje no distingue el obligatorio del voluntario, y siendo que a la fecha de su sanción eran conocidos en la doctrina jurídica los dos tipos, cabe concluir que la categorización genérica comprende a ambos.” A la hora actual, resulta por demás evidente que dichos argumentos no resisten un *test de constitucionalidad* desde el sistema de fuentes vigente con motivo de la reforma constitucional del año 1994.

Por último, también merece ser objeto de esta prieta reseña, el decreto ley n° 17.183 (1967), mediante el cual se facultaba a las empresas u organismos que prestaban servicios públicos o servicios de interés público, a intimar al personal al cese de las medidas de fuerza que hubieran sido dispuestas por aquél o por el sindicato que lo representaba, cuando aquellas disminuían o interrumpían el servicio. La falta de normalización de la actividad dentro de las veinticuatro horas de efectuada la intimación por cualquier medio, daba lugar a la posibilidad de imponer sanciones disciplinarias, incluida la cesantía.

La referencia que hacía la norma a *servicios públicos o servicios de interés público* permite sostener, también aquí, que se trató de otra prescriptiva —que de manera confusa, amplia y restrictiva del derecho de huelga— pretendía regular servicios que *podrían* ser considerados esenciales conforme su acepción actual. Con llamativa demora, la ley citada fue derogada por el artículo 41 de la ley n° 25.877 (2004).

### 13.2. Normativa de regulación específica de la huelga en los servicios esenciales

#### a) Decreto n° 2184/90

Recién en el año 1990, con la sanción del decreto n° 2184/90, el tratamiento normativo de la huelga en los servicios esenciales adquirió dimensión propia y específica en el plano nacional. En efecto, tal como se ha expuesto en el apartado anterior, hasta ese entonces la regulación de la huelga en el ámbito de los servicios esenciales, se encontraba comprendida en disposiciones más generales, de amplio corte restrictivo, y destinadas en particular, a limitar el ejercicio del derecho por los funcionarios públicos (con prescindencia de la índole de las tareas que éstos desempeñaren) y/o en los servicios públicos (de acuerdo a una interpretación extensa de dicha noción).

Lo dicho no significa, en modo alguno, que el decreto n° 2184/90 hubiera venido a desandar aquél irregular, espasmódico y desacertado trayecto por el que discurrió la normativa que lo precedió. Por el contrario, el citado decreto —fuertemente criticado por la doctrina en sus aspectos formales y fundales<sup>401</sup>— se inscribió también, en una línea restrictiva del derecho de huelga, despegada de la prescriptiva constitucional y del sistema internacional de normas que ya a esa altura condicionaba su legalidad.

Lo que distingue al decreto n° 2184/90 del resto de la normativa previa habida sobre la materia, es que aquél introdujo en el derecho positivo argentino un concepto propio de servicio esencial (sobre la base del concepto elaborado por los órganos de control de OIT) regulado como categoría específica del ordenamiento laboral, distinta del servicio público. Y también, por cuanto —aún defectuosamente— propició su tratamiento normativo con cierta referencia a los bienes jurídicos que los servicios esenciales se encuentran efectivamente llamados a tutelar.

En inicio, el decreto n° 2184/90 se presentó como una reglamentación de las leyes n° 14.786 y 16.936 (mod. por ley n° 20.638), destinada a *prevenir o encauzar los*

---

<sup>401</sup> Vid. CAPÓN FILAS, Rodolfo, *Servicios esenciales...*, cit., p. 1360 y ss.; RUIZ, Álvaro D., *Apuntes sobre el derecho de huelga y su reglamentación*, DL, t. XXXII, 1990, p. 167; BIRGIN, Mauricio, *La reglamentación del derecho de huelga en los denominados "servicios esenciales"*. *El Decreto n° 2184/90*, DL, t. XXXII, 1990, p. 449; entre otros.

*conflictos de trabajo*<sup>402</sup>. Pero lo cierto es que, más allá de la citada declamación, el decreto n° 2184/90 excedió con creces las normas que pretendía reglamentar, constituyéndose, sin dudas, en una verdadera regulación heterónoma y paralegal del derecho de huelga en los servicios esenciales, dictada en clara violación a la cláusula expresa contenida en el artículo 86 de la Constitución Nacional<sup>403</sup>.

Con ese objeto, estableció un mecanismo combinado de definición, enumeración y delegación, a los fines de determinar la esencialidad de un servicio.

Así, definió los servicios esenciales como “aquellos cuya interrupción total o parcial pueda poner en peligro la vida, la salud, la libertad o la seguridad de parte de la población o de las personas...” (artículo 1°). En particular, consideró servicios esenciales a: *los servicios sanitarios y hospitalarios; el transporte público; la producción y distribución de agua potable, energía eléctrica gas y otros combustibles; los servicios de telecomunicaciones; la educación primaria, secundaria, terciaria y universitaria; y la administración de justicia, a requerimiento de la Corte Suprema de Justicia de la nación.*

Pero además, implementó una cláusula de apertura, mediante la delegación en el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, de la potestad de calificar como servicios esenciales, “todos aquellos en los que la extensión, duración u oportunidad de la interrupción del servicio o actividad pudiera poner en peligro la vida, la salud, la libertad o la seguridad de toda la comunidad o parte de ella”.

Es Corte<sup>404</sup> quien criticó con mayor precisión la técnica de determinación de los servicios esenciales escogida por el decreto. Tal como señala el mencionado autor, la incorporación de “la libertad” (de prensa, de contratación, de circulación, etc.) en la definición de servicio esencial (diferencia sintáctica con la propuesta por OIT) conlleva la posibilidad de que la interrupción de casi cualquier actividad, pueda derivar en la calificación de esencialidad. También se apartaba el texto del decreto de la definición que brinda OIT, ya que aquél no refería a “toda la población” sino a “parte” de ella o a las “personas”, desactivando de tal modo, el fundamento (daño colectivo) de la restricción a la huelga en los servicios esenciales.

Pero además, la enumeración contenida en el decreto incorporaba en el catálogo de servicios esenciales en sentido estricto, actividades (educación y transporte) que son expresamente desechadas de tal calificación apriorística por los órganos de control de OIT<sup>405</sup>.

Más grave aún era la delegación en el Ministerio de Trabajo, de la potestad de incluir en el listado actividades no consideradas esenciales en sentido estricto, con arreglo a la definición propuesta en el artículo 1° y en razón de la *oportunidad* de la huelga. En este aspecto, no sólo resultaba criticable la delegación de dicha competencia hacia un órgano del poder político, sino también, la incorporación del criterio de oportunidad (que, sin condicionamientos objetivos, habilitaba la prescindencia de los intereses de los huelguistas y/o de los usuarios, para recortar el ejercicio del derecho en

---

<sup>402</sup> Vid. Considerandos del Decreto n° 2184/90.

<sup>403</sup> Sobre el particular, vid. ALTAMIRA GIGENA, Raúl E., *Reglamentación del derecho de la huelga en los servicios esenciales (Dec. 2184/90)*, DT, 1991-A, p. 757/759.

<sup>404</sup> Cfr. CORTE, Néstor T., *Regulación de la huelga...*, cit., p. 172 y ss.

<sup>405</sup> OIT, *La libertad sindical...*, cit., parágrafo 587, p. 127.

función de la conveniencia gubernamental) a los fines de calificar la esencialidad de un servicio durante una huelga<sup>406</sup>.

Debe destacarse, no obstante, que el criterio limitativo que adoptó el decreto n° 2184/90 no fue el de *prohibir* la huelga en los servicios esenciales, sino el de *reglamentar su ejercicio*<sup>407</sup>, a través de un procedimiento que exigía un preaviso y el agotamiento de una instancia de conciliación previa; vencida la cual (sin acuerdo), la parte que resolviera adoptar medidas de acción directa debía comunicarlo (con una anticipación de 5 días al vencimiento del plazo previsto en el artículo 11 de la ley n° 14.786<sup>408</sup>) a la autoridad de aplicación y a la otra parte, indicando el detalle de las mismas. Dentro de las 48 horas siguientes, las partes debían acordar el establecimiento de un servicio mínimo que garantizase el mantenimiento indispensable de la actividad, si fuera que ello no se encontraba ya dispuesto mediante convenio colectivo (cfr. artículos 5° y 6°).

No obstante, el Ministerio de trabajo se reservaba para sí, la facultad de establecer la modalidad de la prestación de los servicios ante la falta de acuerdo o discrepancia entre las partes, o en caso de considerar que los servicios mínimos convenidos por las partes eran *insuficientes o inadecuados*. Esta última posibilidad, de revisión discrecional gubernativa de los servicios mínimos, no sólo avanzaba desmesuradamente sobre la autonomía colectiva de las partes sino que se apartaba de las previsiones específicas de OIT sobre la materia, cuya fórmula propone, como ya se dijo, que dicha instancia revisora quede en manos de un órgano imparcial e independiente.

La designación de los trabajadores que debían prestar el servicio mínimo era materia empresaria (artículo 7°) y —completando la sucesión de desaciertos— el Ministerio de Trabajo no sólo podía sino que *debía* declarar la ilegalidad de la huelga, ante la inobservancia del procedimiento allí previsto (artículo 10°). Las sanciones hacia los trabajadores por el incumplimiento de trabajar eran derivadas a la regulación convencional, estatutaria o legal, mientras que aquellas dirigidas hacia el sindicato, podían consistir en su intervención, o la suspensión o cancelación de su personería gremial (artículo 11).

En suma, el sistema normativo diseñado a través de las leyes n° 16.936 y 20.638, y el decreto n° 2184/90, anulaba, en la praxis, el recurso a la huelga en los servicios públicos y en los servicios esenciales, lo que derivó en reiteradas observaciones por parte de los órganos de control de OIT<sup>409</sup>.

---

<sup>406</sup> En opinión de Toselli, dicha cláusula constituía una *extralimitación abusiva* del decreto 2184/90 (TOSELLI, Carlos A., *Necesidad de regulación de la huelga en los servicios esenciales*, en el libro de ponencias de las “XII Jornadas Rioplatenses de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, celebradas en Córdoba, el 4 y 5 de mayo de 2001, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2001, p. 380).

<sup>407</sup> ACKERMAN, Mario E., *La huelga...*, cit., p. 19.

<sup>408</sup> La ley n° 14.786 (B.O. 09/01/1959), de conflictos colectivos de trabajo, detalla el procedimiento que las partes deberán observar previo a la adopción de una medida de fuerza, *cualquiera sea la actividad involucrada en el conflicto*. Básicamente, otorga competencia al Ministerio de Trabajo para intervenir en el conflicto colectivo (a cuyo fin le concede facultades de ordenación, instrucción y administración del proceso, y potestades disciplinarias sobre las partes), e implementa un régimen de conciliación obligatoria (de 15 días, prorrogables por 5 días más, cuando el conciliador prevea la posibilidad de arribar a un acuerdo) y arbitraje voluntario (previo compromiso que, a tal efecto, deberán suscribir las partes).

<sup>409</sup> Cfr. LÓPEZ, Justo, *El decreto sobre huelga en los servicios esenciales y el Comité de Libertad Sindical*, en *Relaciones Laborales y Seguridad Social*, año 1, diciembre de 1994, p. 9 y ss.

A diez años de su vigencia, el decreto n° 2184/90 fue derogado por el artículo 34 de la ley n° 25.250.

*b) Ley n° 25.250*

Conviene recordar, sintéticamente, que a la fecha de sanción<sup>410</sup> de la ley n° 25.250, se encontraba vigente hacía ya casi seis años, el nuevo sistema de ordenación de fuentes previsto en la Constitución Nacional (reformada en el año 1994). Por tanto, de acuerdo a los lineamientos allí dispuestos, la estructura constitucional quedó diagramada del siguiente modo:

i. “bloque de constitucionalidad” integrado por los instrumentos de derechos humanos expresados en el artículo 75, inciso 22, 2° párrafo, incluido el Convenio n° 87 de OIT por expreso reconocimiento del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 8.3) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 22.3), ambos de la ONU (1966)<sup>411</sup>;

ii. jerarquía constitucional que pueden adquirir otros tratados de derechos humanos, mediante aprobación por el Congreso por una mayoría calificada (2/3 de ambas cámaras);

iii. jerarquía supralegal del resto de los tratados internacionales; incluidos, por supuesto, los Convenios de la OIT ratificados por el Estado argentino (artículo 75, inciso 22, 1° párrafo) o aún aquellos que no habiendo sido ratificados (no es éste el caso de nuestro país) se encuentren incorporados (o se incorporen más adelante) en la Declaración de la OIT sobre Principios y Derechos Fundamentales del Trabajo, de 1998.

La interpretación de dichos instrumentos internacionales debe efectuarse, por imperio del propio artículo 75 inciso 22 CN, “en las condiciones de su vigencia”; esto es —tal como ya lo ha expresado la Corte en diversas oportunidades<sup>412</sup>—, del modo que rigen tales instrumentos en el orden internacional, y considerando en particular, la jurisprudencia elaborada por los propios órganos internacionales competentes encargados de su aplicación.

En consecuencia, ya no sólo el artículo 14 bis CN garantiza el derecho de huelga, sino que dicha garantía se encuentra complementada (o mejor dicho, *reforzada*) por los tratados internacionales de derechos humanos, los convenios de OIT, y la doctrina elaborada sobre la interpretación del alcance de dichos instrumentos, a través de sus órganos jurisdiccionales y de control<sup>413</sup>.

En definitiva, la reestructuración del sistema de fuentes vino a conmover el sentido de la legalidad positiva del Estado Constitucional de Derecho; en palabras de Ferrajoli, aquella ha dejado de ser mera legalidad condicionante, para reconvertirse en

---

<sup>410</sup> 11/05/2000.

<sup>411</sup> Cfr. RODRIGUEZ MANCINI, Jorge, *Curso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Astrea, Buenos Aires, 2000; y ETALA, Carlos A., *Derecho colectivo del trabajo*, Astrea, Buenos Aires, 2001, p. 356, entre otros.

<sup>412</sup> CSJN, fallos “*Girolodi, Horacio D. y otro s. recurso de casación*” (LL, 1995-D, 462) y “*Simon, Julio H. y otros s. privación ilegítima de la libertad*” (LL, 2005-C, 845).

<sup>413</sup> CEACR y CLS de OIT, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otros.

estricta legalidad condicionada, por vínculos sustanciales relativos a sus contenidos o significados, los que quedan expresados en los derechos humanos reconocidos en todos los instrumentos internacionales de tal carácter. Es entonces que, por virtud de esa legalidad sustancial, se produce ya no sólo la separación de la validez y de la justicia y el cese de la presunción de justicia del derecho vigente (mera legalidad), sino que de aquella se desprende además, la cesación de la presunción apriorística de validez del derecho existente<sup>414</sup>. Es justamente, ese *test de constitucionalidad rígida* (o, con mayor precisión, *convencionalidad rígida*) el que luego iba a llevar adelante la CSJN en los fallos “Vizzoti” (2004), “Aquino” (2004), “Madorrán” (2007), “ATE” (2008), “Aerolíneas Argentinas” (2009), “Pérez” (2009), y recientemente “Rossi” (2009), para desactivar la normativa positiva —en este caso, laboral— contradictoria con el ordenamiento constitucional o incluso, supralegal.

Dicho esto, y retomando el hilo argumental seguido hasta aquí, corresponde señalar que la regulación de la huelga en los servicios esenciales se encontraba contenida en un sólo artículo de la ley n° 25.250; sin perjuicio de destacar el efecto analgésico y democratizador que sobre el tratamiento de la huelga en dicho ámbito se derivó de la derogación de las leyes n° 16.936 y 20.638, y del decreto n° 2184/90, que estableció el artículo 34 de aquella.

Se trató, en definitiva, del artículo 33 de la ley precitada, cuyo texto disponía:

“En los casos que en razón de un conflicto de trabajo, las partes decidieran la adopción de medidas legítimas de acción directa que involucren actividades que puedan ser consideradas servicios esenciales, éstas deberán garantizar la prestación de servicios mínimos que impidan su interrupción.

El Ministerio de Trabajo, Empleo y Formación de Recursos Humanos estará facultado para disponer intimatoriamente la fijación de servicios mínimos que deben mantenerse en cada establecimiento o empresa cuando las partes hubiesen agotado la instancia tendiente al cumplimiento de lo establecido en el párrafo anterior sin acuerdo en tal sentido.

A falta de acatamiento de lo acordado previamente entre las partes o de la determinación que efectúe el Ministerio de Trabajo, Empleo y Formación de Recursos Humanos, éste procederá a instrumentar los procedimientos de los incisos 2 y 3 del artículo 56 de la ley 23.551.

Será de aplicación la ley 14.786 a los fines de encauzar el conflicto y propender a su resolución.

Las facultades del Ministerio de Trabajo, Empleo y Formación de Recursos Humanos deberán ejercerse conforme las normas y resoluciones de la Organización Internacional del Trabajo.”

En líneas generales, las características de la regulación legal de la huelga en los servicios esenciales que propiciaba la norma se podrían resumir en:

1. Principio de autodeterminación colectiva —negociada— de los servicios mínimos, en caso de medidas de acción directa (vgr. huelga o cierre patronal) que afecten servicios que pudieran ser considerados esenciales (la norma no establecía técnica alguna de determinación de los servicios esenciales);

---

<sup>414</sup> Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías...*, cit., p. 68.



2. Facultad (subsidiaria) de la autoridad de aplicación para disponer la fijación de servicios mínimos, sólo ante la falta de acuerdo entre las partes;

3. Potestad disciplinaria del Ministerio de Trabajo para solicitar la intervención, o suspensión o cancelación de la personería gremial del sindicato, ante la falta de cumplimiento de la prestación de servicios mínimos (no se preveían sanciones hacia la empresa);

4. Procedimentalización del conflicto a través del régimen dispuesto en la ley n° 14.786 (instancia que, de todos modos, ya se encontraba prevista en la norma mencionada para todo tipo de conflictos colectivos);

5. Sujeción de las facultades asignadas al Ministerio de Trabajo, a las normas y resoluciones de la OIT.

De la escueta síntesis reseñada supra, merecen destacarse positivamente dos aspectos trascendentales que luego serían profundizados por la normativa que sucedió a la ley n° 25.250 (y que rige en la actualidad).

En primer lugar, el criterio *abstencionista*<sup>415</sup> adoptado por la ley, evidenciado a través de reglas generales que propendían a encauzar el conflicto mediante una instancia conciliatoria y garantizar la prestación de un servicio mínimo.

Siguiendo esa línea, es interesante la restricción impuesta a la autoridad administrativa en materia de fijación de servicios mínimos. En efecto, de acuerdo al texto legal, su intervención a tales fines era sólo subsidiaria y condicionada a la falta de acuerdo de partes. Por lo tanto, no era lícita la determinación suplementaria de servicios mínimos por vía administrativa (con fundamento en la supuesta inadecuación o insuficiencia de los mismos) cuando aquellos ya habían sido acordados por las partes.

En segundo lugar —y más importante—, la *remisión expresa* hacia las normas y resoluciones de la OIT dispuesta en el último párrafo del dispositivo legal, importaba la sujeción de la actividad de la autoridad de aplicación, al sistema internacional de normas de OIT en materia de derecho de huelga. Ello significaba, en concreto, que la actividad del Ministerio de Trabajo debía conformarse no sólo a los convenios de OIT referidos a la libertad sindical en sus diversas manifestaciones, sino también, a los criterios, recomendaciones y decisiones de sus órganos de control<sup>416</sup>. En otras palabras, el artículo 33 absorbía a texto expreso la profusa doctrina de OIT en materia de huelga y complementaba de tal modo, la regulación general dispuesta por vía legislativa.

Tal como se expuso al inicio de ese acápite, la subordinación del ordenamiento positivo interno al derecho internacional no era, al tiempo de la sanción de la ley n° 25.250, un dato novedoso. Ello fue así, cuanto menos, desde que la Corte se pronunció definitivamente en favor del sistema *monista* a través del paradigmático fallo

---

<sup>415</sup> ACKERMAN, Mario E., *De las reformas de los noventa a la ley 25.877*, en VV.AA., *Reforma laboral ley 25.877*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 41

<sup>416</sup> La obligatoriedad de las recomendaciones efectuadas por los órganos de control en el ámbito internacional había sido ya puesta de manifiesto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso “*Loayza Tamayo*” (sentencia de fecha 17/09/1997). En dicho precedente, la propia CIDH estableció que la obligatoriedad de sus recomendaciones se sustenta en el principio de buena fe en el cumplimiento de los compromisos internacionales libremente adquiridos de modo tal que “los Estados que han ratificado la Convención tienen la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones y desde el momento que han ratificado la Convención se comprometen a atender las recomendaciones que la Comisión aprueba en sus informes.”

“*Ekmekdjian Miguel A. c. Sofovich, Gerardo y otros*”<sup>417</sup>; criterio que luego iba a ser ratificado e incorporado decididamente en la reforma constitucional del año '94, mediante el artículo 75 inciso 22, de la Constitución Nacional.

Lo que sí constituyó una novedad fue la *recepción legal expresa* de esa tipología de relacionamiento entre fuentes, en vistas a adecuar el sistema legal al régimen de tutela (mínima<sup>418</sup>) del derecho de huelga y prevalencia de la autonomía colectiva dispuesto en el orden internacional, fundamentalmente a través de la OIT y sus órganos de control.

En consecuencia, pasaron a integrar —ya no sólo por vía constitucional, sino por expresa remisión legal— el régimen que regula el derecho de huelga, los siguientes principios (o *normas*<sup>419</sup>) generales provenientes de los órganos de control de OIT<sup>420</sup>:

1º) El derecho de huelga es uno de los medios legítimos fundamentales de que disponen los trabajadores y sus organizaciones para la promoción y defensa de sus intereses económicos y sociales;

2º) Cabe considerar como huelga toda suspensión del trabajo, por breve que sea;

3º) La única restricción admisible al derecho de huelga sólo se justificaría si perdiese su carácter pacífico;

4º) La huelga persigue no sólo la obtención de mejores condiciones de trabajo o las reivindicaciones colectivas de orden profesional, sino también la búsqueda de soluciones a las cuestiones de política económica y social;

5º) Son legítimas, entonces, la huelga general y la huelga de solidaridad;

---

<sup>417</sup> La doctrina fijada en el caso “*Ekmekdjian c. Sofovich*” (CSJN, LL, 1992-C, p. 543) encuentra sustento en el artículo 27 de la Convención de Viena y determina la aplicación inmediata de toda la normativa internacional (emanada de Tratados o Convenios ratificados por el Congreso Nacional) que posea operatividad propia o carácter autoejecutivo. Más aún, en el supuesto de que ello no fuere así, el reconocimiento de ese carácter puede resultar de una construcción jurídica que obvie la necesidad de una intermediación legislativa y descansa en la acción jurisdiccional (cfr. VON POTOBSKY, Gerardo, *Los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo: ¿una nueva dimensión en el orden jurídico interno?*, DT, 1997-A, p. 462). Vid., también, SIMON, Julio C., *La incorporación del Derecho Internacional al Derecho interno, la jerarquía de las fuentes y el Derecho del Trabajo*, en LL, 2006-D, 1005.

<sup>418</sup> En tal sentido, no debe olvidarse que el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU (1966), establece lo que ha dado en llamarse “garantías mínimas” en punto al contenido y alcance de los derechos allí amparados. Ello viene a significar que no sólo es posible sino deseable que la intensidad de tales garantías resulte ampliada, y éstas reforzadas, por el derecho de fuente nacional. Sería —al decir de Gialdino— un *orden público relativo de raíz internacional* (GIALDINO, Rolando E., *Los derechos sociales...*, cit., p. 840). En la misma línea se ubican Gianibelli y Zas, para quienes el derecho internacional de los derechos humanos tiene carácter *mínimo y subsidiario*. Desde tal perspectiva, mínimo y subsidiario son dos adjetivos que en nada desvirtúan la tendencia a la maximización, la optimización y la progresividad del sistema de derechos porque, todo lo contrario, quieren significar que en la interacción entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno que le confiere recepción, el primero deja espacio habilitante para que el segundo le proporcione acrecimiento (GIANIBELLI, Guillermo y ZAS, Oscar, *Estado social...*, cit., p. 197).

<sup>419</sup> VALTICOS, Nicolás, *Derecho Internacional del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 1977, p. 151.

<sup>420</sup> Cfr. OIT, *La libertad sindical...*, cit.; OIT, *Libertad sindical...*, cit.; y GERNIGON, Bernard, ODERO, Alberto, y GUIDO, Horacio, *Principios de la OIT...*, cit.; vid también, MEGUIRA, Horacio D. y GARCÍA, Héctor O., *La ley de ordenamiento laboral o el discreto retorno del Derecho del Trabajo*, LL, Suplemento Especial, 2004, p. 29/30; y GIANIBELLI, Guillermo, *Conflictos Colectivos...*, cit., p. 182 y ss.

6º) Son aceptables como requisitos para la licitud de la huelga, los siguientes: la obligación de dar un preaviso, la obligación de recurrir a procedimientos de conciliación, mediación y arbitraje voluntario, en la medida de que sean adecuados, imparciales y rápidos, la obligación de respetar un determinado quórum y de obtener el acuerdo de una mayoría, la celebración de un escrutinio secreto para decidir la huelga, la adopción de medidas para prevenir accidentes, la garantía de trabajo de los no huelguistas;

7º) No es admisible el arbitraje obligatorio;

8º) No es admisible la declaración de ilegalidad de la huelga por parte de la autoridad administrativa;

9º) El ejercicio del derecho de huelga no debe acarrear sanciones ni actos de discriminación antisindical;

10º) La legislación debe prever de manera expresa, recursos y sanciones suficientemente disuasivos contra los actos de discriminación antisindical;

11º) El despido de trabajadores a raíz de una huelga legítima constituye una grave discriminación en materia de empleo por el ejercicio de una actividad sindical lícita;

12º) No resulta legítima la contratación de trabajadores en sustitución de los huelguistas;

13º) Las restricciones al ejercicio del derecho de huelga deben ir acompañadas de garantías compensatorias apropiadas;

14º) Los procedimientos conciliatorios deben ser adecuados, imparciales y rápidos; y las partes deben poder tener participación en todas sus etapas;

15º) Los laudos dictados por árbitros deberían ser aplicados por completo y rápidamente;

16º) Las restricciones al ejercicio del derecho de huelga impuestas sobre determinados trabajadores que se desempeñan en ciertos sectores con el fin de hacer respetar los reglamentos de seguridad constituyen restricciones normales; y

17º) La titularidad del derecho de huelga corresponde a los trabajadores y sus organizaciones.

El listado de principios aquí enumerados no es taxativo, sino que, se trata de dispositivos generales que se complementan con otros, de alcance más específico y relacionados con aspectos temáticos particulares, que también integran —por supuesto— la regulación nacional. Tal es el caso de los principios especiales en materia de servicios esenciales y servicios mínimos a los que se ha hecho referencia en el desarrollo de esta obra y sobre los cuales se efectuarán nuevas remisiones en los apartados que siguen.

*c) Decreto n° 843/00*

Cuatro meses después de sancionada la ley n° 25.250, el Poder Ejecutivo dictó la reglamentación de su artículo 33.

En consonancia con las premisas anticipadas por la norma legal, el decreto n° 843/00, sobre *“Interrupción parcial o total de servicios esenciales originada en*

*conflictos colectivos*”, recogió casi en su totalidad y ya desde sus considerandos, la prescriptiva de los órganos de control de OIT en materia de huelga en los servicios esenciales.

De ese modo, y en nueve artículos (el último de ellos, de forma), estableció los mecanismos de determinación de los servicios esenciales, el procedimiento de fijación de los servicios mínimos, las facultades de la autoridad de aplicación en dicho procedimiento, las obligaciones del prestador del servicio esencial al finalizar las medidas de acción directa, las previsiones en caso de huelga general y las sanciones previstas ante el incumplimiento de las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas.

Por primera vez en nuestro derecho positivo, el decreto n° 843/00 (artículo 2°) estableció la distinción entre servicios esenciales “en sentido estricto” y servicios esenciales “por extensión”, así como las categorías específicas de “servicio público de importancia trascendental” o “de utilidad pública”, y el instituto de la “crisis nacional aguda”.

Los servicios esenciales “en sentido estricto” se encontraban enumerados en un catálogo cerrado<sup>421</sup> que incluía las siguientes actividades:

- a. los servicios sanitarios y hospitalarios;
- b. la producción y distribución de agua potable y energía eléctrica;
- c. los servicios telefónicos; y
- d. el control de tráfico aéreo.

Luego —en línea con las decisiones del CLS y las recomendaciones del CEACR—, la reglamentación definía los servicios esenciales “por extensión” como aquellos servicios en los que “la extensión y duración de la interrupción de la actividad de que se tratare pudiere poner en peligro la vida, la salud o la seguridad de la persona en toda o parte de la comunidad.”

El Ministerio de Trabajo, Empleo y Formación de Recursos Humanos era el órgano competente para llevar a cabo la calificación excepcional del servicio de acuerdo a tales premisas.

Esa misma autoridad de aplicación, ostentaba (de acuerdo al decreto) la potestad de calificar como “servicio esencial” actividades que constituyeren un “servicio público de importancia trascendental o de utilidad pública”.

También podía extender la calificación de esencialidad cuando “la interrupción o suspensión del servicio pudiere provocar una situación de crisis nacional aguda que hiciere peligrar las condiciones normales de existencia de la población”. Conviene aclarar que este supuesto parte de la base que la huelga es *causa* de una situación de crisis nacional aguda que pone en riesgo las condiciones normales de funcionamiento de la sociedad civil; por tal motivo, para la configuración de esta hipótesis debían mensurarse también, el alcance y la duración del conflicto. Cabe recordar, una vez más, que, de acuerdo a los lineamientos trazados por los órganos de OIT, debía tratarse de una situación de crisis auténtica, grave y aguda en el sentido axiológico de ambos términos.

---

<sup>421</sup> A texto expreso, el artículo 2° del decreto establecía que “se considerarán servicios esenciales en sentido estricto *únicamente* las siguientes actividades:...”

En cualquiera de las hipótesis mencionadas, la actuación de la autoridad administrativa debía ser motivada a través de resolución fundada.

No obstante, a la luz de los acontecimientos, es posible afirmar ahora que la delegación hacia el Ministerio de Trabajo que el decreto postulaba a los fines de efectuar la calificación extensiva de esencialidad resultó, cuanto menos, desacertada. Quizás sea éste el reproche más grave que podría formularse a la norma reglamentaria, por cuanto dejaba abierta la puerta a la discrecionalidad estatal, en un aspecto tan sensible de la regulación como lo es, precisamente, la determinación de esencialidad de un servicio; ello así, sin perjuicio de reiterar que, por expresa remisión del artículo 33 de la ley n° 25.250, su intervención debía ejercitarse conforme las normas de OIT y la doctrina elaborada por sus órganos de control. En efecto (y tal como se verá más adelante), la propia praxis del Ministerio de Trabajo en ejercicio (incorrecto) de aquella competencia ratificó los posibles *excesos* que podían preverse a la época de la sanción del decreto.

Por lo demás, la reglamentación se enmarcaba dentro del procedimiento diseñado por la ley n° 14.786. Así, previo a su terminación, la parte que se propusiera ejercer medidas de acción directa debía comunicar tal decisión a la autoridad de aplicación y a la contraparte con cuarenta y ocho horas de anticipación a la efectivización de la medida; y dentro de las veinticuatro horas siguientes, las partes debían ponerse de acuerdo sobre los servicios mínimos que se mantendrían durante el conflicto, las modalidades de su ejecución y el personal que se asignaría a la prestación de los mismos.

La falta de acuerdo sobre tales puntos, activaba una nueva intervención de la autoridad administrativa, quien, en el plazo de veinticuatro horas, debía determinarlas y efectivizarlas<sup>422</sup>, intimando a las partes a tales efectos.

Aquí también, se verifica una intervención inapropiada del órgano de gobierno en la determinación subsidiaria de los servicios mínimos. En este aspecto, tanto las decisiones del CLS como las recomendaciones del CEACR han sido contestes y reiteradas acerca de la conveniencia de que dicha tarea sea —tal como fuera explicado oportunamente— llevada a cabo por un órgano independiente, desprovisto por tanto, de cualquier tipo de injerencia gubernativa.

Hay que decir, empero, que la *subsidiariedad* asignada por la ley (primero) y el decreto (luego) a la participación administrativa en dicha instancia, importó un sensible y *auspicioso*<sup>423</sup> avance respecto de regulaciones anteriores (o la actual, incluso) que admitían la intervención estatal *suplementaria* cuando la propia autoridad de aplicación estimaba que los servicios mínimos pactados entre las partes resultaban inadecuados o insuficientes.

Más aún, el mismo decreto (artículo 4°) establecía condicionamientos subjetivos y objetivos a la actividad del Ministerio de Trabajo. En efecto, la intervención del ministerio debía sujetarse a criterios de razonabilidad en función de las circunstancias particulares de la situación. Y, en segundo lugar, la prestación de servicios mínimos

---

<sup>422</sup> En opinión de Arese, la norma lucía, en este punto, ciertamente *voluntarista*, ya que no se lograba advertir cómo la autoridad de aplicación podría efectuar en un plazo tan escaso y sin un conocimiento previo, la implantación de los servicios mínimos requeridos (ARESE, César, *Nuevas realidades y nuevas reglas en materia de huelga*, DT, 2001-B, p. 1109).

<sup>423</sup> DOBARRO, Viviana M., *La reglamentación del derecho de huelga. Estado actual de la cuestión*, DL, t. XV, 2001, p. 54.

impuesta por la autoridad de aplicación no podía significar, en ningún caso, una cobertura mayor al cincuenta por ciento (50%) de la prestación normal del servicio considerado esencial. Condicionantes ambos, que evidenciaban una saludable autorrestricción estatal en la materia.

Por su parte, la empresa (u organismo prestador del servicio esencial) tenía a su cargo la obligación de normalizar la actividad una vez finalizado el conflicto e informar a los usuarios acerca de las modalidades, fecha de inicio, tiempo de duración y distribución de servicios mínimos durante la huelga. Dicho *deber de información* debía ser satisfecho veinticuatro horas antes de la iniciación de la huelga<sup>424</sup>.

También se preveía la aplicación extensiva de las disposiciones reglamentarias, en el supuesto que el conflicto consistiera en “paro nacional de actividades” o cuando la medida fuera dispuesta por centrales sindicales u organizaciones empresariales con representatividad sectorial múltiple, siempre que aquella afectare servicios considerados esenciales, a fin de asegurar que tanto las entidades prestadoras de tales servicios como aquellas que los afectaren en forma directa cumplieran con la prestación de servicios mínimos.

Por último, el decreto preveía la aplicación de sanciones hacia la parte (sindical y/o empresaria) que incumpliera la normativa legal y reglamentaria, así como las disposiciones administrativas sobre el particular, de conformidad con lo dispuesto mediante las leyes n° 23.551<sup>425</sup> y 25.212. Los trabajadores, a su turno, también podían ser pasibles de sanciones disciplinarias, ante la falta de prestación (o deficiencia en la ejecución) de los servicios mínimos a ellos asignados.

Curiosamente —y no sin cierta desprolijidad—, la vigencia del decreto n° 843/00 se extendió más allá de la norma legal a cuya reglamentación se abocó en origen.

En efecto, el artículo 44 de la ley n° 25.877, cuyo artículo 1° derogó la ley n° 25.250 y *sus normas reglamentarias*, dejó a salvo —empero— de dicha derogación, al decreto n° 843/00. Se trataba, en principio, de una pervivencia *transitoria* del decreto, hasta tanto el Poder Ejecutivo dictase la reglamentación del artículo 24 de la ley precitada. No obstante, dicha transitoriedad se prolongó (en exceso<sup>426</sup>) por dos años, hasta que el artículo 17 del decreto n° 272/06 procedió a su derogación.

Como sea, la experiencia que dejó el decreto n° 843/00 no fue del todo satisfactoria. Significó, es indudable, un notorio avance en materia de apego a la legalidad internacional y constitucionalidad del sistema que regulaba el derecho de huelga; no obstante, su sesgo democratizador se vio desdibujado por la utilización abusiva y discrecional (despegada de la doctrina de OIT o, incluso, contraria a la propia

---

<sup>424</sup> Este aspecto de la reglamentación también ha sido criticado por Arese, quien entiende que dada la brevedad del plazo, el deber de información impuesto al empleador es de *casi imposible cumplimiento* (ARESE, César, *Nuevas realidades...*, cit., p. 1109).

<sup>425</sup> Dentro del régimen sancionatorio dispuesto, se mantenía la reprochable posibilidad de suspender o cancelar la personería gremial del sindicato, ya prevista en el Decreto n° 2184/90 y criticada especialmente por el CLS de OIT.

<sup>426</sup> Más allá del exceso temporal que se le puede atribuir a la declamada transitoriedad de la vigencia del decreto, lo notable es que éste se encontraba en franca contradicción con la regulación contenida en el artículo 24, LOL. Fundamentalmente, en lo que se refiere a las actividades consideradas esenciales “en sentido estricto” y en cuanto a las facultades que el decreto le asignaba (y la ley excluía) al Ministerio de Trabajo en materia de determinación extensiva de servicios esenciales.

letra reglamentaria) por parte de la autoridad de aplicación, de las facultades que el decreto le confería.

Vaya como ejemplo de lo dicho, la Resolución MTEyF n° 480/01<sup>427</sup>, que calificaba la *educación en el período de escolaridad obligatoria* “como servicio esencial, en virtud de su importancia y trascendencia”, y en razón de ello establecía la garantía de “servicios mínimos para el funcionamiento del sistema educativo, a los fines de que no se tornen abstractos los lineamientos de la política educativa”, y en consecuencia, se dicten “la cantidad de días de clase en el año, determinados por el calendario escolar obligatorio”.

La crítica que merece la resolución administrativa, no tiene que ver, obviamente, con la importancia que cabe asignarle al “derecho a la educación”, sino con la inclusión ilícita del servicio de educación dentro de la categoría de servicio esencial, del modo dogmático y apodíctico que expresa la Res. n° 480/01. No hay, en la fundamentación de dicha resolución<sup>428</sup>, referencia alguna a los condicionantes objetivos que surgen del decreto n° 843/00 a los fines de habilitar la calificación excepcional y extensiva de esencialidad del servicio. Es que, difícilmente se podría argumentar en favor del riesgo a la vida, la seguridad o la salud de las personas que entraña la paralización de la actividad docente.

Así es que, en oportunidad de resolver la acción de amparo promovida por el Sindicato Argentino de Docentes Particulares contra dicha resolución emanada del Poder Ejecutivo (al poco tiempo de su publicación en el Boletín Oficial), la sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo<sup>429</sup>, adhiriendo al dictamen del Procurador General, sostuvo, entre otros argumentos, que:

i. el decreto n° 843/00, al describir taxativamente los servicios esenciales a los efectos de la huelga, no incluye a la educación; por lo tanto, no hay razón para interpretar dicha norma con carácter amplio (más aún, si se tiene en cuenta que el primer párrafo del decreto utiliza el adverbio *únicamente*, para calificar a los servicios esenciales);

ii. la facultad otorgada por el decreto n° 843/00 al MTEyF para calificar la esencialidad de un servicio debe entenderse como una posibilidad para ser ejercida ante un conflicto ya desatado y concreto, valorando sus propias características de intensidad y gravedad, pero no para reglamentar, con carácter general y previo, cualquier controversia colectiva;

iii. la educación privada no constituye un servicio público de importancia trascendental en los términos del decreto n° 843/00.

La Sala II de la Cámara del Trabajo, a su turno, hizo lo propio ante la acción judicial promovida con el mismo objeto por la Confederación de Trabajadores de la Educación de la República Argentina<sup>430</sup>. En esa ocasión, expresó que:

---

<sup>427</sup> B.O. 03/09/2001.

<sup>428</sup> Véase un análisis de la Resolución MTEyF n° 480/01, en FERNÁNDEZ MADRID, Javier, *El derecho de huelga y la educación como servicio esencial*, DL, t. XV, 2001, p. 990 y ss.

<sup>429</sup> CNATr., sala III, “*Sindicato Argentino de Docentes Particulares c. Poder Ejecutivo y otro s. Amparo*”, del 22/04/2002.

<sup>430</sup> CNATr., sala II, “*Confederación de Trabajadores de la Educación de la República Argentina CETERA c. Estado Nacional s. Amparo*”, del 07/11/2002.

i. la educación privada, más allá de su trascendencia, no puede ser considerada servicio esencial, de acuerdo al decreto n° 843/00;

ii. un conflicto docente no puede generar una situación de crisis nacional aguda, en los términos de la norma reglamentaria;

iii. la facultad de la autoridad de aplicación de calificar la esencialidad de un servicio debe ser ejercitada ante un conflicto ya abierto, por su eventual incidencia en intereses sociales y nacionales superiores involucrados;

iv. el término “únicamente” que adopta el decreto para referir a los servicios esenciales en sentido estricto, denota de forma inequívoca, una sistemática cerrada, coherente con la CN y la doctrina del CLS de OIT.

Finalmente, la sala I de la CNATr.<sup>431</sup> declaró la “ilegalidad” de la Resolución 480/01, frente al amparo promovido por la Unión Docentes Argentinos, en el entendimiento de que, conforme la doctrina del CLS de OIT (a la cual debían sujetarse las facultades asignadas a la Administración, en virtud de lo dispuesto por el artículo 33 de la ley n° 25.250), el sector de la educación no constituye un servicio esencial en el sentido estricto del término.

No ya en lo que respecta a la posibilidad de calificación extensiva de esencialidad de un servicio, sino en ejercicio de su potestad subsidiaria de fijación de servicios mínimos, la intervención de la autoridad de aplicación tampoco resultó ajustada a la legalidad.

Es ilustrativa, en tal sentido, la Disposición n° 61/05 dictada por la Dirección Nacional de Relaciones del Trabajo del Ministerio de Trabajo en el paradigmático caso “Gárraghan”, que desconoció la fijación autónoma de servicios mínimos dispuesta por la organización sindical, y estableció que “la prestación de los servicios mínimos que se brindarán en el ámbito del HOSPITAL DE PEDIATRÍA SAMIC ‘Prof. Dr. Juan P. Gárrahan’ deberán ser cubiertos por el ciento por ciento de la dotación de personal...”<sup>432</sup>. Además, para garantizar el cumplimiento de tal disposición, la autoridad de aplicación promovió la aplicación de sanciones para los trabajadores que, en su entendimiento, incumplían el “deber de trabajar”(artículo 4° de la Disposición MTEySS - DNRT n° 87/05)<sup>433</sup>.

---

<sup>431</sup> CNATr., sala I, “Unión Docentes Argentinos c. Estado Nacional y otro s. Amparo”, del 28/02/2002.

<sup>432</sup> Aparentemente, la resolución ministerial se encontraba fundada en un informe elaborado por el Cuerpo Médico Forense de la Justicia Nacional. No obstante, la misma fue luego dejada sin efecto por la propia autoridad de aplicación. Sobre una mirada crítica acerca de las particularidades del caso “Gárraghan”, vid., SIMON, Julio C., *Breves reflexiones sobre la huelga en los servicios esenciales, la racionalidad y el poder*, LL, Suplemento Especial 70 Aniversario, 2005.

<sup>433</sup> Dicha disposición fue luego desactivada por el Juzgado Nacional de 1° instancia del Trabajo n° 50, a cargo de la Dra. Silvia Sayago, a través de la medida cautelar dictada en autos “Asociación de Trabajadores del Estado ATE c. Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social y otro s. Medida cautelar” en virtud de la cual se le ordenó al Consejo de Administración del Hospital de Pediatría Juan P. Gárraghan, abstenerse “de aplicar sanciones disciplinarias o despedir a trabajadores con motivo de la huelga con fundamento en el artículo 4° de la citada disposición.” No obstante, en fecha 31/08/2005, la medida cautelar dictada en instancia de grado fue revocada por la sala VIII de la CNATr., con arreglo a los siguientes argumentos: “La Disposición DNRT n° 87/05 constituye, específicamente, una medida de ordenamiento de la ejecución de las medidas de fuerza adoptadas. Tal vez, innecesariamente, pero en modo alguno ilegalmente, hace saber a los trabajadores y al Consejo que, agotadas las instancias de conciliación, por imperio de la ley 14.786, han recobrado su libertad de acción, así como la subsistencia de las previsiones del decreto 843/00, relacionadas con las modalidades del ejercicio del derecho de



También desprovista de toda legitimidad resultó la intervención de la autoridad administrativa en el conflicto colectivo desatado entre la Asociación del Personal Técnico Aeronáutico (APTA) y las empresas Aerolíneas Argentinas y Austral, en el año 2005. En esa oportunidad, mediante disposición DNRT n° 148 de fecha 25/11/05, el Ministerio de Trabajo procedió a calificar la esencialidad del transporte aéreo comercial en general, fundando su decisión en el carácter “público” del servicio, sin explicar, empero, cuales serían las circunstancias particulares objetivas o la justificación válida de su proceder. Tampoco motivó el acto ni explicó, en concreto, cuál sería la razonabilidad de extender la calificación esencial a un servicio no considerado tal en sentido estricto. En la misma disposición, y en clara violación a lo dispuesto por el artículo 4° del decreto n° 843/00 (aún vigente en ese entonces), procedió a fijar un servicio mínimo equivalente al 75% del servicio normal, para los vuelos regulares internacionales.

En síntesis, es claro que en los casos apuntados, la minorización ilícita del derecho de huelga no tenía tanto que ver con deficiencias intrínsecas de la normativa de fondo sino con la actividad desplegada por la administración, en exceso o abuso de sus facultades, al sólo efecto de retener para sí, la gestión y administración del conflicto aún en defecto de ley o reglamento que habilitara su competencia.

#### **14. Actual regulación legal y reglamentaria de la huelga en los servicios esenciales en el sistema nacional de relaciones laborales.**

Más bien como resultado de un acontecimiento fortuito<sup>434</sup> antes que resultante de una política legislativa preordenada e inscripta en un marco reformista más extenso<sup>435</sup>, la ley n° 25.877, denominada “Ley de Ordenamiento Laboral” (en adelante “LOL”) y sancionada el 2 de marzo de 2004, vino a modificar algunos aspectos del derecho de las relaciones de trabajo en sus vertientes colectiva e individual.

En lo que aquí interesa, el artículo 24, LOL, dispuso una nueva regulación de la huelga en los servicios esenciales cuyo tenor —anticipado por el artículo 33 de la maltrecha ley n° 25.250 y su decreto reglamentario— acentúa la sumisión legal a los

---

huelga en el ámbito de los servicios esenciales —la instancia cautelar no es la sede apropiada para la discusión acerca de los alcances de la exigencia de asegurar los servicios mínimos— y de disposiciones dictadas en el marco de la controversia...”

<sup>434</sup> La ley n° 25.877 surgió como una necesidad inmediata, a fin de cubrir la laguna que se habría de producir frente a la inminente derogación de la ley n° 25.250, cuya invalidez formal y sustancial había sido puesta sobre el tapete luego de la confesión mediática de un ex funcionario de Poder Legislativo, que dejó al descubierto un vergonzoso mecanismo de sobornos que rodeó la sanción de dicha norma. En ese contexto, la suerte de la ley n° 25.250 (Ley de Reforma Laboral) había quedado sellada: debía ser eliminada —cuanto antes— del universo jurídico. Y esa fue la primera función que se le asignó a la ley n° 25.877 mediante el dispositivo derogatorio contenido en su artículo 1° (TRIBUZIO, José E., *Panorama actual de la regulación del Derecho de Huelga en Argentina*, en *Derecho Laboral*, n° 27, Montevideo, enero-marzo 2005, p. 89 y ss).

<sup>435</sup> En ocasión de sancionarse la ley n° 25.877, el propio Ministro de Trabajo, Carlos A. Tomada, reconocía el *alcance limitado* de dicha norma, gestada en circunstancias particulares, ante la urgente necesidad de dar por superado un estado de grave inseguridad jurídica y de sospecha sobre la ley n° 25.250 (cuya derogación se disponía a través de la nueva norma). Señalaba incluso, que el debate acerca de la reforma estructural que el *ordenamiento laboral argentino reclama* había sido *postergado* para el momento oportuno (TOMADA, Carlos A., *Motivaciones de la ley de ordenamiento laboral*, en VV.AA., *Reforma Laboral ley 25.877*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 29).

criterios, normas y principios de OIT, a la vez que prioriza la opción en favor de la autonomía colectiva.

En puridad, las reglas diseñadas en la nueva normativa, al absorber expresamente los principios de la OIT en materia de servicios esenciales, *delimitan*<sup>436</sup> las condiciones en virtud de las cuales resulta ejercitable el derecho de huelga en general. En efecto, y tal como expresa Gianibelli, aunque la referencia a la interpretación de OIT está efectuada, en el artículo 24, sólo respecto de la huelga en los servicios esenciales, en atención a la aplicación que cabe hacer de los instrumentos internacionales en el derecho interno, los criterios de los órganos de control de OIT se expanden a toda la regulación de la huelga en el derecho argentino<sup>437</sup>.

Desde este enfoque, pues, el derecho de huelga se encuentra en la actualidad, rodeado de una garantía legal intensa, cuyo apego a los criterios de la OIT configura un valladar frente a los poderes del Estado (eficacia vertical) y de los particulares (eficacia horizontal), destinado a asegurar a los trabajadores la plena vigencia sustantiva del derecho fundamental en juego.

Ello no significa, claro está, que el derecho de huelga se encuentre, hoy, ajeno a obstáculos que, *de hecho*, afectan su ejercicio. Hay todavía, intervenciones administrativas y —ciertamente, en menor medida— judiciales<sup>438</sup> que se expresan por fuera del marco regulatorio legal y constitucional. Pero ello corresponde a otro nivel de análisis, incluso de fenómenos de raíz patológica cuyo abordaje excede este trabajo, sin perjuicio de las referencias ya efectuadas en esa línea y los comentarios que se verterán a modo de cierre.

#### 14.1. Huelga y servicios esenciales en el artículo 24 de la ley n° 25.877

Tal como se anticipó, la norma legal sobre la cual se apoya la regulación de la huelga en los servicios esenciales se encuentra contenida, en la actualidad, en el artículo 24, LOL, cuyo texto establece:

“Cuando por un conflicto de trabajo alguna de las partes decidiera la adopción de medidas legítimas de acción directa que involucren actividades que puedan ser consideradas servicios esenciales, deberá garantizar la prestación de servicios mínimos para evitar su interrupción.

Se consideran esenciales los servicios sanitarios y hospitalarios, la producción y distribución de agua potable, energía eléctrica y gas y el control de tráfico aéreo.

---

<sup>436</sup> Se trata, sin embargo, de una *limitación garantida* destinada a garantizar, precisamente, el ejercicio del derecho que reglamenta (CASAS BAAMONDE, María E., *Derecho de huelga y Constitución: ¿nuevas perspectivas?*, en revista *Relaciones Laborales*, n° 7, 4/94, Madrid, 1994, p.1; citada por GIANIBELLI, Guillermo, *Conflictos Colectivos...*, cit., p. 180).

<sup>437</sup> GIANIBELLI, Guillermo, *Conflictos Colectivos...*, cit., p. 182.

<sup>438</sup> Vid., en tal sentido, la reciente sentencia dictada por la Cámara 7ª del Trabajo de Mendoza en autos caratulados “*Asociación Mendocina de Profesionales de la Salud c. Gobierno de la Provincia de Mendoza*” (03/12/2009), sobre la cual ya se ha hecho alguna referencia más arriba, mediante la cual se resolvió validar la Resolución n° 2.895/09 de la Subsecretaría de Trabajo y Seguridad Social de la Provincia de Mendoza consistente en declarar la “ilegalidad” de la huelga dispuesta por la organización gremial, aún cuando —cabe reiterar una vez más— dicha facultad es resorte exclusivo del órgano judicial, conforme así lo establece el CLS y la CEACR de OIT.

Una actividad no comprendida en el párrafo anterior podrá ser calificada excepcionalmente como servicio esencial, por una comisión independiente integrada según establezca la reglamentación, previa apertura del procedimiento de conciliación previsto en la legislación, en los siguientes supuestos: a) Cuando por la duración y extensión territorial de la interrupción de la actividad, la ejecución de la medida pudiere poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población. b) Cuando se tratase de un servicio público de importancia trascendental, conforme los criterios de los organismos de control de la Organización Internacional del Trabajo.

El Poder Ejecutivo Nacional con la intervención del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social y previa consulta a las organizaciones de empleadores y de trabajadores, dictará la reglamentación del presente artículo dentro del plazo de noventa (90) días, conforme los principios de la Organización Internacional del Trabajo.”

(En origen, la regulación transcrita se complementaba con el dispositivo contenido en el artículo 44, LOL, cuyo texto determinaba la provisoria continuidad de la vigencia del Decreto n° 843/00, hasta tanto se dictase la reglamentación prevista en el último párrafo del artículo 24).

Lo primero que cabría destacar respecto del artículo 24, LOL, es que se inscribe en la línea de garantía amplia y más favorable al reconocimiento del derecho de huelga en los servicios esenciales.

En efecto, conforme ya se ha explicado, la doctrina de OIT admite la prohibición de la huelga que afecta servicios esenciales *en sentido estricto* (siempre que, vale la pena reiterarlo, se acuerde a los trabajadores alcanzados por dicha prohibición, el acceso a garantías compensatorias adecuadas).

No obstante, y manteniendo el criterio impuesto por el decreto n° 2184/90 primero, y el artículo 33 de la ley n° 25.250 (y su reglamentación) luego, la normativa actual solo consiente restricciones al ejercicio del derecho de huelga, a través de la prestación de servicios mínimos que impidan la paralización de la actividad<sup>439</sup>.

En cuanto al alcance de la prestación de dichos servicios mínimos, señalan acertadamente Meguira y García que la ley privilegia —en principio— la posibilidad de la autorregulación, en tanto le encomienda a “la parte” garantizar los servicios mínimos que eviten la interrupción<sup>440</sup>.

La directiva legal concierne a ambas partes, vale decir, al empleador o a la organización de trabajadores que decida adoptar medidas de acción directa que pudieran involucrar servicios esenciales. Ello significa que ya en caso de huelga, ya en el supuesto de cierre patronal (o cualquier otra medida de acción directa que no pueda ser

---

<sup>439</sup> El criterio expuesto, de mantenimiento de la mayor tutela del derecho de huelga reconocido en anteriores regulaciones, encuentra soporte y fundamento constitucional en los principios de *no regresividad* y *progresividad*, contenidos en los artículos 75 incisos 22 y 23 de la Constitución Nacional; 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la ONU; 1° del Protocolo de San Salvador; y 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos, receptados, a su turno, por la CSJN en los precedentes “*Aquino, Isacio v. Cargo Servicios Industriales S.A.*”, del 21/09/2004 y “*Milone, Juan A., v. Asociart S.A. Aseguradora de Riesgos del Trabajo*”, del 26/10/2004, entre otros. Sobre la interpretación y aplicación de los principios de no regresividad y progresividad en materia de derechos sociales, vid. ABRAMOVICH, Victor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2003, capítulo 2, y; GIANIBELLI, Guillermo y ZAS, Oscar, *Estado Social...*, cit., p. 200 y ss.

<sup>440</sup> MEGUIRA, Horacio D. y GARCÍA, Héctor O., *La ley de ordenamiento laboral...*, cit., p. 30.

enmarcada dentro de los lindes de tales institutos, pero que resulte hábil a los fines de interrumpir el ciclo productivo) el colectivo de trabajadores o la empresa, respectivamente, deberán asegurar la continuidad de la actividad a través del establecimiento de servicios mínimos.

Obsérvese que la ley no refiere a mecanismos de concertación bilateral entre las partes que concurren al conflicto en lo que respecta a la fijación de servicios mínimos, sino que, dicha tarea recae exclusiva y unilateralmente, sobre la parte que adopte la medida. Por lo tanto, no hay, en principio, interferencia alguna de la contraparte en dicho procedimiento.

Sin embargo, nada obsta a que las partes dispongan procedimientos de establecimiento conjunto de servicios mínimos, mediante acuerdos colectivos previos, en aquellas actividades que son consideradas servicios esenciales en sentido estricto.

Es interesante advertir, también, que la norma legal no circunscribe su alcance a medidas de fuerza adoptadas por organizaciones sindicales (de empleadores o de trabajadores) determinadas, de acuerdo a una tipología específica o conforme una representatividad calificada, sino que se dirige, en forma más general, a la *parte* que decida implementar la acción de autotutela, con prescindencia de los atributos formales o calidades específicas de las que se encuentre investida. Opción ésta, que luce adecuada desde el punto de vista constitucional, ya que recepta con la debida amplitud el reconocimiento del derecho de huelga en cabeza de los *gremios* (artículo 14 bis, CN), comprendiendo dentro de dicho vocablo, al colectivo de trabajadores, organizados o no a través de un sindicato formal reconocido por el Estado<sup>441</sup>. Tal interpretación, acuñada por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en el fallo “*Leiva, Horacio y otros c. Swift Armour S.A.*”<sup>442</sup>, se encuentra en línea, a su vez, con la doctrina de los órganos de control de OIT<sup>443</sup> y con el artículo 11, numeral 1º, de la Declaración Sociolaboral del Mercosur, que reconoce el derecho de huelga en favor de *todos los trabajadores* y las organizaciones sindicales<sup>444</sup>. Esta ha sido, también, la postura

---

<sup>441</sup> La interpretación propiciada encuentra apoyatura en el debate de la Convención Constituyente de 1957. Tal como recuerda Arese, en dicha oportunidad, el convencional Alfredo Palacios propugnó la incorporación al texto constitucional de los trabajadores (individualmente considerados) como sujetos titulares del derecho de huelga. Dicha propuesta no fue receptada, pero quedó en claro que la palabra gremio designaba al conjunto de personal que pertenecen a un mismo oficio, profesión o estado social por el simple hecho del desempeño de la actividad. La Comisión Redactora de la Convención Constituyente entendió que la huelga puede ser declarada por los trabajadores: “no necesita la huelga declarada por los trabajadores ser homologada por los sindicatos en caso de que ella estalle” (ARESE, César, *El titular del derecho de huelga. El sindicato o el trabajador*, ponencia presentada en el “*III Encuentro Quilmeño de Derecho del Trabajo*” realizado en Quilmes, 26 y 27 de septiembre de 2008, p. 8).

<sup>442</sup> SCJBA, sentencia de fecha 06/07/1984. Con posterioridad, la SCJBA modificó su criterio y se expresó en términos contradictorios al precedente “*Leiva*”, sosteniendo que “no configura una forma de ejercicio del derecho de huelga la abstención de prestar servicios decidida por una pluralidad de trabajadores al margen de la asociación gremial que los nuclear, titular del ejercicio del derecho mencionado, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 14 bis de la Constitución Nacional conforme al régimen normativo vigente al momento del conflicto” (autos “*Alimonta, Blanca H. y otros c. Yagán Pesquera SRL*”, del 30/04/1991)

<sup>443</sup> En tal sentido, el CLS “ha reconocido siempre el derecho de huelga como un derecho legítimo al que pueden recurrir *los trabajadores y sus organizaciones* en defensa de sus intereses económicos y sociales” (Informes casos números 1809, párrafo 381; 1863, párrafo 356; y 1850, párrafo 120; entre otros, en OIT, *La libertad sindical...*, cit., p. 115). Del mismo modo se ha expresado la CEACR (OIT, *Libertad sindical...*, cit., p. 70).

sustentada por el “*Grupo de Expertos en Relaciones Laborales*”<sup>445</sup> en el informe culminado en el mes de junio de 2008 (y publicado ese mismo año), a través del cual se propuso la siguiente fórmula: “Debe considerarse con amplitud el sujeto activo de la huelga comprendiendo inclusive a la coalición y al gremio, concebido este último como trabajadores que se desempeñan en una misma actividad con intereses comunes, aunque no estén organizados institucionalmente”<sup>446</sup>.

En contra de dicha hermenéutica se postula la corriente doctrinaria<sup>447</sup> y jurisprudencial<sup>448</sup> que sostiene, fundamentalmente, que en virtud de lo dispuesto en el inciso a) del artículo 31 de la ley n° 23.551, la titularidad de la huelga recae exclusivamente en el sindicato jurídicamente organizado, que ostenta además, la *personería gremial*.

Sin embargo, y al menos en lo que respecta a la *titularidad sindical* de la huelga, la cuestión parece encontrarse zanjada, a la luz de la jurisprudencia del Alto Tribunal sentada en los ya citados fallos “*ATE*” y “*Rossi*”. Ciertamente es que, dichos precedentes no se abocan en forma directa al tratamiento de la titularidad de la huelga, sin embargo también lo es que los jueces de la Corte determinan —con arreglo a la doctrina de la CEACR de OIT—, cuales son los privilegios que pueden ser reconocidos al sindicato más representativo, sin afectar la libertad sindical. Y dichos privilegios —sostiene la Corte— no pueden exceder de una *prioridad* (que no exclusividad<sup>449</sup>) en materia de

---

<sup>444</sup> Artículo 11.1.: “*Todos los trabajadores y las organizaciones sindicales tienen garantizado el ejercicio del derecho de huelga, conforme a las disposiciones nacionales vigentes. Los mecanismos de prevención o solución de conflictos o la regulación de este derecho no podrán impedir su ejercicio o desvirtuar su finalidad*”. Cabe destacar que el reconocimiento del valor jurídico de la Declaración Sociolaboral del Mercosur y su *carácter vinculante* respecto del ordenamiento positivo ha sido expresamente receptado por la CSJN en el ya citado fallo “*Aquino*”, y recientemente, en el fallo “*Aerolíneas Argentinas S.A. c. Ministerio de Trabajo*”, del 24/02/2009.

<sup>445</sup> Creado mediante Resolución MTEySS n° 520/05, con el objetivo de “elaborar un informe en el que se identifiquen los principales problemas que enfrenta el sistema argentino de relaciones laborales”, y además, para que “se sugieran los lineamientos generales de las acciones conducentes para resolverlos, propendiendo a crear las condiciones necesarias para el establecimiento y la consolidación del paradigma de Trabajo Decente”. Integraron dicho grupo, los Dres. Julio C. SIMON, Eduardo O. ÁLVAREZ, Jorge ELÍAS, Pablo A. TOPET, Mario ELFFMAN, Jorge J. SAPPÍA, Jorge A. RODRÍGUEZ MANCINI, Carlos ALDAO ZAPIOLA y Beatriz FONTANA.

<sup>446</sup> GRUPO DE EXPERTOS EN RELACIONES LABORALES, *Estado actual del sistema de relaciones laborales en la Argentina*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2008, p. 307.

<sup>447</sup> Vid., por todos, VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, *Derecho del Trabajo...*, cit., p. 187.

<sup>448</sup> Cfr. recopilación jurisprudencial de la CSJN efectuada en DEL BONO, Carlos M., *Criterios de la Corte Suprema frente al ejercicio del derecho de huelga*, DT, 1997-B, p. 764; y más reciente, CNATr., sala II, “*Zavaglia, Gustavo c. Artes Gráficas Rioplatenses s. Despido*”, del 20-07-07. En dicho precedente, y a modo de *obiter dictum*, el Dr. Maza —con la adhesión del Dr. Pirolo—, expresó que: “Nuestro derecho constitucional no reconoce a la huelga como método de presión para solventar conflictos e intereses individuales ni pluriindividuales, por lo que no puede estar en manos de grupos de trabajadores sino de las organizaciones a las que las leyes vigentes, según un modelo debatible pero legislativamente consensuado, le encargan conducir la negociación y solución de los conflictos respecto de los cuales el derecho de huelga es medio instrumental. Por eso, (...) las medidas de acción directa tomadas por quienes no reúnen la calidad de organizaciones representativas de los intereses profesionales de los trabajadores son actos ilegítimos calificables en el plano contractual como incumplimientos generadores de las respectivas responsabilidades...”.

<sup>449</sup> En efecto, en la doctrina de la CEACR, receptada expresamente por la CSJN en los precedentes “*ATE*” y “*Rossi*”, el sindicato más representativo posee *prioridad* de representación en la negociación colectiva, lo que viene a significar —va de suyo— que se encuentra admitida la posibilidad de que otro sindicato que no ostente dicha aptitud, acceda a la negociación colectiva. En consecuencia, la *exclusividad* que el

*representación en las negociaciones colectivas, en la consulta por las autoridades y en la designación de los delegados ante los organismos internacionales.* Parece claro, pues, que desde la óptica constitucional el reconocimiento del derecho de huelga no integra el elenco de privilegios que puede válidamente reconocérsele al sindicato con Personería Gremial (presuntamente más representativo<sup>450</sup>).

Por otro lado, se observa que entre las técnicas de determinación de los *servicios esenciales en sentido estricto*, el legislador ha optado por la enumeración directa, en catálogo cerrado, sin avanzar en la definición expresa de su contenido. Merece destacarse la opción en favor de la enumeración legal, ya no reglamentaria, en tanto luce más adecuada en función del status del derecho (fundamental) que se regula.

De tal modo, el 2º párrafo del artículo 24, LOL, considera esenciales en sentido estricto “los servicios sanitarios y hospitalarios, la producción y distribución de agua potable, energía eléctrica y gas, y el control de tráfico aéreo”.

Injustificadamente, la norma incluye en su enumeración, la producción y distribución de gas, actividad ésta que no se encuentra integrada en el elenco de las que, en forma expresa, han sido consideradas servicio esencial en sentido estricto por los órganos de control de OIT. Más aún, dicho servicio ha sido expresamente tenido en cuenta por el CLS, no en forma específica, pero sí de modo genérico, si tenemos presente que el gas es un combustible, y que la producción y distribución de dicho insumo ha sido excluida de tal calificación apriorística por el citado órgano de contralor.

Por contrario, la enumeración legal omite incorporar al listado los servicios telefónicos, que sí integran la categoría de servicio esencial en sentido estricto de acuerdo a los criterios de OIT, y que habían sido así calificados por el decreto n° 843/00.

No obstante, este problema se supera si —como propone Gianibelli— se adopta el criterio de que, en tanto regulación superadora de la norma internacional, la legislación local ha asumido que los servicios esenciales —que determina— son sólo limitables a través del recurso del servicio mínimo. La inclusión de una actividad no contemplada como tal por la OIT vendría, entonces, a afectar este concepto mejorativo o de ampliación de tutela del derecho de huelga, y la exclusión de uno que sí lo es para la doctrina de la organización internacional vendría, según dicha lógica, a garantizar mayormente el derecho. En definitiva —concluye el citado autor—, la inclusión del servicio de gas resulta un fleco que desmerece el apego a la regulación de la OIT y la exclusión del servicio telefónico habilita sólo a la determinación de servicio mínimo en los términos del inciso a) del artículo 24<sup>451</sup>.

---

artículo 31 de la ley 23.551 propugna sobre la materia, en favor del sindicato con Personería Gremial, excede los privilegios que tanto la Corte como el órgano de control de OIT admiten que sean reconocidos al sindicato más representativo y resulta, por tanto, violatoria de la libertad sindical (vid. TRIBUZIO José E., *El fallo “ATE” y la reconfiguración constitucional de la representación sindical en el lugar de trabajo*, RDL, Número extraordinario, 2009, p. 228).

<sup>450</sup> Coincido con Goldin en cuanto a que, la investidura de la Personería Gremial es otorgada, en nuestro régimen positivo, al sindicato con *aparición de suficiente representatividad* (cfr. GOLDIN, Adrián O., *La Corte Suprema...*, cit., p. 4). Ello así, atento que —de acuerdo a dicho autor— el sistema diseñado en la ley n° 23.551 no permite, en modo alguno, comprobar la representatividad real del sindicato, sino que sólo la infiere en favor de un determinado sujeto, dentro de un régimen de unidad impuesta por ley.

<sup>451</sup> GIANIBELLI, Guillermo, *Conflictos Colectivos...*, cit., p. 200.

El tercer párrafo de la norma contempla la posibilidad de que una actividad no considerada servicio esencial en sentido estricto y por ende no incorporada en la enumeración taxativa contenida en el párrafo que lo precede, pueda ser *calificada excepcionalmente servicio esencial*, por una *comisión independiente*.

La creación legal de este órgano independiente, constituyó, sin lugar a dudas, una saludable novedad en el sistema de relaciones laborales argentino. Por primera vez en nuestro ordenamiento, la delegación como técnica de determinación de la esencialidad de un servicio se efectúa hacia un ente ajeno a la órbita del poder gubernamental<sup>452</sup>. La cesión dispuesta en la norma en favor del nuevo órgano implica un notable retraimiento del Estado y, en consecuencia, una esperable disminución de su actividad intervencionista (subsistente por ahora) en las relaciones colectivas del trabajo.

Pero además, se trata de una delegación condicionada, de carácter excepcional y subsidiaria; vale decir, que la competencia de la comisión independiente, en orden a determinar extensivamente la calidad esencial de un servicio, surge ante la configuración precisa de dos posibles hipótesis (importadas del sistema de garantías elaborado por los órganos de control de OIT) que la misma norma establece y sólo en caso de que el conflicto no se hubiera solucionado en instancia conciliatoria. En otras palabras, la calificación extensiva de esencialidad *sobreviene* respecto de un servicio determinado en un caso puntual, con arreglo a pautas precisas, en condiciones de excepción, y de acuerdo a los criterios y principios surgentes de la doctrina de OIT.

Merece puntualizarse, que la norma no exige el agotamiento de la conciliación laboral obligatoria (cfr. ley n° 14.786) para que la comisión independiente ejerza su competencia, sino sólo la apertura de aquella a modo de encauzar el conflicto. La disposición es razonable, si tenemos en cuenta que la intervención del órgano independiente se activa, precisamente, dentro de la instancia conciliatoria y previo a su finalización, sin perjuicio de las facultades accesorias que luego le reconocerá el decreto reglamentario, cuyo ejercicio se consuma *con posterioridad* a la conciliación y mientras se extiende la medida de fuerza.

Una vez iniciado dicho procedimiento conciliatorio, la comisión podrá ejercer sus facultades, sólo en dos supuestos:

a) cuando por la duración y extensión territorial de la interrupción de la actividad, la ejecución de la medida pudiere poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población; o

b) cuando se tratare de un servicio público de importancia trascendental, conforme los criterios de los organismos de control de la Organización Internacional del Trabajo.

Según sostiene Ackerman, en opinión que comparto, pese a que sólo en el segundo supuesto la regla se remite a la opinión de la OIT, es evidente que también el

---

<sup>452</sup> El Ministro Tomada, comentando el artículo 24° de la ley n° 25.877 al poco tiempo de su sanción, hacía referencia a la “comisión de garantía” del sistema italiano (Commissione di garanzia dell’attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali), sobre cuya imagen y semejanza debía instrumentarse la “comisión independiente”. Sostenía en esa oportunidad, que “Estas disposiciones recogen los resultados de la experiencia comparada, particularmente de Italia, donde se ha constituido un cuerpo independiente, que cuenta con la participación de expertos en Derecho Constitucional, Derecho del Trabajo y relaciones industriales, llamado a expedirse en el desarrollo de estos conflictos colectivos...” (TOMADA, Carlos A., *Motivaciones de la ley...*, cit., p. 27).

primero está tomado de las decisiones de los órganos de control de aquella<sup>453</sup>; por tanto, en uno u otro caso, la valoración del intérprete (en la especie, la comisión independiente) deberá ajustarse ineludiblemente, a las decisiones y recomendaciones elaboradas sobre tales hipótesis por el CLS y la CEACR, respectivamente. Se trata, por tanto, de una *delegación condicionada* desde la ley hacia la comisión independiente, cuyas facultades deberán ejercitarse con arreglo a la doctrina sustentada por los órganos de control de OIT en materia de servicios esenciales.

Vale decir, la aplicación de tales previsiones deberá efectuarse *en las condiciones de su vigencia*, ya que se trata de construcciones desarrolladas por los órganos de interpretación sobre las normas contenidas en un tratado internacional (Convenio n° 87 OIT) que, a mayor abundamiento, ostenta jerarquía constitucional.

Sin embargo, con relación a la hipótesis prevista en el acápite a), se percibe una sutil diferencia entre la definición elaborada por OIT en lo que concierne a los denominados servicios esenciales por extensión (tal es el instituto allí previsto) y la fórmula que adopta nuestra legislación.

En efecto, adviértase que, de acuerdo a la literalidad de la definición brindada por los órganos de control de OIT, los servicios esenciales por extensión son aquellos servicios que no ostentan una esencialidad de origen, pero pueden adquirirla cuando la duración de la huelga rebasa cierto período “o” cierto alcance y pone así en peligro la vida, la seguridad de la persona o la salud de toda o parte de la población<sup>454</sup>. Quiere ello significar, que la sola concreción de uno sólo de aquellos requisitos (duración o extensión de la medida) habilita la calificación excepcional de esencialidad.

Por el contrario, el citado inciso a) del artículo 24, LOL, exige la concurrencia del factor temporal y geográfico, es decir, ambos de manera conjunta y simultánea, para la configuración del supuesto de excepción determinante de la calificación extensiva. Ello resulta claro, a poco que se observa que en vez de utilizar la conjunción disyuntiva “o”, la legislación nacional recurre a la conjunción copulativa “y”<sup>455</sup>. Desde esta perspectiva, la regulación nacional garantiza con mayor intensidad el derecho de huelga, por cuanto habilita la calificación extensiva de esencialidad ante la concurrencia de ambos recaudos, y no frente a la configuración de uno sólo de ellos, tal y como prescriben los órganos de control de OIT.

Con relación a los denominados “servicios públicos de importancia trascendental”, ya se ha dicho que una actividad sólo puede ser encuadrada en tal categoría, sólo en determinadas *situaciones*, cuando sea necesario *asegurar la satisfacción de las necesidades básicas de los usuarios o el funcionamiento continuo y en condiciones de seguridad de las instalaciones*.

Y, si bien en principio es el propio órgano de OIT (CLS), el encargado de dilucidar si en el caso concreto llevado a su conocimiento se dan los requisitos subjetivos apuntados precedentemente para disponer la incorporación de esa *situación* dentro del término jurídico y de ese modo habilitar la ulterior fijación de servicios mínimos, el artículo 24, LOL, faculta al órgano independiente que crea al efecto, para

---

<sup>453</sup> ACKERMAN, Mario E., *Conflictos colectivos de trabajo*, en VV.AA., *Reforma Laboral ley 25.877*, Rubinzal-Culzoni, Sante Fe, 2004, p. 226.

<sup>454</sup> Informes casos número 1963, párrafo 229; 2066, párrafo 340; y 2212, párrafo, 749, entre otros; en OIT, *La libertad sindical...*, cit., p. 125.

<sup>455</sup> Vid., también, decreto n° 843/00.



efectuar dicha calificación de acuerdo a los lineamientos elaborados por el Comité de Libertad Sindical.

Adviértase que, la competencia de la comisión independiente se activa *ante* el conflicto, de suerte que su *poder normativo* (en orden a calificar la esencialidad de una actividad determinada) no puede ser ejercido “en frío”<sup>456</sup>, con prescindencia del conflicto en el cual está llamada a intervenir, sino que sólo resulta ejercitable frente a una huelga ya convocada o de inminente convocatoria.

En efecto, la propia norma legal condiciona y subordina la actuación de la comisión, a la *previa* apertura de la conciliación obligatoria, de donde se desprende que existe una *relación temporal progresiva e inmediata* entre el inicio de la instancia conciliatoria y la intervención de aquélla. Es decir, que la actuación de la comisión independiente se encuentra inserta dentro del cauce del procedimiento de conciliación obligatoria diseñado por la ley n° 14.786, *pero nunca fuera de éste*. Habida cuenta que, el procedimiento de conciliación laboral obligatoria se activa frente al conflicto de intereses<sup>457</sup>, la competencia del órgano se encuentra indisolublemente ligada a la existencia de aquel conflicto en virtud del cual se requiere su intervención concreta<sup>458</sup>.

En abono de esta tesis, adelanto que el último párrafo del artículo 2° del decreto n° 272/06 (reglamentario del artículo 24, LOL), establece que la convocatoria a la comisión independiente (denominada “Comisión de Garantías” por el artículo 2° del mencionado decreto) podrá efectuarse de oficio (por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación) o a pedido de las partes *intervinientes en el conflicto*, ratificando la interpretación que aquí se sustenta en cuanto a que, necesariamente, debe existir un conflicto para que resulte habilitada la intervención del órgano.

A mayor abundamiento, cabe puntualizar que tanto la norma legal como el decreto que la reglamenta (artículo 11), aluden a la *calificación excepcional* del servicio por parte de la comisión, despejando definitivamente, cualquier intento hermenéutico de asignarle a las decisiones de la comisión sobre un caso puntual y circunstanciado, estabilidad o proyección futura, hacia actividades no consideradas, *ab initio*, servicio esencial.

Por último, el párrafo final del artículo 24 de la ley 25.877 prevé la intervención del Ministerio de Trabajo y de las organizaciones de trabajadores y de empleadores, en la reglamentación de la norma —que el Poder Ejecutivo dicte al efecto—, la cual deberá ajustarse a los “principios de la Organización Internacional del Trabajo”.

Se consuma de tal modo, el doble reenvío, legal primero y reglamentario luego, a la doctrina de la OIT en materia de huelga (en general) y con relación a los servicios esenciales (en particular).

#### 14.2. Decreto n° 272/06. La reglamentación del artículo 24, LOL

La reglamentación del artículo 24, LOL, contenida en el decreto n° 272/06, entró en vigencia el mismo día de su publicación en el Boletín Oficial, de acuerdo a lo establecido en el artículo 18 del mismo dispositivo.

---

<sup>456</sup> VIVERO SERRANO, Juan B., *La huelga ...*, cit., p. 285.

<sup>457</sup> Cfr. artículo 1°, ley n° 14.786.

<sup>458</sup> TRIBUZIO, José, *El servicio público...*, cit., p. 33.

En efecto, con más de veinte meses de demora respecto de lo previsto en el último párrafo de la norma legal<sup>459</sup>, la entrada en vigencia del decreto n° 272/06 recién se concretó en fecha 13-03-2006.

Conforme expuse precedentemente, desde la sanción de la LOL hasta la aparición del decreto n° 272/06 que reglamenta su artículo 24, los conflictos de trabajo que involucraron servicios esenciales (y algunos otros que no lo hicieron pero que, aún así, merecieron análogo tratamiento) fueron gestionados, en su mayoría, por la autoridad de aplicación mediante intervenciones de dudosa o nula legitimidad, según el caso.

De tal modo, mientras la doctrina se veía entreverada en debates técnicos acerca de la vigencia (o no) del decreto n° 843/00 en función del agotamiento del plazo previsto en la ley para dictar la reglamentación correspondiente<sup>460</sup>, el Ministerio de Trabajo no vaciló en arrogarse la facultad unilateral de fijar servicios mínimos a discreción cuando lo que se encontraba en juego era la continuidad de los servicios esenciales establecidos en la ley, o de las actividades que —según el poder administrador— merecían ser incluidas dentro de esa calificación.

En ese contexto, quedaba la esperanza de que la reglamentación —que tenía a su cargo la delicada tarea de instrumentar el funcionamiento de la expectable “Comisión de Garantías”, determinar su integración y fijar su competencia— viniera a poner un coto a la actividad discrecional de la autoridad administrativa y a cerrar el círculo iniciado por el artículo 33° de la ley n° 25.250 y continuado por el artículo 24 de la 25.877.

Decía en aquél entonces<sup>461</sup>, que se presentaba así, una inmejorable oportunidad para ingresar de una vez por todas y por la puerta principal, en el campo del respeto a la autonomía y la libertad sindical, y el afianzamiento del derecho de huelga.

Adelanto que, en mi opinión, la norma reglamentaria no logró colmar dichas expectativas. Más aún, entiendo que aquella vocación de retraimiento estatal esbozada en la ley (cuyo tinte se destacó precedentemente) no tuvo, empero, adecuada recepción en el nuevo decreto. Del análisis que sigue, veremos cómo las atribuciones intervencionistas de la autoridad de aplicación en el conflicto, lejos de haberse debilitado, aparecen —por imperio del decreto n° 272/06— no sólo repotenciadas sino también, injustificadamente, ampliadas.

Como sea, la experiencia indica que, a los fines de evaluar con mayor precisión la idoneidad de la reglamentación vigente, así como la adecuación del tratamiento efectivo de la huelga (y su tutela) en el ámbito de los servicios esenciales a la doctrina de los órganos de OIT, habrá que observar el funcionamiento concreto de la ya célebre Comisión de Garantías, cuya constitución e integración ha sido dispuesta en fecha reciente a través del decreto n° 362/10.

---

<sup>459</sup> Recuérdese que la ley n° 25.877 fue sancionada en fecha 02-03-2004 y promulgada el día 18-03-2004.

<sup>460</sup> La vigencia del decreto n° 843/00 se encontraba sujeta a una condición resolutoria establecida en el artículo 44 de la ley n° 25.877 (“Hasta tanto el Poder Ejecutivo Nacional dicte la reglamentación prevista por el artículo 24 de la presente ley...”); mientras que el citado artículo 24 fijaba en noventa (90) días el plazo para que el Poder Ejecutivo concluyera esa tarea. No obstante, coincido con Ackerman, en punto a que el Decreto n° 843/00 mantuvo su vigencia hasta el dictado de la reglamentación, sin perjuicio del agotamiento del plazo previsto en el artículo 24, LOL (cfr. ACKERMAN, Mario E., *El derecho de huelga y los derechos de todos*, DT, 2005-B, p. 1693).

<sup>461</sup> TRIBUZIO, José E., *Nueva reglamentación del derecho de huelga en los servicios esenciales*, DT, 2006-A, p. 708.

Por lo pronto, sólo cabe efectuar un análisis provisorio y *en abstracto* acerca de la normativa reglamentaria. A ello se dedica lo que sigue de esta obra<sup>462</sup>.

*a) Influencia del decreto n° 843/00*

Es fácil advertir, luego de un primer acercamiento al decreto n° 272/06, que su texto ha sido decisivamente influido por el decreto n° 843/00 que aquél viene a derogar<sup>463</sup>. En ciertos aspectos, disposiciones parciales (con algunas modificaciones sintácticas menores) de la reglamentación abrogada, se encuentran injertadas en el nuevo decreto.

Así, los artículos 8°, 9°, y el último párrafo del artículo 12 del decreto n° 272/06 se corresponden respectivamente con los primeros párrafos de los artículos 4°, 5°, y 6° del decreto n° 843/00.

Por otro lado, se mantiene íntegro el último párrafo del artículo 8° de la vieja regulación, cuya letra se encuentra reproducida al final del artículo 14 de la norma vigente.

En otro caso, la importación ha sufrido relevantes mutilaciones, cuyos efectos sobre el cuerpo de la reglamentación, se perciben —por lo pronto— desafortunados. Tal el caso de la cláusula contenida en el artículo 7° del decreto n° 843/00, que aparece ahora insertada —aunque inexplicablemente recortada— en el artículo 13 de la nueva norma.

Por lo demás, el antecedente directo que encuentra la nueva reglamentación proviene del derecho comparado; concretamente, de la experiencia recogida del sistema italiano a través de su *Comissione di Garanzia*, en la cual pretende reflejarse la comisión independiente creada por el artículo 24, LOL.

*b) Titularidad del deber de garantizar la prestación de los servicios mínimos*

Aparece controvertida, en primer lugar, la relación que se entabla entre el artículo 24, LOL, el considerando 2° del decreto reglamentario, y el artículo 12 de éste último.

Una posible interpretación conjunta de dichas disposiciones conduciría a una triple relación de *antinomía por contradicción*<sup>464</sup> habida entre aquellas, en virtud de la cual, podría colegirse que la mentada postura legal en favor de la autorregulación del conflicto, no luce respetada por la reglamentación.

En efecto, nótese que el artículo 24 de la ley n° 25.877 impone a la parte que decida la adopción de una medida legítima de acción directa que involucre actividades que puedan ser consideradas servicios esenciales, la obligación de garantizar la prestación de servicios mínimos para evitar su interrupción. De la redacción del texto legal, se desprende —sin lugar a dudas— que es *la parte* (en singular) quién “...deberá garantizar...” la prestación de los servicios mínimos.

---

<sup>462</sup> Cfr. TRIBUZIO, José E., *Nueva reglamentación...*, cit., p. 707 y ss.

<sup>463</sup> Artículo 17 de la reglamentación actual.

<sup>464</sup> Cfr. MARTÍN VALVERDE, Antonio, *Concurrencia y articulación de normas laborales*, en *Revista de Política Social*, N° 119, Madrid, julio-septiembre de 1978, p. 13.

No obstante, el considerando 2º del decreto nº 272/06 se aleja de la ley, ya que de aquél se desgaja una sutil diferencia textual que implica, sin embargo, una colisión frontal con ésta. Dicho considerando, que reproduce la primera parte del artículo 24, LOL, incorpora (con descuido o a conciencia) una leve modificación en su redacción que tergiversa el sentido de la ley, ya que de allí surge que, suscitado un conflicto que afecte servicios esenciales “...deberá garantizarse...” la prestación de los servicios mínimos (infortunadamente, la misma anomalía se detecta en el primer párrafo de los considerandos del decreto nº 362/10).

Pareciera ser, entonces, que la intención del decreto es transformar ese deber que la ley asigna exclusivamente a la parte (que adopte la medida de fuerza) en una obligación exigible por igual y conjuntamente a ambas partes del conflicto, independientemente de quien resulte ser el sujeto activo de la acción, apartándose así del texto expreso contenido en la norma de rango superior.

Sin embargo, a poco que el intérprete se adentre en el articulado de la norma, detectará que, por imperio de su artículo 12, será “...la empresa u organismo prestador del servicio considerado esencial...” quien “garantizará” la ejecución de los servicios mínimos para evitar su interrupción; dispositivo éste, que parece tener como objetivo el relevamiento del sindicato de su posición de garante en donde la norma legal lo ubica.

Si así fuera, quedaría configurado —inexorablemente— un claro exceso reglamentario que viciaría al decreto nº 272/06 de inconstitucionalidad<sup>465</sup>, en función de lo dispuesto en los artículos 28, 31 y 99 de la Constitución Nacional.

Cabe señalar que la distinción verificada desde la interpretación propiciada no es menor, ya que, en los hechos, aquélla implicaría el apartamiento del sindicato de la gestión del conflicto, la eliminación de toda posibilidad de autorregulación sindical, y la traslación hacia la empresa, de una obligación impuesta por ley a la organización gremial, de haber sido ésta quien adoptara la medida de acción directa.

Es importante comprender que el deber impuesto a la parte conlleva también la potestad exclusiva de ésta de adoptar las medidas que —a su arbitrio— entienda pertinentes, siempre y cuando resulten idóneas y suficientes a fin de cumplir con su obligación de garantizar los servicios mínimos.

Por otro lado, cabría interrogarse en qué medida podría la empresa garantizar la prestación del servicio mínimo sin afectar el derecho de huelga de sus dependientes si no es a través del recurso —admitido por OIT con carácter excepcional y sujeto a condicionantes objetivos, pero no previsto en nuestro ordenamiento legal— a la sustitución de los huelguistas.

Ahora bien, podría también interpretarse que no se produce la relación de conflicto arriba señalada entre la ley y su reglamentación.

Ello sería posible —si y sólo si— entendiéramos que el primer párrafo del artículo 24 de la norma legal refiere a la garantía de la parte que adopte la medida de acción directa respecto de la *puesta a disposición* de los medios necesarios para el cumplimiento de los servicios mínimos (que serán meramente personales, si se trata del

---

<sup>465</sup> Conforme enseña Bidart Campos, la supremacía constitucional supone una gradación jerárquica del orden jurídico derivado, que se escalona en planos distintos. Los más altos subordinan a los inferiores, y todo el conjunto se debe subordinar a la constitución. Cuando esa relación de coherencia se rompe, hay un vicio o defecto, que se denomina “inconstitucionalidad” o “anti-constitucionalidad”. (BIDART CAMPOS, Germán J., *Manual de la Constitución reformada*, T.1, EDIAR, 1998, p. 334).

sindicato; o técnicos y materiales, si se trata de la empresa), mientras que, por su parte, el artículo 12 del reglamento alude a la garantía de la *puesta en práctica* de dichos medios.

Desde este enfoque, y ubicados en el supuesto de que fuera el sindicato quien hubiese adoptado la medida de conflicto que afectara servicios esenciales, éste cumpliría con su deber legal garantizando efectivamente que una porción del colectivo de trabajadores en conflicto no resultara afectado a la huelga.

Por su parte, y en función de un deber asumido hacia la sociedad y ante el Estado (ya en su calidad de concesionario del servicio o mero garante final de la prestación del mismo), la empresa debería poner en funcionamiento el servicio afectado con aquellos trabajadores que la organización gremial hubiera puesto a su disposición.

De esta forma quedarían compatibilizadas ambas normas, no se produciría el conflicto normativo antes expuesto, y se mantendría en este aspecto, la constitucionalidad del sistema.

### *c) Atribuciones de la Comisión de Garantías*

El artículo 2º del decreto n° 272/06 enumera las facultades de la comisión independiente a la que alude el 3º párrafo del artículo 24, LOL. Tales facultades consisten en:

“...a. Calificar excepcionalmente como servicio esencial a una actividad no enumerada en el segundo párrafo del artículo 24 de la ley n° 25.877, de conformidad con lo establecido en los incisos a) y b) del tercer párrafo del citado artículo.

b. Asesorar a la Autoridad de Aplicación para la fijación de los servicios mínimos necesarios, cuando las partes no lo hubieren así acordado o cuando los acuerdos fueren insuficientes, para compatibilizar el ejercicio del derecho de huelga con los demás derechos reconocidos en la Constitución Nacional, conforme al procedimiento que se establece en el presente.

c. Pronunciarse, a solicitud de la autoridad de Aplicación, sobre cuestiones vinculadas con el ejercicio de las medidas de acción directa.

d. Expedirse, a solicitud de la Autoridad de Aplicación, cuando de común acuerdo las partes involucradas en una medida de acción directa requieran su opinión.

e. Consultar y requerir informes a los entes reguladores de los servicios involucrados, a las asociaciones cuyo objeto sea la protección del interés de los usuarios y a personas o instituciones nacionales o extranjeras, expertas en las disciplinas involucradas, siempre que se garantice la imparcialidad de las mismas.”

Tal como se deduce del texto transcripto, la Comisión de Garantías ostenta, en sustancia, una única potestad exclusiva, excluyente y de ejercicio obligatorio: aquella contenida en el inciso a), mediante la cual el citado órgano se reserva para sí, el derecho de “calificar excepcionalmente como servicio esencial a una actividad no enumerada en el segundo párrafo del artículo 24 de la ley n° 25.877...”

Se trata de una *función normativa* —de acuerdo a la clasificación ensayada por García<sup>466</sup>— que se activa al verificarse alguno de los supuestos establecidos en los incisos a) o b) del tercer párrafo del artículo 24.

Las demás funciones que la norma reglamentaria le asigna a la Comisión de Garantías resultan, en cambio, meramente *consultivas* (incisos b., c. y d.) o de simple *instrucción* (inciso e.).

En tal sentido, la comisión “asesorará” a la autoridad de aplicación para la fijación de servicios mínimos, se “pronunciará” sobre cuestiones vinculadas con el ejercicio de medidas de acción directa, y se “expedirá” cuando las partes involucradas en una medida de acción directa y de “común acuerdo”, requieran de su opinión.

No obstante, la actuación de la Comisión de Garantías en tales hipótesis no resulta automática, sino que deberá ser convocada a pedido de cualquiera de las partes *intervinientes* en el conflicto colectivo o “de oficio” por el MTEySS (último párrafo, artículo 2º del decreto reglamentario).

De todos modos, si bien es cierto que la actuación de la Comisión de Garantías no se produce *ope legis*, sino a instancia del MTEySS, conviene puntualizar que el artículo 11 de la reglamentación, cuyo texto resulta muy similar al dispositivo contenido en el artículo 2º de la misma, establece la *obligatoriedad* de su convocatoria por parte de la autoridad de aplicación, a los fines de que aquella proceda a evaluar si se dan los supuestos de los incisos *a.* o *b.* del artículo 24, LOL, y en su caso, califique como esencial tal servicio. Así se desprende de la literalidad del texto inserto en el mentado artículo 11, que dispone que el MTEySS “convocará” a la comisión a los fines de que lleva a cabo su función normativa.

Pero además, dicha prescriptiva consagra la posibilidad de que se convoque a la Comisión de Garantías cuando ésta sea requerida por “las partes involucradas en el conflicto”. Vale decir, mientras que el artículo 2º refiere a las “partes intervinientes”, el artículo 11 amplía la posibilidad de convocatoria hacia las “partes involucradas” en el conflicto. Esta distinción terminológica podría estar indicando que sólo las *partes intervinientes* en el conflicto (trabajadores y empleadores, a través de sus representaciones respectivas), se encuentran facultadas para solicitar la citación de la Comisión de Garantías, con el objeto de que ejerza las funciones que el mismo artículo 2º le asigna. Sin embargo, cuando se tratare de petitionar el llamamiento del órgano a los efectos de que evalúe, solamente, si se dan los supuestos de los incisos *a)* o *b)* del artículo 24 de la ley n° 25.877, los sujetos habilitados a tal fin, serían las *partes involucradas* en la contienda, entendiendo por tales, no sólo a los actores sindicales enfrentados, sino también —aunque exclusivamente—, a los representantes de los usuarios/consumidores alcanzados, y por tanto *involucrados*, en el conflicto<sup>467</sup>.

Naturalmente, la convocatoria a través del MTEySS para que se constituya la Comisión de Garantías a los fines de efectuar la calificación de esencialidad *excepcional* (artículo 11 del reglamento) y extensiva del servicio, habrá de producirse una vez desatado el conflicto.

---

<sup>466</sup> GARCÍA, Héctor O., *La regulación de la huelga...*, cit., p. 509. En opinión de este autor, el resto de las funciones asignadas a la comisión pueden ser calificadas en *arbitrales* (inciso b.), *consultivas* (incisos c. y d.) o *instrumentales* (inciso e.).

<sup>467</sup> TRIBUZIO, José, *El servicio público...*, cit., p. 33.

En efecto, y tal como ya se ha explicado, la regulación legal (tercer párrafo del artículo 24) subordina la convocatoria a la comisión, a la *previa* apertura del procedimiento de conciliación obligatoria.

Aun cuando la reglamentación guarda silencio al respecto, estimo que, efectuada dicha convocatoria, la comisión debería pronunciarse en primer lugar, acerca de la admisibilidad formal de aquélla, para luego sí expedirse acerca de la procedencia de la calificación excepcional en el caso concreto traído a su conocimiento.

Especial interés reviste el inciso b) del artículo 2º de la reglamentación, mediante el cual se mantiene en cabeza del MTEySS la potestad de fijar unilateralmente la extensión de los servicios mínimos ante la falta de acuerdo entre las partes, y se le otorga además la facultad de incrementarlos cuando a su juicio, resultaren insuficientes.

Esta es, indudablemente, una de las cláusulas del decreto n° 272/06 que mayor reproche merece.

No sólo porque desde una exégesis literal de la norma la autoridad de aplicación conserva intacta la delicada función de fijar los servicios mínimos (cuando lo lógico y deseable hubiera sido que dicha atribución pasara a manos de la novel Comisión de Garantías), sino también, porque dicha facultad se ve ahora peligrosamente robustecida, ya que del artículo 10 de la reglamentación no se desprende limitación alguna respecto del alcance máximo de fijación de los servicios mínimos —como sí lo establecía, en cambio, el derogado decreto n° 843/00 en su artículo 17—. Cabe resaltar que el *condicionamiento objetivo* dirigido hacia la autoridad de aplicación contenido en esta última normativa —no receptado, como se dijo, por el decreto n° 272/06— establecía que aquélla no podía “...imponer a las partes una cobertura mayor al CINCUENTA POR CIENTO (50%) de la prestación normal del servicio de que se tratare...”.

Pero eso no es todo; se produce también un desacertado alejamiento de la cláusula en análisis respecto de lo dispuesto en el decreto n° 843/00, con relación a los *condicionamientos subjetivos* allí delineados a fin de reglar la intervención administrativa. En efecto, el último párrafo del artículo 4º del decreto n° 843/00 establecía que “...La autoridad de aplicación deberá sujetarse a criterios de razonabilidad en función de las circunstancias particulares de la situación...”, mientras que la reglamentación actual guarda silencio en ese aspecto. No hay, en toda la reglamentación, marco referencial alguno que sirva de límite a la actividad discrecional de la administración en este punto.

A su vez, conforme se anticipara supra, la nueva reglamentación amplía desmesuradamente la posibilidad de intervención administrativa, ya que ésta no sólo tiene lugar ante la falta de acuerdo entre las partes respecto de la fijación de los servicios mínimos, sino que encuentra cabida, también, cuando la autoridad de aplicación entienda que “...los acuerdos fueren insuficientes...”. No se sabe a ciencia cierta —ya que la reglamentación no fija ninguna pauta objetiva— cuál será el parámetro que la administración utilizará para determinar la insuficiencia de los acuerdos a los que arribaren las partes.

Con esta última variante (también contemplada en el artículo 10 del decreto reglamentario), queda librada a la absoluta discrecionalidad de la autoridad de aplicación la fijación de servicios mínimos. Se subvierte, así, el principio contenido en el abrogado decreto n° 843/00, por virtud del cual la intervención estatal quedaba subordinada, en todo caso, al eventual fracaso del intento de composición autónoma.

No es ocioso reiterar que, conforme a lo expuesto, la función que se le asigna a la Comisión de Garantías en tales supuestos resulta accesoria y consultiva. Incluso, la convocatoria a la Comisión para que ésta ejerza —cuanto menos— su asesoramiento a esos fines, queda también comprendida dentro de la órbita discrecional de la autoridad de aplicación, ya que aquélla asumirá su competencia sólo a instancia de ésta.

El gobierno se aparta así, de la recomendación expresa efectuada por la Comisión de Expertos de OIT en 2003 al analizar la memoria enviada por el Gobierno argentino el año anterior, tendiente a que “...la determinación de los servicios mínimos a mantener durante la huelga, si las partes no llegan a un acuerdo, no corresponda al Ministerio de Trabajo sino a un órgano independiente”<sup>468</sup>.

Más aún, en un caso recientemente tratado por el CLS<sup>469</sup>, éste reiteró, una vez más, que en caso de divergencias entre las partes acerca del número mínimo de trabajadores y los servicios mínimos a mantener en caso de huelga, *dicha divergencia sea resuelta por un órgano independiente de las partes*. En la especie, la Asociación de Trabajadores del Estado (ATE) cuestionó ante el CLS una resolución (n° 1452/2008) del Ministerio de Salud de la Provincia de Mendoza mediante la cual éste dispuso unilateralmente —en el marco de un conflicto colectivo durante el cual se llevaron a cabo medidas de acción directa en hospitales y centros sanitarios de la provincia—, la fijación en un cien por ciento (100%) de los servicios mínimos.

De todos modos, las consideraciones que aquí se vienen efectuando, prescinden de la actuación concreta de la Comisión de Garantías (atento que, tal como ya se dijo, dicho organismo no se encuentra aún en funcionamiento). Nada obstaría a que, en la praxis, el MTEySS delegara la función determinativa de servicios mínimos en el órgano independiente, circunscribiéndola exclusivamente, a las hipótesis de falta de implementación por la parte. Dicha práctica redundaría en un apego al espíritu de la ley y adecuación a la doctrina de OIT, que permitiría salvar la constitucionalidad del sistema<sup>470</sup>.

A mayor abundamiento, conviene tener presente que en su memoria dirigida a la CEACR en el año 2007, el propio gobierno argentino expresó con relación al mecanismo de establecimiento de servicios mínimos (observado por la Central de Trabajadores Argentinos a través de su informe remitido a OIT en el año 2006) que “la facultad finalmente asignada al Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, no puede ser calificada como unilateral y discrecional, en tanto que el propio artículo 10 y el inciso b. del artículo 2° del decreto reglamentario establecen que la autoridad de aplicación *debe* consultar a la Comisión de Garantías sobre la fijación de servicios mínimos y por otro lado expresamente se impone un límite a la discrecionalidad al fijar como parámetro obligatorio para dicho ministerio en ejercicio de tal función que es el

---

<sup>468</sup> OIT, *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Informe III, parte 1A, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2003 – 1B. DOC, p. 239.

<sup>469</sup> 306ª reunión, 355º informe del Comité de Libertad Sindical, 2009, caso n° 2659; Denuncia formulada por la Asociación de Trabajadores del Estado (ATE) contra el Gobierno Argentino por violaciones a la libertad sindical.

<sup>470</sup> En similar sentido se expresa Héctor O. García, para quien, la única vía de salvar la constitucionalidad de los artículos 2º inciso b y 10 del decreto reglamentario consiste en interpretar que la función de la Comisión de Garantías no es la de oficiar como órgano de asesoramiento del Ministerio de Trabajo, sino como un órgano arbitral autónomo e imparcial con plena competencia legal para determinar los servicios mínimos en subsidio de la falta de acuerdo entre las partes (GARCÍA, Héctor O., *La huelga...*, cit., p. 866).



de resguardar tanto el derecho de huelga como los derechos de los usuarios afectados”<sup>471</sup> (cursiva agregada). Tal afirmación, vertida a modo de descargo ante el órgano de control de OIT con motivo de los comentarios elevados por la central sindical precitada, resulta vinculante para el Estado Argentino, condiciona la interpretación normativa y obliga a la autoridad de aplicación a consultar a la comisión cuando pretenda fijar servicios mínimos.

Por lo demás, el inciso e) del artículo 2º del decreto en análisis, faculta a la comisión a “consultar y requerir informes” a los entes reguladores de servicios involucrados y demás organismos que propendan a la protección de los usuarios “...siempre que se garantice la imparcialidad de las mismas.” Queda planteado el interrogante respecto de la declamada imparcialidad a la que alude el texto reglamentario, habida cuenta del objeto mismo de las asociaciones de usuarios, cual es, justamente, propender a la satisfacción de sus intereses, distintos (por lo menos durante el conflicto) de los que se pretende tutelar a través de la huelga.

#### *d) Integración de la Comisión de Garantías*

La Comisión de Garantías se encuentra integrada por cinco (5) miembros titulares y cinco (5) miembros alternos, cuya designación ha sido dispuesta mediante el artículo 2º del decreto n° 362/10, de conformidad con el criterio de selección descripto en el artículo 5º del decreto n° 272/06<sup>472</sup>.

La duración del cargo de comisionado se extiende por tres (3) años<sup>473</sup> y resulta admitida la posibilidad de reelección por única vez.

El decreto establece que la selección recaerá sobre personas de “...reconocida solvencia técnica, profesional o académica en materia de relaciones del trabajo, del derecho laboral o del derecho constitucional de destacada trayectoria”, aunque no queda claro si las vacantes deben respetar en alguna proporción las especialidades mencionadas. Por lo pronto, no hay referencias sobre este aspecto en los considerandos o el articulado del decreto n° 362/10.

Entre las personas que se encuentran expresamente inhibidas de integrar la comisión, se encuentran los legisladores (nacionales o provinciales o de la Ciudad de Buenos Aires) y aquellos que “...ocupen otros cargos públicos electivos y aquellas

---

<sup>471</sup> Vid. CEACR: Observación individual sobre el Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87), Argentina (ratificación: 1960), año 2008. En esa ocasión, el comité le solicitó al gobierno argentino que le brinde información acerca de los casos en los que ha intervenido la Comisión de Garantías sobre servicios mínimos (sic), y en particular, el número de ocasiones en los que la autoridad administrativa ha modificado los términos del dictamen de dicha comisión.

<sup>472</sup> Dicha norma remite al Anexo que forma parte integrante del decreto. Este último, consiste en un listado en el cual se encuentran individualizados los miembros titulares y alternos de la Comisión de Garantías. En el primer grupo se encuentran los Dres. Felipe Agustín GONZÁLEZ ARZAC (designado en forma directa por el PEN), Horacio MARTÍNEZ (UIA), Ricardo Alberto MUÑOZ (CIN), Alcira Paula Isabel PASINI (CGT) y Rodolfo Ernesto CAPÓN FILAS (FACA). La designación de miembros alternos recayó sobre los Dres. Gabriel BINSTEIN (PEN), Carlos Francisco ECHAZARRETA (UIA), Marcelo Ignacio FERRER VERA (CIN), Teodoro SANCHEZ DE BUSTAMANTE (CTA) y Gustavo Jorge GALLO (FACA).

<sup>473</sup> En consecuencia, los comisionados mencionados en la nota precedente, durarán en sus cargos hasta el día 15 de marzo de 2013.

personas que ejerzan cargos electivos de dirección o conducción en partidos políticos, en asociaciones sindicales o en organizaciones de empleadores...”.

En principio, nada dice el decreto acerca de la posibilidad de que se incorporen a la comisión, integrantes del Poder Ejecutivo que se encuentren en ejercicio de un cargo no electivo. Sin embargo, el requisito de independencia contenido en el artículo 4º, impediría tal hipótesis ya que la función ejecutiva no se compadece con la necesaria imparcialidad que requiere la delicada labor de los comisionados.

No obstante, la “independencia” que la reglamentación declama y exige a los miembros de la comisión, se encuentra en cierta medida desdibujada, en tanto reserva una vacante para ser cubierta por el candidato (y su alterno) que designe directamente el Poder Ejecutivo Nacional<sup>474</sup>.

Tampoco parece acertado el mecanismo de selección de los restantes comisionados (y sus alternos) que la norma reglamentaria establece. Según el artículo 5º del decreto, aquellos también serán designados por el Poder Ejecutivo, pero a propuesta de las ternas que seleccionen las asociaciones de empleadores y de trabajadores más representativas, la Federación Argentina de Colegios de Abogados (FACA) y el Consejo Interuniversitario Nacional (CIN), respectivamente y en forma proporcional (tres candidatos cada uno)<sup>475</sup>.

Esto es, la elección de las ternas corresponde a cada uno de los sectores, pero la *designación* en el cargo es atributo del Poder Ejecutivo. Habría sido preferible (y acorde con los criterios de OIT<sup>476</sup>) que la elección y designación de los integrantes de la Comisión de Garantías hubiese recaído *directamente* en manos de las mencionadas asociaciones y organismos.

No se encuentra definido en la norma reglamentaria, de que modo se designa al comisionado titular que propongan las *asociaciones de trabajadores más representativas*, habida cuenta que existen en la actualidad dos centrales de trabajadores más representativas<sup>477</sup>. El mismo interrogante recae sobre el sector empleador, donde hay varias cámaras que resultan ser las más representativas de acuerdo a cada actividad específica. Por lo pronto, la propia norma reconoce la existencia de una pluralidad de actores *más representativos* en ambos ámbitos.

La solución adoptada por la administración, en este punto, surge del Anexo del decreto n° 362/10, donde se encuentran individualizados los (primeros) integrantes de la

---

<sup>474</sup> La designación directa por el Poder Ejecutivo Nacional de un miembro de la Comisión de Garantías fue cuestionada por la Central de Trabajadores Argentinos (CTA), en oportunidad de realizarse las consultas previas a la adopción del texto reglamentario entre los distintos actores sociales involucrados.

<sup>475</sup> En opinión de Simon, la norma reglamentaria debería haber reservado la participación de un representante de los usuarios y consumidores en el órgano, en tanto aquellos son quienes sufren las consecuencias de la huelga en los servicios esenciales. A su juicio, ello sería congruente con el dispositivo contenido en el artículo 42 de la Constitución Nacional (cfr. SIMON, Julio C., *La nueva regulación del derecho de huelga en los servicios esenciales*, LL, 2006-B, p. 1271)

<sup>476</sup> Sobre el particular, tiene dicho el Comité de Libertad Sindical: “El nombramiento por el ministro en último término de los cinco miembros del Tribunal de Arbitraje de los Servicios Esenciales pone en tela de juicio la independencia e imparcialidad de dicho Tribunal, así como la confianza de los interesados en tal sistema. Las organizaciones representativas de trabajadores y de empleadores deberían poder, respectivamente, elegir los miembros del Tribunal de Arbitraje de los Servicios Esenciales que los representan.” (OIT, *La Libertad ...*, cit., p. 124).

<sup>477</sup> Confederación General del Trabajo (CGT) y Central de Trabajadores Argentinos (CTA).

comisión. Del lado de las asociaciones de trabajadores más representativas, el cargo titular recayó sobre uno de los candidatos propuestos por la Confederación General del Trabajo (CGT), mientras que la vacante alterna fue cubierta por un postulante seleccionado por la Central de Trabajadores Argentinos (CTA)<sup>478</sup>. Para cubrir las vacantes reservadas a las organizaciones de empleadores más representativas, los miembros (titular y alterno) finalmente designados surgieron de la propuesta elevada por la Unión Industrial Argentina (UIA).

*e) Funcionamiento de la Comisión de Garantías*

Conforme lo estipula el artículo 4° del decreto n° 272/06 (y reitera el artículo 3° del decreto n° 362/10), los integrantes de la Comisión de Garantías desarrollarán sus funciones *ad honorem*.

Se ha señalado, con acierto, que la regulación nada indica acerca de quien tendrá a su cargo la logística del funcionamiento del órgano; concretamente, quien proporcionará el espacio físico y demás medios (materiales y personales) necesarios para su funcionamiento. Tampoco surge del decreto, de que modo se financiarán sus actividades o cuales son los recursos presupuestarios con los que contará a tal fin<sup>479</sup>, aunque si de garantizar la independencia efectiva del órgano se trata, no cabría otra alternativa que —tal como recomienda el *Grupo de Expertos*<sup>480</sup>— la comisión sea dotada de autonomía funcional y autarquía financiera. De no ser así, difícilmente se podrá asegurar la independencia que adjetiva a la comisión y constituye su rasgo más importante.

No me parece que sean éstas, cuestiones de importancia menor. Por contrario, creo que todos estos aspectos, de corte formal pero instrumental, deben ser asumidos y resueltos con premura y en detalle, si se aspira a contar con un órgano realmente independiente y de jerarquía, que pueda abocarse eficaz y oportunamente a la intervención de los conflictos colectivos en los servicios esenciales, a través del ejercicio de las múltiples y complejas funciones a su cargo.

Las cuestiones relativas al funcionamiento de la comisión y el mecanismo de elección de su presidente, quedan supeditadas al reglamento que a tal efecto deberá dictar el propio órgano (no obstante, el decreto no asigna atribuciones especiales a quien ejerza la presidencia de la comisión).

---

<sup>478</sup> Adviértase que, el párrafo noveno de los considerandos del decreto n° 362/10 refleja que ambas organizaciones sindicales más representativas han elevado sus respectivas ternas, mientras que el párrafo décimo de los mismos considerandos establece: “Que habiendo presentado las ternas todas las entidades legitimadas al efecto y entendiendo que todos los postulantes ofrecidos reúnen los requisitos establecidos por los artículos 3° y 4° del Decreto n° 272/06, corresponde designar a un (1) integrante titular y a un (1) alterno de cada una de las ternas propuestas por las entidades precitadas”. Luce evidente que esto último no fue lo que aconteció en definitiva, ya que, como se dijo, los cargos de titular y suplente por el sector gremial se distribuyeron entre ambas centrales. Era esperable (y razonable) que así ocurra, ya que el artículo 5° del decreto n° 272/06 reserva para las asociaciones de trabajadores más representativas sólo un cargo titular y un cargo alterno. Como sea, dicha circunstancia plantea el interrogante acerca de cual es, en concreto, el grado de representación efectiva que cada organización sindical ostenta en la comisión. La misma observación resulta pertinente con relación al sector empleador, donde la mayor representatividad viene asignada a una sola cámara empresarial, aún cuando el artículo 5° del decreto n° 272/06 reconoce la existencia de pluralidad de asociaciones más representativas en dicho ámbito.

<sup>479</sup> MANSUETI, Hugo R., *Huelga en los servicios esenciales en la Argentina*, DT, 2007-A, p. 428/9.

<sup>480</sup> GRUPO DE EXPERTOS EN RELACIONES LABORALES, *Estado actual del sistema...*, cit., p. 305.

Un aspecto que, estimo, merecería ser tratado en el reglamento de la comisión, es el referido a la *publicidad* de las deliberaciones que se lleven a cabo en su seno.

No hay, sobre este tema, referencia alguna en el decreto reglamentario.

Sin embargo, la publicidad, oportuna y adecuada, de los actos y pronunciamientos de la Comisión de Garantías, a los fines de que las organizaciones sindicales y patronales, los ciudadanos (trabajadores, usuarios, consumidores) y los distintos poderes del Estado puedan tomar conocimiento de la génesis y alcance del conflicto, del análisis y debate desarrollado entre los comisionados, y el/los pronunciamiento/s que recaiga/n en consecuencia, hace a la transparencia y legitimidad de su actuación.

La publicidad de los actos y resoluciones (vinculantes o no) de la comisión, viene a satisfacer de este modo, el derecho de información de las personas en un tema crucial como lo es el del aseguramiento de los derechos fundamentales; de huelga y de aquellos cuya tutela se satisface a través de los servicios esenciales.

Con relación al modo de dar a publicidad tales actos y pronunciamientos, parecería ser que el Boletín Oficial resulta la vía más idónea. No obstante, la tecnología informática proporciona, hoy en día, medios eficaces y de escaso coste, que permiten divulgar, casi en tiempo real, todo tipo de información. Podría pensarse, en concreto, en una página *web* de la Comisión de Garantías, abierta al público, donde se encuentren almacenadas todas sus deliberaciones. En fin, se trata —ni más ni menos— de posibilitar el acceso, de manera sencilla y temporánea, a la labor de la comisión, para su difusión abierta hacia todos los sectores involucrados (o interesados) en esta sensible materia.

#### *f) Procedimentalización del ejercicio del derecho de huelga en los servicios esenciales*

A los fines de encauzar el conflicto colectivo que afecta servicios esenciales, la reglamentación contenida en el decreto n° 272/06 se apoya sobre el procedimiento conciliatorio previsto en la ley n° 14.786.

De suerte que, frente a un conflicto que no encuentra solución entre las partes<sup>481</sup>, cualquiera de éstas deberá comunicarlo a la autoridad de aplicación, previo a la adopción de una medida de acción directa, a los fines de que aquella inicie el trámite de conciliación obligatoria. La instancia conciliatoria podrá ser activada de oficio, si la autoridad administrativa lo estimare oportuno atento la naturaleza del conflicto (artículo 2°, ley n° 14.786).

Hasta aquí, no se observa diferencia alguna respecto del cauce procedimental previsto para los conflictos colectivos de trabajo en general. Tampoco hay divergencias en cuanto al rol que desempeñará la autoridad de aplicación durante la instancia conciliatoria. En efecto, en dicha oportunidad, el órgano administrativo tiene facultades para convocar a las partes a las audiencias que considere necesarias con el objeto de arribar a un acuerdo. Puede, también, proponer fórmulas conciliatorias, realizar

---

<sup>481</sup> Cabe destacar, que tampoco la ley n° 14.786 refiere a cualidad alguna (o tipología organizacional) que deban poseer *las partes* en conflicto. Vale decir, que dicho cauce conciliatorio puede, de acuerdo a la literalidad de la norma, ser transitado por las partes en conflicto, con independencia de la estructura organizativa, sea ésta “de hecho”, formal, permanente o transitoria.

investigaciones, recabar asesoramiento y/u ordenar medidas de instrucción a los fines de conocer acabadamente la cuestión que allí se trata.

Está facultada asimismo, para invitar a las partes a someter el diferendo a un arbitraje. Si las partes aceptan el ofrecimiento, deberán suscribir un compromiso arbitral que contenga los datos que detalla el artículo 5° de la ley<sup>482</sup> y someterse al laudo que resuelva el conflicto, sólo recurrible por vía de nulidad (fundada en haberse laudado en cuestiones no comprendidas o fuera del término convenido).

En caso contrario —esto es, si no aceptaran el arbitraje—, el ministerio tiene el deber de dar a publicidad “un informe que contendrá la indicación de las causas del conflicto, un resumen de las negociaciones, la fórmula de conciliación propuesta, y la parte que la propuso, la aceptó o la rechazó” (artículo 4°, ley n° 14.786). No es usual que la autoridad de aplicación produzca y (menos aún) publicite dicho informe, lo cual constituye una omisión desafortunada que debería ser subsanada con el objeto de dotar de transparencia al procedimiento y poner en conocimiento del resto de la sociedad, las razones (muchas veces tergiversadas por los medios de comunicación masiva<sup>483</sup>) que impulsan a los trabajadores a adoptar una medida de fuerza.

Durante el transcurso de la conciliación, las partes no pueden adoptar medidas de acción directa, entendiéndose por tales, todas aquellas que importen innovar respecto de la situación anterior al conflicto. A tales fines, la autoridad de aplicación se encuentra facultada para intimar al cese inmediato de las medidas adoptadas (artículo 8°) e incluso, para disponer que el estado de cosas se retrotraiga al existente con anterioridad al acto o hecho que hubiere determinado el conflicto (artículo 10).

Ahora bien, mientras que el artículo 11 de la ley n° 14.786 establece que la gestión conciliatoria no podrá exceder el plazo de quince (15) días, prorrogables por cinco (5) días más, cuando, en atención a la actitud de las partes, el conciliador prevea la posibilidad de lograr un acuerdo, el artículo 7° del decreto n° 272/06 establece que, en todo caso, el tiempo máximo de duración de la instancia conciliatoria será de quince (15) días. Ello se deduce de la mencionada cláusula, en tanto le asigna a los cinco (5) días posteriores, el carácter de “preaviso” hacia la contraparte y la autoridad de aplicación, respecto de la fecha en la que se realizará la medida de acción directa.

Conforme el artículo 16 de la norma reglamentaria, todos los plazos deben contarse en *días hábiles administrativos*.

Dentro del primer día en el que comenzare a computarse el preaviso, las partes deberán acordar ante la autoridad de aplicación sobre los servicios mínimos que se mantendrán durante el conflicto, las modalidades de su ejecución y el personal que se asignará a la prestación de los mismos (artículo 8°). Entiendo que, se trata de la negociación para implementar en concreto y en sede ministerial, de qué modo se brindará el servicio mínimo, ya que la determinación de su *quantum* es, de acuerdo al

---

<sup>482</sup> Nombre del árbitro, puntos en discusión, ofrecimiento de pruebas y término de su producción, y plazo para dictar el laudo.

<sup>483</sup> Resulta ilustrativo, en tal sentido, el tratamiento brindado por la mayoría de los medios de comunicación al conflicto protagonizado por los trabajadores afiliados a la *Asociación Gremial de Trabajadores del Subterráneo y Premetro* durante el segundo semestre del año 2009. En esa ocasión, el reclamo de los trabajadores se dirigió a la autoridad de aplicación (MTEySS), ante la injustificada e ilícita negativa de ésta, de otorgarle la *inscripción gremial* (art. 14 bis, CN) a dicho sindicato. Sin embargo, la prensa se obstinó en presentarlo ante la sociedad como un reclamo por la *personería gremial*, enmarcado en un *conflicto intersindical*.

texto del primer párrafo del artículo 24 de la LOL y conforme la hermenéutica propiciada más arriba, materia privativa de la parte que adopte la medida de acción directa.

Si las partes hubieran previsto dichas prestaciones mínimas, colectivamente y de antemano, deberán comunicarlo a la autoridad administrativa dentro del mismo plazo antes señalado, esto es, dentro del día inmediato siguiente a aquél en que se efectuó el preaviso, indicando concreta y detalladamente, las modalidades de su ejecución, cuál es el personal asignado a la prestación del servicio, pautas horarias, asignación de funciones y equipos.

Ha sido ya objeto de crítica que la intervención de la autoridad de aplicación a los efectos de fijar los servicios mínimos, proceda tanto frente a la falta de acuerdo entre las partes, como ante la eventual insuficiencia de las prestaciones que hubieran sido ya fijadas.

De todos modos —y sin perjuicio de la propuesta hermenéutica ensayada precedentemente— conviene recordar que las facultades que el decreto le asigna en tales hipótesis a la autoridad de aplicación, deberán ser ejercidas con arreglo a los criterios de OIT sobre el particular. Aunque carente de condicionantes objetivos, así se desprende del decreto, cuyo texto establece que los servicios mínimos a fijar deberán ser *los indispensables para asegurar la prestación del servicio*.

No es ocioso recordar, una vez más, que tanto el CLS como la CEACR tienen dicho que el servicio mínimo debe limitarse a las operaciones *estrictamente indispensables*<sup>484</sup>, para cubrir *las necesidades básicas de la población o satisfacer las exigencias mínimas del servicio*<sup>485</sup>; vale decir, que debería tratarse *real y exclusivamente de un servicio mínimo*<sup>486</sup>. Pero además, la prestación del servicio mínimo no debe menoscabar la eficacia del medio de presión<sup>487</sup>; es decir, que debe salvaguardar el ejercicio del derecho de huelga, afectándolo en la menor medida posible. Y finalmente, el establecimiento de servicios mínimos debe tener en cuenta las circunstancias específicas que rodean al conflicto y enmarcan la huelga, tales como el alcance funcional de la medida, su extensión geográfica, duración, oportunidad, etc<sup>488</sup>.

De acuerdo al artículo 10 del decreto reglamentario, será la administración “en consulta con la Comisión de Garantías” quien, además de fijar los referidos servicios mínimos, establecerá la cantidad de trabajadores que se asignará para su ejecución, las pautas horarias, y la asignación de funciones y equipos. Sería deseable que en la praxis dicha “consulta” a la comisión, adquiriera también y en todo caso, carácter obligatorio y vinculante. Ello dependerá, estimo, del rol que asuma el órgano en el conflicto y el respeto y la confianza que la propia comisión sepa granjearse entre los actores sociales. Por otra parte, tal es el espíritu que el propio gobierno ha expresado en su memoria dirigida a la CEACR en el año 2007.

---

<sup>484</sup> Informes casos números 1782, párrafo 325; 1856, párrafo 436; 2044, párrafo 453; entre otros, en OIT, *La libertad sindical...*, cit., p. 133.

<sup>485</sup> OIT, *Libertad sindical...*, cit., p. 76.

<sup>486</sup> OIT, *Libertad sindical...*, cit., p. 76.

<sup>487</sup> OIT, *Libertad sindical...*, cit., p. 76.

<sup>488</sup> Vid. apartado 4.4.12.2.

Parece claro que, aún en estos supuestos de intervención subsidiaria de la autoridad de aplicación, continúa siendo el propio sindicato quien se reserva la potestad de *designar* el personal involucrado en el cumplimiento de las prestaciones (individualizarlo, en concreto) so pena de caer —de no ser así— en una nueva y grave afectación a la autonomía sindical.

De todos modos, sería conveniente que a los efectos de despejar todo tipo de dudas al respecto y anticipar, en consecuencia, un dispendio de recursos jurisdiccionales (incluso de orden internacional), la autoridad administrativa del trabajo procediera a formular las aclaraciones correspondientes del caso, de conformidad con la facultad que el artículo 15 de la misma reglamentación le confiere.

*g) Responsabilidad de las partes antes, durante y después del ejercicio de la huelga en los servicios esenciales*

Según se ha visto hasta aquí, la obligación más importante, que comprende a ambas partes previo a la ejecución de la medida de acción directa, consiste en transitar la instancia conciliatoria prevista en la ley n° 14.786, con los agregados dispuestos en el decreto n° 272/06.

En esa oportunidad, las partes deberán negociar de buena fe. El inciso a) del artículo 4° de la ley n° 23.546 (t.o. 2004), detalla —en un listado abierto que no se agota en su enunciado— el contenido de la obligación de negociar de buena fe<sup>489</sup>. Este inciso refiere, en primer término, a la obligación de las partes de “concurrir a las reuniones acordadas o fijadas por la autoridad de aplicación”. En el apartado II del mismo inciso a) del artículo citado, se condiciona la actividad de las partes a la designación de “negociadores con mandato suficiente”. Por su parte, el apartado III, incluye el intercambio de “la información necesaria a los fines del examen de las cuestiones en debate, para entablar una discusión fundada y obtener un acuerdo”. Y finalmente, como corolario del deber de conducta bajo comentario, el apartado IV determina que las partes se encuentran compelidas a evidenciar la realización de “esfuerzos conducentes a lograr acuerdos”.

Agotada la vía conciliatoria sin acuerdo de partes, existe otra instancia deliberativa, ya no destinada a componer el conflicto sino a atemperar los efectos de la huelga a través de la adopción concertada y concreta de medidas tendientes a organizar la puesta en práctica del servicio mínimo. También aquí se requiere de las partes la sujeción al deber de buena fe.

Asimismo, antes de que se desarrolle la huelga, el artículo 12 del decreto n° 272/06 prescribe que será “la empresa u organismo prestador del servicio considerado esencial” quien deberá poner en conocimiento de los usuarios, a través de medios de difusión masiva y con cuarenta y ocho (48) horas de antelación al comienzo de las medidas de acción directa, el alcance y duración de las mismas. Es ésta, una obligación de suma importancia que la reglamentación impone al empleador, y que tiene por objeto resguardar los derechos de usuarios y consumidores a través de la información oportuna, previa al desarrollo de la huelga, acerca de su duración temporal y extensión personal. En este punto, me parece que en muchos casos los perjuicios que la huelga

---

<sup>489</sup> GARCÍA, Héctor O. y TRIBUZIO, José E., *La acción sumarísima de tutela de la buena fe en la negociación colectiva, prevista en el artículo 4°, inciso e, de la ley 23.546*, RDL, 2007-1, Buenos Aires, 2007, p. 438.

puede ocasionar hacia los ciudadanos tienen más que ver con la falta de información cierta, precisa y oportuna (y por ende, la imposibilidad de aquellos de anticipar sus efectos y, de ser posible, evaluar alternativas de satisfacción de sus intereses a través de servicios de naturaleza análoga, no alcanzados por el conflicto) que con la disminución efectiva del servicio esencial.

Durante la ejecución de la medida de fuerza, la organización gremial cumple con su obligación legal garantizando la prestación del servicio mínimo a través del colectivo de trabajadores que designe a tal efecto.

El empleador, de su lado, deberá arbitrar los medios instrumentales materiales necesarios para asegurar el funcionamiento del servicio. Por supuesto, se encuentra obligado a respetar el derecho de huelga por parte del personal no afectado a la ejecución del servicio mínimo, absteniéndose de obturar de cualquier modo su ejercicio y/o aplicar sanciones por tal motivo<sup>490</sup>.

Una vez culminada la medida de fuerza (o *desconvocada* la huelga) los trabajadores deberán retornar a sus puestos de trabajo mientras que la empresa u organismo prestador del servicio esencial deberá *arbitrar los medios tendientes a la normalización de la actividad*. En puridad, ya antes de finalizada la medida de acción directa, el empleador deberá anticipar los pasos a seguir para posibilitar la inmediata reanudación del ciclo productivo.

A ello sirven, por caso, los servicios de mantenimiento y seguridad de los bienes de la empresa, que —tal como ya se ha explicado más arriba<sup>491</sup>— también pueden dar lugar a la imposición de servicios mínimos, pero que no se encuentran destinados a mantener una prestación determinada del servicio, sino a garantizar la integridad de los trabajadores, mediante de la conservación de los elementos y las herramientas de trabajo sobre las cuales aquellos deberán operar, al cese de la huelga y posterior reanudación de la actividad.

#### *h) Alcance del procedimiento*

El artículo 13 de la norma reglamentaria extiende la aplicación del procedimiento allí previsto “...en lo que corresponda...”, cuando la medida de acción directa “...consistiere en paro nacional de actividades o cualquier otra ejercida por centrales sindicales u organizaciones empresariales con representatividad sectorial múltiple...”.

Sin perjuicio de adelantar que en este aspecto se verifica un claro exceso reglamentario respecto de la preceptiva contenida en el artículo 24, LOL, (que no hace referencia a medidas de acción directa de alcance nacional, sino que ciñe su regulación exclusivamente a supuestos de huelga en los servicios esenciales), llama la atención la imprecisión en la que incurre la norma en cuanto refiere a “cualquier otra” medida distinta al paro nacional de actividades. Dicha disposición deja abierto otro espacio propicio para la discrecionalidad de la administración, que podría redundar en una afectación de la garantía de libertad sindical.

---

<sup>490</sup> En este aspecto, resulta inveterada la doctrina del CLS en cuanto a que “nadie debería ser objeto de sanciones por realizar o intentar realizar una huelga legítima” (Informes casos números 1890, párrafo 372; 1932, párrafo 515; 1978, párrafo 218; entre otros, en OIT, *La libertad sindical...*, cit., p. 141).

<sup>491</sup> Vid. punto 4.4.10.



Cabe mencionar que el artículo 7° del decreto n° 843/00 contenía una disposición similar a la que aquí se comenta, que se diferenciaba de ésta, empero, por cuanto supeditaba la aplicación del procedimiento allí diseñado, a los supuestos en los que la medida de alcance nacional "... afectare servicios considerados esenciales, a fin de asegurar que tanto las entidades prestadoras de tales servicios como aquellas que los afectaren en forma directa efectivicen el cumplimiento de las prestaciones mínimas...", agregado éste —ignorado por la nueva reglamentación—, que dotaba de coherencia a la norma.

Ahora bien, si se interpretara que el dispositivo reglamentario actual tiene por objeto regular una huelga general, sólo en cuanto afectare servicios esenciales y respecto de éstos con exclusividad, la aplicación del procedimiento allí diseñado parece ser de dificultosa aplicación, por lo menos en aquellos casos en los que la diagramación y organización del sistema de servicios mínimos no se encontrare prevista por vía de convenio colectivo, con relación a la actividad específica.

#### *i) Sanciones*

El régimen sancionatorio contenido en el artículo 14 del decreto n° 272/06 se articula con disposiciones legales, estatutarias o convencionales, según el caso. Vale decir, no hay sanción específica prevista en dicho ordenamiento sino una remisión a fuentes predispuestas de distinta naturaleza, que contienen consecuencias de diversa índole de acuerdo a la tipología de la inobservancia o incumplimiento y conforme, también, al sujeto que incurre en la falta.

Las conductas que, según el texto reglamentario, resultan pasibles de sanción, son:

1. inobservancia del procedimiento de conciliación,
2. inobservancia de las previsiones dispuestas en la propia reglamentación,
3. incumplimiento de las resoluciones dictadas por el Ministerio de Trabajo,
4. incumplimiento de los pronunciamientos de la Comisión de Garantías, e
5. incumplimiento del deber de trabajar por las personas obligadas a ejecutar servicios mínimos.

Salvo en este último supuesto (numeral 5., previsto solamente frente a la conducta omisiva del trabajador), el resto de las hipótesis comprende a cualquiera de las partes intervinientes en el conflicto, indistintamente, sea que se encuentren ubicadas en posición activa o pasiva respecto de la medida de acción directa. De modo tal que, la sanción podrá ser aplicada tanto al empleador (y/o a la representación de éste) como a la organización gremial, ante la configuración de alguno de los tipos enunciados cualquiera sea el rol asumido por la parte en el conflicto colectivo. En estos casos el decreto dispone a texto expreso que las sanciones a las que diera lugar la falta son aquellas "establecidas por las leyes n° 14.786, 23.551 y 25.212, sus modificatorias y sus normas reglamentarias y complementarias, según corresponda."

En consecuencia —atento la remisión legal precitada—, el empleador que desoyera la manda administrativa tendiente a obtener el *cese inmediato* de la medida consistente en el cierre del establecimiento y/o la suspensión o rescisión de contratos de trabajo y/o la modificación de condiciones de trabajo, durante la instancia conciliatoria, deberá abonar a los trabajadores afectados la remuneración que les habría correspondido

si la medida no se hubiese adoptado, sin perjuicio de la multa que la autoridad de aplicación decida aplicarle, de mil a diez mil pesos por cada trabajador (artículo 9º, ley n° 14.786). Si fuera el sindicato quien desobedeciera la disposición ministerial tendiente a obtener el cese inmediato de la medida de acción directa dispuesta por aquél, la sanción prevista en la (misma) norma importa la pérdida del derecho de los trabajadores a percibir las remuneraciones correspondientes por ese período.

Por su parte, la ley n° 25.212<sup>492</sup> califica como *infracción muy grave*, a “la violación por cualquiera de las partes de las resoluciones dictadas con motivo de los procedimientos de conciliación obligatoria y arbitraje en conflictos colectivos” (artículo 4º, inciso f, del Anexo II de la ley n° 25.212). En este caso, se trata de un tipo legal más amplio que abarca en general, la violación de *resoluciones* dictadas durante procesos de conciliación o arbitraje. Se advierte que el dispositivo legal no refiere a resoluciones dictadas por un organismo en particular (Ministerio de Trabajo), por lo tanto, quedarían alcanzadas por la regulación las decisiones dictadas por la Comisión de Garantías. Con más razón, si se acepta el carácter arbitral de dicho órgano, ya que en tal caso, su función calificativa de esencialidad del servicio por extensión quedaría enmarcada en la figura del arbitraje. En tales supuestos, la sanción es pecuniaria y oscila entre mil y cinco mil pesos por cada trabajador afectado por la infracción.

Reviste especial interés el artículo 5º, numeral 5., del Anexo II de la ley n° 25.212, cuyo texto regula los casos de reincidencia. Dicha norma establece que en los supuestos de reincidencia de infracciones muy graves cometidas por el empleador, se podrá clausurar el establecimiento hasta un máximo de diez (10) días, manteniéndose mientras tanto, el derecho de los trabajadores al cobro de sus remuneraciones. En caso de que —según dispone la norma— se encuentre comprendido un *servicio público esencial*, deberán garantizarse los servicios mínimos, con lo cual, se produce un *reenvío simultáneo y bidireccional* entre ambas normas, ya que, en esta hipótesis, será de aplicación el procedimiento contenido en el decreto n° 272/06 a los fines de determinar y administrar la prestación del servicio mínimo correspondiente. Además, el empleador quedará inhabilitado por el término de un (1) año para acceder a licitaciones públicas y será suspendido de los registros de proveedores o aseguradores del Estado nacional, municipal o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

A su turno, el artículo 56 de la Ley de Asociaciones Sindicales<sup>493</sup> prevé la posibilidad de suspensión o cancelación de una personería gremial o la intervención del sindicato, por vía judicial, en los supuestos de “violación de las disposiciones legales o estatutarias” o “incumplimiento a disposiciones dictadas por la autoridad competente en el ejercicio de facultades legales”. Se trata, en efecto, de sanciones predispuestas hacia el sindicato con exclusividad, que no pueden ser aplicadas por la autoridad administrativa sino sólo peticionadas por ésta en sede judicial. Aún así, la sanción judicial consistente en la cancelación o suspensión de la personería gremial prevista en la norma citada ha sido duramente criticada<sup>494</sup>, no sólo por la envergadura de la medida sino también por afectar la autonomía sindical e ignorar la previsión contenida en el artículo 3.2 del Convenio 87 de la OIT. Conviene reiterar además, que este tipo de

---

<sup>492</sup> B.O. 06/01/2000.

<sup>493</sup> Ley n° 23.551 (B.O. 22/04/1988).

<sup>494</sup> CREMONTE, Matías y LUNA, Mario A., *El principio de autonomía y la inconstitucionalidad de las sanciones a las asociaciones sindicales*, en revista *La causa laboral*, AAL, año VII, n° 29, agosto de 2007, p. 33 y ss.

sanciones han sido expresamente rechazadas por el CLS de OIT cuando se tratare de castigar la falta de cumplimiento de la prestación de servicios mínimos, incluso si la aplicación de la medida corresponde al órgano judicial<sup>495</sup>, por resultar violatorias de la libertad sindical.

Finalmente, luce desacertada la pervivencia de la cláusula contenida en el último párrafo del artículo 14 del decreto n° 272/06 (como ya se dijo, importada del artículo 8° del decreto n° 843/00), en tanto de allí se desprende la posibilidad de que el trabajador sea sancionado ante la “falta de cumplimiento del deber de trabajar”, conforme lo previsto en la regulación legal, estatutaria o convencional aplicable al particular, cuando aquél fue designado para ejecutar servicios mínimos e incumplió dicha manda.

La solución propiciada por el decreto podría dar lugar a abusos habida cuenta que conforme el cuestionable diseño reglamentario la autoridad de aplicación se reserva para sí la potestad unilateral de fijar el *quantum* de los servicios mínimos aún frente al acuerdo al que hubieren arribado las partes en conflicto (inciso b, artículo 2°) y que la Comisión de Garantías no tiene asegurada, a priori —cuanto menos, desde una exégesis literal—, su participación en dicha instancia revisional. En ese contexto, habría que analizar, en principio, la legalidad y razonabilidad de la resolución ministerial, a cuyo fin habrá que estar a lo que en definitiva se resuelva en sede judicial (único órgano competente para evaluar la legalidad de la medida en cuanto a su desarrollo, alcance y modalidad). De no ser así, estimo, el trabajador no podría ser sancionado por el empleador a causa de su adhesión a la huelga<sup>496</sup>, máxime, frente al valladar que supone la inadmisibilidad de declaración de ilegalidad de la huelga por parte de la autoridad administrativa<sup>497</sup>.

#### *j) Sistemas recursivos*

Otro tema que se presenta controvertido en el decreto reglamentario es el que atañe a la recurribilidad de las decisiones que emanan tanto de la autoridad de aplicación, como de la Comisión de Garantías. Ello así, atento que la norma no prevé mecanismos recursivos específicos.

En el primer supuesto —decisiones de la autoridad de aplicación en materia de determinación de servicios mínimos, potestades instrumentales y disciplinarias, que le asigna el decreto— la cuestión no entraña demasiadas dificultades. Digo esto, por cuanto, a falta de regulación específica sobre el particular<sup>498</sup>, nada obsta a la aplicación

---

<sup>495</sup> Recopilación de 1996, párrafo 569; en OIT, *La libertad sindical...*, cit., p. 135.

<sup>496</sup> Incisos e) y g) del artículo 53, LAS; y artículo 9.b. de la Declaración Sociolaboral del Mercosur, entre otros.

<sup>497</sup> Informes casos número 1851, párrafo 280; 1916, párrafo 102; y 2111, párrafo, 474, entre otros; en OIT, *La libertad sindical...*, cit., p. 131; y GERNIGON, Bernard, ODERO, Alberto, y GUIDO, Horacio, *Principios de la OIT...*, cit., p. 476/79.

<sup>498</sup> Cabe destacar que los artículos 61 y 62 de la Ley de Asociaciones Sindicales no constituyen vía recursiva idónea a los fines de controvertir las resoluciones de la autoridad de aplicación sobre la base del artículo 24, LOL y su decreto reglamentario. En efecto, la aptitud jurisdiccional de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo prevista en dicha normativa sólo concierne a “las resoluciones de la autoridad administrativa del trabajo en la materia reglada por esta ley” (artículo 61), o sea, a lo relativo a la vida interna de las Asociaciones Sindicales (vid. Dictamen n° 42.602 de la Fiscalía General de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, en autos “*Telecom Personal S.A. c. Ministerio de Trabajo s. Ley de Asociaciones Sindicales*”, del 12/07/2006, sala IV)

del régimen recursivo general previsto en la Ley de Procedimiento Administrativo n° 19.549 y su decreto reglamentario n° 1759/72.

Tampoco encuentro vallas para admitir la posibilidad de impugnación judicial directa de las resoluciones administrativas a través de la vía del *amparo sindical* previsto en el artículo 47 de la ley n° 23.551, en tanto dicha norma es remedio apto frente a cualquier supuesto de obstaculización o impedimento en el ejercicio regular de los derechos de la libertad sindical garantizados por la norma precitada, incluyendo — naturalmente— el derecho de huelga reconocido a las “asociaciones sindicales” (a secas) y previsto en el artículo 5° del mismo ordenamiento. De igual modo, resulta de aplicación la acción de amparo prevista en el artículo 43 del texto constitucional, al alcance de toda persona que considere afectados o amenazados con *arbitrariedad o ilegalidad manifiesta* sus derechos y garantías reconocidos por la Constitución, los tratados o las leyes.

La solución propiciada luce congruente, además, con el principio de *recurribilidad integral o general* de las decisiones que adopte la autoridad administrativa del trabajo en materia sindical, sin excepciones<sup>499</sup>.

Distinto es el caso de las decisiones, resoluciones o laudos de la Comisión de Garantías. Aquí, el debate se centra en determinar si el sistema admite recursos a sus pronunciamientos por la vía judicial.

Interesan en puridad, las resoluciones de la Comisión de Garantías en ejercicio de la función que el decreto n° 272/06 le asigna en su artículo 2°, inciso a., ya que sólo aquellas resultan, de acuerdo al texto reglamentario, vinculantes y aplicables en forma directa, sin necesidad de pronunciamiento ulterior por parte del MTEySS que las recepte y las dote de eficacia. En el resto de los casos, la intervención de la comisión es accesoria, consultiva o instrumental, y en todo caso, requerirá de una disposición de la autoridad de aplicación que la torne operativa y le asigne obligatoriedad. Por ende, es dicho acto administrativo el que, en definitiva, podría ser cuestionado por las partes. Y a tales efectos servirá el régimen recursivo amplio al que ya se hizo referencia supra.

Se descarta de plano, la posibilidad de revisión administrativa de las decisiones emanadas de la comisión en ejercicio de su función normativa, por cuanto, tal como afirma Mansueti<sup>500</sup>, desde el dictado del artículo 24 de la ley n° 25.877, la autoridad administrativa ha resignado su facultad (controvertida desde mucho tiempo antes por los órganos de control de OIT) de calificar extensivamente la esencialidad de un servicio; por ende, si carece de atribuciones para calificar, tampoco tiene potestad para revisar lo actuado en tal sentido por la Comisión de Garantías. A la misma conclusión arriba el *Grupo de Expertos en Relaciones Laborales*. En opinión de estos juristas, la comisión, en tanto organismo independiente, carece de superior jerárquico, en consecuencia no procede el recurso administrativo contra sus decisiones<sup>501</sup>.

Con relación entonces, a la posibilidad de impugnación judicial de los actos de la Comisión de Garantías en ejercicio de su competencia en materia de calificación extensiva de esencialidad, Simon sostiene que aquellos son recurribles ante la Justicia Nacional del Trabajo. Ello así, en orden al carácter federal del órgano y su vinculación

---

<sup>499</sup> CORTE, Néstor T., *El Modelo Sindical Argentino*, 2° edición actualizada, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994, p. 551.

<sup>500</sup> MANSUETI, Hugo R., *Huelga en los servicios esenciales...*, cit., p. 432.

<sup>501</sup> GRUPO DE EXPERTOS EN RELACIONES LABORALES, *Estado actual del sistema...*, cit., p. 305.

específica, teniendo presente, asimismo, la competencia de dicho fuero en materia de asociaciones sindicales<sup>502</sup>. Dicha postura encuentra sustento en la garantía constitucional contenida en el artículo 18 de la Constitución Nacional.

En contra de dicha interpretación se postula García<sup>503</sup>, para quien los actos de la comisión son, en principio, *irrecorribles*, salvo que resultaren violatorios de la libertad sindical, en cuyo caso, podrían ser impugnados por las vías de *amparo* previstas en los artículos 47 de la ley sindical o 43 de la Carta Magna.

Para este autor, La Comisión de Garantías es un órgano arbitral, y sus decisiones son verdaderos *laudos*, en consecuencia, su impugnación se subordina a las causales de nulidad por resolución de materias no sometidas al arbitraje o fuera de término. Dado el carácter arbitral de la intervención de la Comisión de Garantías —razona García—, debe estarse a la jurisprudencia de los órganos de control de la OIT, como, por ejemplo, el CLS, que tiene dicho que “la limitación de la huelga debe ir acompañada por procedimientos de conciliación y arbitraje adecuados, imparciales y rápidos en los que los interesados puedan participar en todas las etapas, y en los que los laudos dictados deberían ser aplicados por completo y rápidamente”<sup>504</sup>. Es decir que, en virtud de la aplicación de los principios de la OIT, los pronunciamientos que emita la Comisión de Garantías deben ser ejecutorios —en los términos del CLS, aplicados *por completo y rápidamente*—, lo que implica decir *irrecorribles*<sup>505</sup>.

Por mi parte, si bien coincido con la posición explicada en última instancia, entiendo que la eficacia del sistema previsto en la normativa vigente, tiene más que ver con la *independencia e imparcialidad* que la Comisión de Garantías ostente, practique y demuestre en su actuación concreta, con la *confianza* que obtenga y conserve de las partes, y —fundamentalmente— con el apego de sus decisiones a los criterios de OIT. De todos estos aditamentos (insistentemente memorados por los órganos de control de OIT), me parece, dependerá el éxito de la Comisión de Garantías en el trascendente rol que tiene asignado.

#### 14.3. Servicios esenciales, servicios mínimos y negociación colectiva. Experiencias en el orden nacional

Dada la jerarquía constitucional y la caracterización fundamental que el derecho de huelga ostenta en el ordenamiento jurídico argentino, su tratamiento convencional se encuentra ciertamente limitado, en orden a salvaguardar su eficacia como herramienta de autotutela al servicio de los trabajadores.

Ello significa, en primer lugar, que su disposición concertada por vía colectiva no puede entrañar la disminución del derecho más allá de lo que la normativa positiva, como expresión articulada de la manda constitucional, dispone a través de reglas claras y precisas, en las circunstancias excepcionales de las que se ha dado cuenta a lo largo de esta obra.

---

<sup>502</sup> SIMON, Julio C., *La nueva regulación...*, cit., p. 1272.

<sup>503</sup> GARCÍA, Héctor O., *La regulación de la huelga...*, cit., p. 518.

<sup>504</sup> Informes casos número 1818, párrafo 367; 1882, párrafo 429; y 1943, párrafo, 227, entre otros; en OIT, *La libertad sindical...*, cit., p. 129.

<sup>505</sup> GARCÍA, Héctor O., *La regulación de la huelga...*, cit., p. 518.

Pero además, no puede soslayarse la particularidad del sistema sindical argentino, que reconoce —tal como ya se ha analizado precedentemente— la titularidad del derecho de huelga en cabeza de *los trabajadores y sus organizaciones*, condicionando de ese modo, la actividad reguladora que éstas desplieguen en ejercicio de su autonomía sindical.

Por tanto, la negociación colectiva que involucre el derecho de huelga (modalidad, oportunidad y/o alcance de su ejercicio) deberá observar, como condición de validez, el *standard mínimo de tutela* contenido en las disposiciones que integran el orden público laboral previsto en la normativa de orden constitucional, supralegal y legal vigente.

Corolario de lo expuesto, no resultan oponibles hacia los trabajadores aquellas cláusulas convencionales que califican apodícticamente la esencialidad de un servicio determinado no incorporado en el listado dispuesto en el artículo 24, LOL, ya que ello significaría una disposición inválida (aún a cambio de una contraprestación a cargo del empleador) que importa el recorte de un derecho que también reside en el trabajador, de carácter fundamental y sin su consentimiento expresado en forma individual.

Por las mismas razones, tampoco son válidas las disposiciones convencionales en virtud de las cuales el sindicato abdica del derecho de huelga, o tolera el establecimiento de servicios mínimos de modo apriorístico, sobre sectores que no se encuentran vinculados a la efectiva prestación del servicio considerado esencial.

Sobre éstas y otras técnicas de limitación extra normativa del ejercicio del derecho de huelga, nuestro sistema de relaciones del trabajo ofrece múltiples y variadas experiencias. Veamos:

*a. Establecimiento de servicios mínimos de funcionamiento (o de prestación). Actividades no incorporadas dentro del catálogo legal de servicios esenciales en sentido estricto*

El CCT n° 731/2005 “E” (celebrado entre la Unión Ferroviaria y la empresa Ferrovías SAC), establece el carácter de “servicio público” del transporte ferroviario de pasajeros y remite a las reglas contenidas en las leyes n° 14.786 y 25.877, en caso de que se produzcan medidas de acción directa (artículo 7°). En razón de dicha caracterización, “las partes convienen que antes de adoptar alguna medida de acción directa, deberán reunirse en la Comisión Paritaria de Interpretación Permanente (prevista en el artículo 5° de dicho ordenamiento convencional), a los fines de establecer los servicios mínimos a prestarse”, delegando esa función en la autoridad de aplicación, en el caso “de no lograrse un acuerdo.”

Parece evidente que, más allá de la terminología adoptada por las partes, la caracterización señalada enmarca la actividad en el ámbito de los *servicios esenciales*, y en función de ello, consiente la adopción de servicios mínimos en toda circunstancia, soslayando que la referida actividad (transporte ferroviario de pasajeros) no constituye un servicio esencial en sentido estricto.

Además, contra lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 24, LOL, dispone que “la empresa determinará los trabajadores que deberán cumplimentar” las “guardias de emergencia”, delegando en el sujeto empleador una función que, legalmente, le es propia y privativa a la parte que adopte la medida de acción directa.

Dentro del ámbito portuario, el convenio colectivo vigente desde el año 2008 que rige las relaciones laborales entre la Asociación del Personal de Dirección de los Ferrocarriles Argentinos y Administración General de Puertos (APDFA) y la Administración Portuaria de Puerto Madryn (APPM), coloca en cabeza de los jefes de área, el personal alcanzado por el régimen de dedicación funcional y los auxiliares de puerto, la obligación de garantizar “las guardias mínimas de seguridad y de servicios esenciales en forma permanente” (artículo 19). Ello así, “en vistas de las particularidades específicas de la actividad portuaria local y de la función de desarrollo industrial que pretende la APPM a partir de la infraestructura portuaria.” Por lo demás, la patronal (APPM) se reserva la potestad de disponer el personal afectado a las referidas guardias mínimas, mediante publicaciones mensuales que se exhibirán en la cartelera de la administración.

No merece reparos, en principio, la previsión convencional tendiente a establecer un servicio mínimo (*guardia mínima*, en la terminología adoptada por las partes) de mantenimiento de los bienes e instalaciones de la empresa. Quizás, hubiese resultado más apropiado —atendiendo a la índole del derecho concernido— que la determinación del personal afectado a tales servicios recayera sobre ambas partes y no sólo sobre el empleador.

Por contrario, el establecimiento de una guardia mínima permanente de servicios esenciales, tal como se encuentra formulado en la cláusula convencional precitada, exhorbita las facultades de las partes por cuanto la actividad portuaria no constituye un servicio esencial ni la huelga resulta pasible, en consecuencia, de limitación a través de servicios mínimos. Por tal motivo, dicha norma (ilegal, desde la óptica del artículo 24, LOL) no obliga a los trabajadores afectados al sistema de guardias, quienes no podrían ser sancionados con motivo de su adhesión a una huelga ni turbados en el ejercicio de la misma.

*b. Abdicación (condicionada) del ejercicio del derecho de huelga. Actividad no incorporada dentro del catálogo legal de servicios esenciales en sentido estricto*

También en la actividad ferroviaria, pero circunscripto al personal que desempeña tareas de “señalero”, el CCT n° 762/2006 “E” suscripto entre la Asociación Señaleros Ferroviarios Argentinos, por una parte, y la empresa Transportes Metropolitanos San Martín S.A., por la otra, contiene, en su artículo 11, una *cláusula de paz social* en atención al “carácter de servicio público (de la actividad) y la necesidad de la continuidad de su prestación”, en virtud de la cual, el personal asume el compromiso (que en realidad suscribe el sindicato) de abstenerse de paralizar total o parcialmente cualquiera de las actividades desarrolladas por la empresa, mientras que ésta se abstiene de disponer el “cierre patronal y/o despido y/o suspensión colectiva sin causa (...) salvo que así lo exija la evolución de la actividad, aspecto que será tratado previamente en el ámbito de la Comisión Paritaria de Interpretación Permanente (COPIP)”.

Más allá de la improcedente calificación de esencialidad del servicio ferroviario y su consecuente preterición apodíctica, lo cierto es que ni siquiera lucen equivalentes las obligaciones que asume cada parte. En efecto, mientras que el sindicato resigna el derecho de huelga, la empresa asume un deber de mantenimiento de la estabilidad de su personal, pero sujeto a la “evolución de la actividad”; criterio éste, de excesiva laxitud, que no supone una garantía fuerte en favor de los trabajadores representados por aquél.

*c. Abdicación (incondicionada) del ejercicio del derecho de huelga. Actividad no incorporada dentro del catálogo legal de servicios esenciales en sentido estricto*

En lo que respecta a la vigilancia privada, el artículo 19 del CCT n° 421/2005, suscripto entre la Unión Personal de Seguridad de la República Argentina y la Cámara Argentina de Empresas de Seguridad e Investigación, establece una verdadera interdicción —de patente inconstitucionalidad— del ejercicio del derecho de huelga, por cuanto dispone que: “El personal comprendido en esta convención no podrá participar directa o indirectamente en conflictos de derechos o intereses que se susciten en la empresa, establecimiento o ámbito donde se hallare instalado el servicio, debiendo mantenerse en el cumplimiento de sus funciones específicas.” Aquí, ni siquiera hay referencia a la presunta esencialidad del servicio. Parece más bien, una extensión (no habilitada, en puridad) de la regulación prohibitiva de la huelga respecto del personal policial y de las fuerzas armadas.

*d. Calificación de esencialidad del servicio. Servicios mínimos de funcionamiento. Actividad no incorporada dentro del catálogo legal de servicios esenciales en sentido estricto*

Los servicios de maestranza en la actividad petrolera (circunscripta a la distribución de combustible) y dentro del ámbito aeroportuario (Ezeiza), han merecido la calificación *contra legem* de esencialidad por vía convencional (acta acuerdo de fecha 20/06/2008, suscripta entre la Federación Argentina Sindical del Petróleo y Gas Privados y el Sindicato del Petróleo y Gas Privado de Avellaneda, por una parte, y la empresa Esso Petrolera Argentina S.R.L., por la otra). Con motivo de dicha calificación (contenida en el artículo 4° del acta referida, bajo el título “Cláusula de Paz Social”), las partes establecieron que las medidas de acción directa adoptadas por el sindicato contra la empresa, “no deberán afectar la continuidad operativa de los procesos”, a cuyo fin el sindicato deberá garantizar las “guardias mínimas” correspondientes.

*e. Establecimiento de servicios mínimos de funcionamiento en sectores o áreas que no resultan indispensables para la prestación del servicio esencial. Conflictos pluriindividuales.*

Según se ha desarrollado en el capítulo asignado a los criterios de determinación de los servicios mínimos en los servicios considerados esenciales, no toda tarea ni todo sector del servicio caracterizado de tal modo justifica el establecimiento de servicios mínimos. Por el contrario, según tiene dicho el CLS<sup>506</sup>, dentro de una misma actividad, habrá que ponderar qué sectores justifican el establecimiento de servicios mínimos y cuales no. Es que, luce evidente, el ejercicio del derecho de huelga por trabajadores afectados a labores que no están indefectiblemente vinculadas con la ejecución indispensable del servicio, no resulta pasible de limitación (o cuanto menos, no admite restricción en la misma intensidad que consienten los sectores que sí tienen a su cargo la prestación o suministro efectivo del servicio).

No obstante, en la actividad gasífera, el Sindicato de Trabajadores de la Industria del Gas – Capital Federal y Gran Buenos Aires, y la empresa Metrogas S.A., han

---

<sup>506</sup> CLS, caso n° 1971, Reclamación presentada ante el CLS de OIT por la Asociación de Trabajadores del Transporte Aéreo (ATTA) y la Asociación del Personal de Cabina de Maersk Air (APCMA) contra el Gobierno de Dinamarca.



suscripto el CCT n° 544/03 “E”, cuyo artículo 18 califica como “esenciales”, las tareas de la “actividad operativa de la empresa, así como las tareas de mantenimiento, las tareas del centro de atención telefónica, las de oficinas comerciales, las tareas de regulación, las tareas de centro de despacho, las tareas de centro de procesamiento de datos y todas aquellas tareas de apoyo que si se discontinúan pongan en riesgo la integralidad del servicio.”

Expresa además, que “el carácter de esencial se acepta en los términos y condiciones prescriptos por el artículo 33 de la ley 25.250 o regulación normativa que lo reemplace.” Lo curioso de esta disposición es que a la fecha de celebración del convenio, así como al tiempo de su homologación, el artículo 33 de la ley n° 25.250 se encontraba reglamentado por el decreto n° 843/00, y en el texto de ésta última norma, el servicio de producción y distribución de gas no se encontraba contenido en la nómina taxativa del artículo 2°, que enumeraba los servicios esenciales en sentido estricto.

El CCT n° 687/05 “E”<sup>1</sup> por su parte, celebrad/ entre ,a organización 'remial Orecitada y la empresa Gas Natural Ban S.A., tampoco se ajusta a la prescriptiva del CLS y califica *a priori*, como esencial, cualquier operación, sea “principal o accesoria” (artículo 7°). Establece también, que “no se admitirá la interrupción total o parcial” de tales operaciones, aún cuando se trate de un conflicto “pluriindividual”. Aún así, es evidente que el sindicato no tiene legitimación activa (a defecto de conformidad expresa de sus representados<sup>507</sup>) para disponer de derechos individuales de los trabajadores. Por tal razón, dicha cláusula resultaría inoponible ante cualquier trabajador (o grupo de ellos) que en ejercicio de sus derechos individuales (o pluriindividuales) pretenda ampararse, verbigracia, en la norma contenida en el artículo 1.201 del Código Civil.

*f. Establecimiento de servicios mínimos de funcionamiento en sectores o áreas que no resultan indispensables para la prestación del servicio esencial. Remisión hacia normativa derogada.*

También en la industria del gas y con la participación del Sindicato de Trabajadores de la Industria del Gas – Capital Federal y Gran Buenos Aires, el CCT n° 758/06 “E”, suscripto entre aquél y la empresa Gasnor S.A., presenta las siguientes particularidades (artículo 9°):

En primer lugar, establece que el carácter esencial del servicio comprende “no sólo la prestación principal de distribución de gas, sino también las distintas etapas y procedimientos necesarios para un adecuado y eficiente cumplimiento del mismo, lo que incluye el mantenimiento de maquinarias, su reparación, mantenimiento y reparación de aparatos de medición de consumo, controles de calidad, controles de pérdidas y atención de reclamos, y toda otra actividad que aún considerada como accesoria, incida en la cantidad o calidad del producto final a entregar al usuario”. Otra vez, la extensión indiscriminada de la calificación de esencialidad a tareas accesorias y/o complementarias que no ponen en riesgo la prestación mínima del servicio (sino, en

---

<sup>507</sup> El artículo 22 del decreto n° 467/88 (reglamentario del artículo 31, LAS), establece que: “Para representar los intereses individuales de los trabajadores (el sindicato con personería gremial) deberá acreditar el consentimiento por escrito, por parte de los interesados, del ejercicio de dicha tutela.” A su turno, el decreto n° 757/01, extendió hacia las asociaciones sindicales que gocen de simple inscripción, el derecho de defender y representar ante el Estado y los empleadores, los intereses individuales de sus afiliados, en idénticos términos que los dispuestos en el artículo 22 del decreto n° 467/88.

todo caso, los niveles productividad de la empresa) luce abusiva y contraria a los principios de orden constitucional que ya se han explicado;

Luego, las partes afirman que “...atendiendo al interés público que hace a la esencia del mismo, no se admitirá su interrupción total o parcial...”, lo cual constituye, en la práctica, una abdicación (inválida) del derecho de huelga;

Por último, establece que todo conflicto o diferencia deberá canalizarse a través de los mecanismos legales y convencionales creados a tal fin, “todo ello, en los términos y condiciones del Decreto n° 2184/90, o la regulación normativa que lo sustituya.” Cabe tener presente que dicho convenio (n° 758/06 “E”) fue homologado mediante Resolución (S.T.) n° 77/2006, de fecha 21/02/2006, esto es, casi seis (6) años *después* de que el artículo 34 de la ley n° 25.250 derogara el decreto n° 2184/90.

*g. Establecimiento de servicios mínimos de funcionamiento. Actividad incorporada dentro del catálogo legal de servicios esenciales en sentido estricto. Articulación entre convenio y ley*

No merece cuestionamiento, en cambio, el CCT n° 539/2008, negociado entre la Asociación del Personal Jerárquico del Agua y la Energía, por la representación sindical, y la Federación de Cooperativas de Electricidad y Servicios Públicos de la Provincia de Buenos Aires, por el sector empresarial, que afirma el “carácter de servicio público esencial para la comunidad” de la provisión de energía (artículo 5.1.1.), en concordancia con lo previsto por el artículo 24, LOL, y en función de ello establece que las medidas de acción directa “no podrán afectar la prestación de los servicios mínimos que correspondan” (artículo 46.1). A su vez, determina que la Comisión Paritaria (prevista en el artículo 44.1, del texto convencional), integrada por igual cantidad de representantes de ambas partes, será la encargada de “acordar y dictaminar las especificaciones de los servicios mínimos que deberán quedar preservados en los términos del artículo 24 de la ley 25.877 y su decreto reglamentario 272/2006.”

Los convenios colectivos aquí analizados (tomados al azar), dejan en evidencia —mayoritariamente— un alarmante desenfoco con la regulación legal y constitucional vigente del derecho de huelga en los servicios esenciales. Descubren, por lo demás, falencias del mecanismo homologatorio, que deberían ser subsanadas por la autoridad de aplicación a los fines de dotar de coherencia y uniformidad al sistema, sin perjuicio de la invalidez intrínseca de las cláusulas involucradas, las que, a todo evento, no resistirían un control de legalidad y/o constitucionalidad en sede judicial.

#### *14.4. Apuntes finales*

La demorada constitución e integración de la *comisión independiente* (prevista en el artículo 24 de la ley 25.877 desde hace ya seis años) y su expectante puesta en funcionamiento, no afecta, según se ha visto, el análisis formal acerca del estado actual de la regulación jurídica del derecho de huelga en los servicios esenciales en Argentina.

Sin embargo, un análisis desde esa sola perspectiva, prescindiendo de otras variables —que dentro o fuera de la juridicidad— afectan el ejercicio de la huelga, deviene necesariamente, incompleto. Es ahí donde entra a tallar la ausencia del órgano. Vale decir, cuando se pretende enfocar el calibre en el *ejercicio real* de la huelga y la participación en el conflicto por parte de las autoridades públicas. Porque, en definitiva, el vacío que resulta de la inacción de la Comisión de Garantías en el sistema previsto

normativamente, viene a ser ocupado por otros sujetos, quienes *de hecho* asumen esa competencia.

Ocurre de tal modo, una nueva desconexión entre derecho y realidad<sup>508</sup>; fenómeno que, en este caso, responde a una omisión patológica carente de justificación válida, que interfiere en el juego de las relaciones colectivas del trabajo, y que incide, por supuesto, en el ejercicio y desarrollo del derecho de huelga en los servicios esenciales, su tutela y compatibilización con otros derechos fundamentales. No es infrecuente que en tales casos se produzca un sacrificio abusivo del derecho de huelga (en ocasiones, su eliminación total), desprovisto de toda licitud, en aras de salvaguardar otros intereses, tutelados incluso, por derechos de jerarquía inferior.

Resulta ilustrativa, en ese sentido, la reciente intervención conjunta del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, y la cartera de Planificación Federal, Inversión pública y Servicios, mediante sus respectivas resoluciones n° 1024/09 y 2077/09 de fecha 09/11/2009, en virtud de las cuales dichas autoridades se arrogaron la facultad de calificar como “servicio público trascendental” al servicio público de transporte de subterráneo y premetro de la Ciudad de Buenos Aires (artículo 1°), en una grosera violación al artículo 24, LOL, cuyo texto otorga *competencia exclusiva* a tal fin, a la comisión independiente allí prevista. Eso no es todo, sino que, a través del mismo acto administrativo se invirtieron los términos legales dispuestos en aquella norma, al asignársele a la empresa (Metrovías S.A.) la obligación de asegurar la prestación de un servicio mínimo (artículo 3°), sin ponderar, siquiera, participación alguna de los trabajadores en dicha encomienda.

No es éste un caso aislado, sino que expresa en líneas generales, cuál ha sido la conducta deliberada de la administración frente a conflictos que no son esenciales en el sentido estricto del término y sobre los cuales aquélla no ostenta potestad determinativa alguna a los fines de incluirlos en las categorías de esencialidad extensiva previstas en la norma legal.

Cualquiera sean las causas por las cuales la Comisión de Garantías no se encuentra todavía en ejercicio de su competencia, la responsabilidad ante tal omisión recae exclusivamente en la autoridad gubernativa<sup>509</sup>. Se constata, aún hoy, una *inconstitucionalidad por omisión* reglamentaria, por cuanto, a través de su pasividad, el Poder Ejecutivo desoye una manda legal que, a su vez, recepta la interpretación *en las condiciones de su vigencia* de un instrumento internacional de jerarquía constitucional (Convenio 87, OIT). En efecto, aún constituido e integrado el órgano independiente la irregularidad apuntada se mantiene, ya que el mismo permanecerá en estado de latencia, cuanto menos, hasta que la autoridad de aplicación disponga “las medidas que resulten necesarias a efectos de que la Comisión de Garantías comience inmediatamente a

---

<sup>508</sup> A decir verdad, siempre existe, en alguna medida, divergencia entre normas y hechos. Es que, tal como señala Ferrajoli con cierta resignación, *no vivimos, en los hechos, en un mundo deóticamente perfecto* (FERRAJOLI, Luigi, *Democracia...*, cit., p. 145).

<sup>509</sup> En todo caso, la mora en la que habría incurrido alguna de las organizaciones enunciados en el artículo 5° del decreto n° 272/06 en elegir a sus respectivos candidatos, por las razones que fueran (indolencia, inconveniencia política, oportunismo, etc.), no justifica la pereza de la autoridad pública, en reglamentar la norma legal primero, y en constituir el órgano luego. Más aún, cuando ello implicó en los hechos, dilatar la constitución del órgano que la propia ley sitúa en el centro neurálgico del sistema. Nada habría obstado, por ejemplo, a que la autoridad ejecutiva dictase una disposición fijando un plazo razonable para que las partes eleven las ternas de candidatos, bajo apercibimiento de proceder a efectuar las designaciones entre los postulantes que efectivamente hayan sido propuestos por las organizaciones convocadas que hubieran respondido al llamamiento en tiempo y forma.

ejercer las funciones asignadas por los artículos 2° y 6° del Decreto n° 272/06”, según surge del artículo 4° del decreto n° 362/10.

No es ocioso recordar que a poco tiempo de haberse dictado el decreto n° 272/06, la sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, compartiendo el criterio de la Fiscalía General, desestimó una acción de amparo tendiente a obtener una sentencia que *condene al Poder Ejecutivo Nacional a integrar la comisión prevista en el artículo 24 de la ley n° 25.877 y su decreto reglamentario n° 272/06*<sup>510</sup>.

Sin embargo, en aquella oportunidad la demanda fue rechazada por cuanto, según los jueces: *a.* la vía del amparo (artículo 43, CN) escogida por la accionante no era idónea para dilucidar la cuestión debatida en autos; *b.* la petición cautelar tendiente a que fuera la judicatura quien calificase la esencialidad del servicio (telefónico) resultaba contradictoria con el reclamo de fondo destinado a obtener la condena al Estado para que constituya la Comisión de Garantías (precisamente, para que ejerza sus facultades de determinación excepcional de esencialidad del servicio); y *c.* la mora de la autoridad pública no constituía una omisión manifiestamente arbitraria e ilegal (en aquél entonces habían transcurrido aproximadamente seis meses desde que la norma reglamentaria había entrado en vigencia).

Parece claro que, a más de cuatro años de la vigencia del decreto 272/06, el último de los argumentos esgrimidos por el tribunal no sería de aplicación en la hora actual (nótese que el resto de las consideraciones desarrolladas en el fallo para desestimar el amparo, tienen que ver con deficiencias de estricto orden procesal).

A fines del año 2008, otra sentencia judicial, esta vez, de primera instancia<sup>511</sup> (firme y consentida por la parte accionante), rechazó la medida cautelar incoada por una empresa concesionaria del servicio de transporte subterráneo de pasajeros (Metrovías S.A.), tendiente a obtener un pronunciamiento judicial y cautelar de *no innovar*, dirigido a que “se deje sin efecto el paro dispuesto por el cuerpo de delegados de subterráneos para el 12/12/08”. En abono de su petición, la empresa sostuvo que dicha medida de fuerza era “ilegal” ya que no había sido convocada por el sindicato con personería gremial, y además, que el transporte subterráneo constituye, en la Ciudad de Buenos Aires, un *servicio público de importancia trascendental* conforme lo establece la ley n° 25.877, “por lo que, las medidas de fuerza anunciadas afectan un servicio esencial”.

La sentencia de grado, desestimatoria de la medida cautelar intentada, expresó que no se encontraban reunidos en autos los requisitos de verosimilitud en el derecho y peligro en la demora (artículo 230, CPCC) y, en lo que aquí interesa, ratifico que “el órgano habilitado para calificar excepcionalmente como servicio esencial una actividad es la Comisión de Garantías establecida en el decreto n° 272/2006, la que se expedirá una vez iniciada la instancia de conciliación prevista en la ley n° 14.786 (artículos 1°, 2° y 7°).” Agregó, para terminar, que “es la Comisión de Garantías el órgano autorizado para habilitar excepcionalmente la aplicación de la normativa sobre huelga en los servicios esenciales a actividades no enumeradas expresamente como tales por la ley en el marco del procedimiento de conciliación previsto en la ley n° 14.786.”

---

<sup>510</sup> CNATr., sala V, “*Telefónica de Argentina S.A. c. Estado Nacional s. Acción de Amparo*”, del 04/10/2006.

<sup>511</sup> Juzgado Nacional de 1° Instancia del Trabajo n° 58, a cargo de la Dra. Ana Simone, sentencia interlocutoria n° 841 dictada en el expediente n° 37.705/08, “*Metrovías S.A. s. Medida Cautelar*”, del 12/12/2008.

La jurisprudencia citada permite concluir que existe una tendencia a la autorrestricción por parte de los jueces, de intervenir en un tema tan específico y particular como lo es el de la huelga en los servicios esenciales. Es correcto que así sea, ya que el ordenamiento actual otorga competencia exclusiva en esa materia a la Comisión de Garantías.

Tal postura, que contrasta abiertamente con la conducta intervencionista asumida por la administración, también interpela a su modo, a la autoridad ejecutiva para que arbitre los medios idóneos a los fines de poner en funcionamiento el órgano y conferirle operatividad inmediata.

En fecha reciente, la OIT se agregó al elenco de voces que reclaman la inmediata puesta en funcionamiento de la comisión<sup>512</sup>. En efecto, ahora desde el ámbito internacional y de modo categórico, la CEACR *subraya la importancia de que las instituciones relativas a la resolución de conflictos colectivos previstos en el ordenamiento jurídico funcionen de manera efectiva y, por consiguiente, pide al gobierno argentino que sin demora garantice el funcionamiento de la Comisión de Garantías.*

Quizás, el dictado del decreto n° 362/10 haya sido producto de la reacción del gobierno ante la presión ejercida por el órgano internacional; la estrecha conexión temporal entre uno y otro acto así lo sugiere. Sea como fuere, no puede dejar de señalarse que la integración y constitución de la Comisión de Garantías importa un paso hacia adelante, necesario para completar, de una buena vez, la adecuación del sistema jurídico positivo que regula los conflictos colectivos de trabajo que afectan servicios esenciales al orden constitucional vigente. Con todo lo que ello implica, no alcanza, sin embargo, para que el derecho de huelga resulte por esa sola circunstancia, garantizado concretamente en su ejercicio real. De ello dependerá no sólo el funcionamiento efectivo de la Comisión de Garantías en la *praxis*, sino también, el comportamiento que asuman los actores sociales ya sea antes, durante y/o después del conflicto; la cautela y apego al ordenamiento que exhiban los distintos órganos del poder gubernamental; y, por último, la labor (ciertamente subsidiaria) que sobre esta temática tienen asignada los jueces del trabajo.

---

<sup>512</sup> OIT, *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Informe III, parte 1A, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, publicado en fecha 24 de febrero de 2010.

## BIBLIOGRAFÍA

ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2003.

ACKERMAN, Mario E., *Reglamentación del Derecho de Huelga*, DT, 1990-A.

ACKERMAN, Mario E., *La huelga en Argentina*, en GRUPO DE LOS NUEVE, PASCO COSMÓPOLIS, Mario (coord.), *La huelga en Iberoamérica*, Porrúa, México, 1996.

ACKERMAN, Mario E., *De las reformas de los noventa a la ley 25.877*, en VV.AA., *Reforma laboral ley 25.877*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004.

ACKERMAN, Mario E., *Conflictos colectivos de trabajo*, en VV.AA., *Reforma Laboral ley 25.877*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004.

ACKERMAN, Mario E., *El derecho de huelga y los derechos de todos*, DT, 2005-B.

ACKERMAN, Mario E., *Interés colectivo*, en ACKERMAN, Mario E. (dir.) y TOSCA, Diego M. (coord.), *Tratado de Derecho del Trabajo*, T. VII-I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007.

ALBURQUERQUE, Rafael F., *Derecho del Trabajo*, T. III, *Los conflictos de trabajo y su solución*, Lozano, Santo Domingo, 1999.

ALIPRANTIS, Nikitas, *Informe griego*, en VV.AA., MARZAL, Antonio (ed.), *La huelga hoy en el Derecho Social Comparado*, Bosch-ESADE-Facultad de Derecho, Barcelona, 2005.

ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María E., *Derecho del Trabajo*, 14ª edición, Servicio Publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1995.

ALTAMIRA GIGENA, Raúl E., *Reglamentación del derecho de la huelga en los servicios esenciales (Dec. 2184/90)*, DT, 1991-A.

ALVAREZ, Eduardo O., *Reflexiones sobre el derecho de huelga*, DT, 1991-B.

ALVAREZ, Eduardo O., *Conflicto colectivo y derecho de huelga*, en VV.AA., *Derecho colectivo del trabajo*, LL, Buenos Aires, 1998.

AÑÓN, María J. y GARCÍA AÑÓN, José (coord.), *Lecciones de derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

AQUINO, Marcelo G., *La regulación de la huelga en los servicios esenciales*, en el libro de ponencias de las "XII Jornadas Rioplatenses de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", celebradas en Córdoba, el 4 y 5 de mayo de 2001, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2001.

ARESE, César, *El titular del derecho de huelga. El sindicato o el trabajador*, ponencia presentada en el “III Encuentro Quilmeño de Derecho del Trabajo” realizado en Quilmes, 26 y 27 de septiembre de 2008.

ARESE, César, *Nuevas realidades y nuevas reglas en materia de huelga*, DT, 2001-B.

BALLESTRERO, Maria V., *Diritto Sindacale*, Giapichelli Editore, Torino, 2004.

BALLESTRERO, Maria V., *Informe italiano*, en VV.AA., MARZAL, Antonio (ed.), *La huelga hoy en el Derecho Social Comparado*, Bosch-ESADE-Facultad de Derecho, Barcelona, 2005.

BAYLOS GRAU, Antonio, *Derecho de huelga y servicios esenciales*, 2º edición, Tecnos, Madrid, 1988.

BAYLOS GRAU, Antonio, *Formas nuevas y reglas viejas en el conflicto social*, RDS, nº 2, Bomarzo, Albacete, 1998.

BAYLOS GRAU, Antonio, *Huelga y sindicato: ¿una relación en crisis ante la ineficacia de esta medida de presión?*, en VV.AA., *Las relaciones laborales en España 1978-2003*, Fundación Sindical de Estudios, Madrid, 2003.

BEAUDONNET, Xavier, *La utilización de las fuentes universales del derecho internacional del trabajo por los tribunales nacionales*, DT, 2006-B.

BIDART CAMPOS, Germán J., *Manual de la Constitución reformada*, EDIAR, Buenos Aires, 2000.

BIRGIN, Mauricio, *La reglamentación del derecho de huelga en los denominados “servicios esenciales”*. *El Decreto nº 2184/90*, DL, t. XXXII, 1990.

CABEZA PEREIRO, Jaime, *La imposición de servicio mínimos*, en VV.AA., BAYLOS GRAU, Antonio (coord.), *Estudios sobre la huelga*, Bomarzo, Albacete, 2005.

CAPÓN FILAS, Rodolfo, *Servicios esenciales y conflicto*, DT, 1993-B.

CARBY HALL, Jo, *Informe británico*, en VV.AA., MARZAL, Antonio (ed.), *La huelga hoy en el Derecho Social Comparado*, Bosch-ESADE-Facultad de Derecho, Barcelona, 2005.

CARINCI, Franco, DE LUCA TAMAJO, Raffaele, TOSI, Paolo y TREU, Tiziano, *Diritto del Lavoro. Il diritto sindacale*, 5ª edizione, Wolters Kluwer Italia Giuridica, Torino, 2006.

CARO FIGUEROA, Luis A., *El derecho de huelga en Italia*, DT, 1989-A.

CARUSO, Bruno, *Le relazioni sindacali*, con la colaboración de ALAIMO, Anna, G., Giapichelli editore, Torino, 2004.

CASAS BAAMONDE, María E., *Derecho de huelga y Constitución: ¿nuevas perspectivas?*, en revista *Relaciones Laborales*, nº 7, 4/94, Madrid, 1994.

CASTEL, Robert, *La inseguridad social ¿qué es estar protegido?*, Manantial, Buenos Aires, 2004.

CORTE, Néstor T., *El Modelo Sindical Argentino*, 2º edición actualizada, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994.

CORTE, Néstor T., *Regulación de la huelga en los servicios esenciales*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1991.

CREMONTE, Matías y LUNA, Mario A., *El principio de autonomía y la inconstitucionalidad de las sanciones a las asociaciones sindicales*, en revista *La causa laboral*, AAL, año VII, nº 29, agosto de 2007.

CRISTALDO MONTANER, Jorge D. y CRISTALDO RODRIGUEZ, Beatriz E., *Legislación y jurisprudencia del trabajo*, 1º edición, Litocolor, Asunción, 2002.

DE BUEN, Néstor, *La huelga en México*, en GRUPO DE LOS NUEVE, PASCO COSMÓPOLIS, Mario (coord.), *La huelga en Iberoamérica*, Porrúa, México, 1996.

DEL BONO, Carlos M., *Criterios de la Corte Suprema frente al ejercicio del derecho de huelga*, DT, 1997-B.

DEL VECCHIO, Giorgio, *Filosofía del Derecho*, 9ª edición, Bosch, Barcelona, 1991.

DI CAGNO, Giovanni y MONACO, María P., *Lo sciopero nei servizi essenziali*, Cacucci editore, Bari, 2009.

DOBARRO, Viviana M., *La reglamentación del derecho de huelga. Estado actual de la cuestión*, DL, t. XV, 2001.

ERMIDA URIARTE, Óscar, en el *Prólogo* a la obra de MANTERO ALVAREZ, Ricardo, *Límites al Derecho de Huelga*, Ediciones Jurídicas Amalio M. Fernández, Montevideo, 1992.

ERMIDA URIARTE, Óscar, *La intervención administrativa: origen, características y perspectivas*, en VV.AA., OJEDA AVILÉS, Antonio y ERMIDA URIARTE, Óscar (ed.), *La negociación colectiva en América Latina*, Trotta, Madrid, 1993.

ERMIDA URIARTE, Óscar, *Apuntes sobre la huelga*, Fundación de Cultura Universitaria, Colección JVS nº 22, Montevideo, 1996.

ERMIDA URIARTE, Óscar, *La flexibilización de la huelga*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1999.

ERMIDA URIARTE, Óscar, *La huelga en los servicios esenciales*, en el libro de ponencias de las “XII Jornadas Rioplatenses de Derecho del Trabajo y de la Seguridad



*Social*”, celebradas en Córdoba, el 4 y 5 de mayo de 2001, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2001.

ETALA, Carlos A., *Derecho colectivo del trabajo*, Astrea, Buenos Aires, 2001.

FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 2º edición, Trotta, Madrid, 2001.

FERRAJOLI, Luigi, *Derechos fundamentales*, en VV.AA., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001.

FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y garantismo*, Trotta, Madrid, 2008.

FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Roberto, *Los servicios esenciales como límites al derecho de huelga (apuntes sobre las soluciones ofrecidas por los ordenamientos británico y español)*, Universidad de León – Secretariado de Publicaciones, León, 2006.

FERNÁNDEZ MADRID, Javier, *El derecho de huelga y la educación como servicio esencial*, DL, t. XV, 2001.

FERNÁNDEZ PROL, Francisca, *La huelga en los servicios esenciales de la comunidad*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2005.

FIORINI, Bartolomé A., *Teoría jurídica del acto administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1976.

GALANTINO, Luisa, *Diritto Sindacale*, Giappichelli editore, Torino, 2006.

GARCÍA, Héctor O., *Tripartismos e institucionalización del diálogo social en la Argentina y el Mercosur*, DT, 2004-A.

GARCÍA, Héctor O., GIANIBELLI, Guillermo, MEGUIRA, Horacio D., MEIK, Moisés y ROZEMBERG, Enrique, *Tiempo de Derechos. Propuestas para la construcción de un Derecho Social en democracia*, DT, 2005-A; y RDS, nº 28, Bomarzo, Albacete, 2004.

GARCÍA, Héctor O., *La regulación de la huelga en los servicios esenciales*, RDL, 2006-2, Buenos Aires, 2006.

GARCÍA, Héctor O., *La huelga en los servicios esenciales*, en ACKERMAN, Mario E. (dir.) y TOSCA, Diego M. (coord.), *Tratado de Derecho del Trabajo*, T. VIII-II, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007.

GARCÍA, Héctor O. y TRIBUZIO, José E., *La acción sumarísima de tutela de la buena fe en la negociación colectiva, prevista en el artículo 4º, inciso e, de la ley 23.546*, RDL, 2007-1, Buenos Aires, 2007.

GARCÍA, Héctor O., *Medidas legítimas de acción sindical*, capítulo 4, título 4.3. de esta obra colectiva.

- GARCÍA ARCE, María C., *Diálogo social sobre formación profesional en España*, Aportes para el diálogo social y la formación, n° 9, OIT, Cinterfor, Montevideo, 2002.
- GARMENDIA, Mario, *La negociación y el convenio colectivo*, en ACKERMAN, Mario E. (dir.) y TOSCA, Diego M. (coord.), *Tratado de Derecho del Trabajo*, T. VII-II, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007.
- GERNIGON, Bernard, ODERO, Alberto, y GUIDO, Horacio, *Principios de la OIT sobre el derecho de huelga*, en OIT, *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 117, n° 4, 1998.
- GHEZZI, Giorgio y ROMAGNOLI, Umberto, *Il diritto sindacale II rapporto di lavoro –Aggiornamento 2000*, Zanichelli, Bologna, 2000.
- GIALDINO, Rolando E., *Los derechos sociales y el derecho internacional de los derechos humanos*, DL, t. XIV, 2000.
- GIANIBELLI, Guillermo y ZAS, Oscar, *Estado social en Argentina: modelo constitucional y divergencias infraconstitucionales*, en revista *Contextos*, n° 1, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997.
- GIANIBELLI, Guillermo, *Conflictos colectivos de trabajo*, en RAMÍREZ, Luis E. (dir.), *Reforma laboral Ley 25.877*, Nova Tesis, Rosario, 2004.
- GIANIBELLI, Guillermo, *El sistema de protección de derechos de la Organización Internacional del Trabajo y sus efectos sobre el ordenamiento interno*, en ABRAMOVICH, Víctor, BOVINO, Alberto y COURTIS, Christian (comp.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, CELS, Del puerto, Buenos Aires, 2007.
- GIGLIO, Wagner D., *La huelga en Brasil*, en GRUPO DE LOS NUEVE, PASCO COSMÓPOLIS, Mario (coord.), *La huelga en Iberoamérica*, Porrúa, México, 1996.
- GIUGNI, Gino, *Diritto Sindacale*, con la colaboración de BELLARDI, Laura Alba, CURCIO, Pietro y GAROFALO, Mario G., Cacucci Editore, Bari, 2006.
- GOLDIN, Adrián O., *El papel del Estado*, en VV.AA., OJEDA AVILÉS, Antonio y ERMIDA URIARTE, Óscar (coord.), *El derecho sindical en América Latina*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1995.
- GOLDIN, Adrián O., *La Corte Suprema de Justicia de la Nación y el monopolio sindical*, en *Derecho del Trabajo on line*, suplemento especial, Libertad Sindical, año 2, n° 12, de fecha 20-11-2008.
- GONZÁLEZ DE LA ALEJA, Ramón, *La titularidad del derecho de huelga. En especial en la función pública: perspectivas jurídico críticas*, Comares, Granada, 1999.
- GORDILLO, Agustín A., *Tratado de Derecho Administrativo*, parte general, T. 2, Ediciones Macchi, Buenos Aires, 1980.

GRUPO DE EXPERTOS EN RELACIONES LABORALES, *Estado actual del sistema de relaciones laborales en la Argentina*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2008.

GRUPO DE LOS NUEVE, PASCO COSMÓPOLIS, Mario (coord.), *La huelga en Iberoamérica*, Porrúa, México, 1996.

GUASTINI, Riccardo, *Tres problemas para Luigi Ferrajoli*, en VV.AA., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001.

HUERTA OCHOA, Carla, *El concepto de interés público y su función en materia de seguridad nacional*, en Diario oficial de la Federación, México, 2005.

JAVILLIER, Jean C., *Derecho del Trabajo*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2007.

JORI, Mario, *Ferrajoli sobre los derechos*, en VV.AA., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001.

KAHN-FREUND, Otto, *Trabajo y Derecho*, 3<sup>o</sup> edición, Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, España, Madrid, 1987.

KROTOSCHIN, Ernesto, *Tratado práctico de Derecho del Trabajo*, T. II, Depalma, Buenos Aires, 1962.

LAVAGNA, Carlo, *Il concetto di ordine pubblico alla luce delle norme costituzionale*, en *Democrazia e Diritto*, Di Comunità, Milano, 1976.

LÓPEZ, Guillermo A. F., *La huelga y sus efectos sobre el contrato de trabajo*, DT, 1990-A.

LÓPEZ, Justo, *El decreto sobre huelga en los servicios esenciales y el Comité de Libertad Sindical*, en *Relaciones Laborales y Seguridad Social*, año 1, diciembre de 1994.

LÓPEZ, Justo, *Significado de la constitucionalidad del derecho de huelga*, DT, 1991-B.

MANSUETI, Hugo R., *Huelga en los servicios esenciales en la Argentina*, DT, 2007-A.

MANTERO ALVAREZ, Ricardo y LÓPEZ LÓPEZ, Adriana, *Derecho de huelga*, en *El Derecho Laboral del Mercosur ampliado*, 2<sup>a</sup> edición, Fundación de Cultura Universitaria y OIT-Cinterfor, Montevideo, 2000.

MANTERO ALVAREZ, Ricardo, *Límites al Derecho de Huelga*, Ediciones Jurídicas Amalio M. Fernández, Montevideo, 1992.

MANTERO DE SAN VICENTE, Osvaldo, *Derecho Sindical*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2004.

MARTIN VALVERDE, Antonio, *Concurrencia y articulación de normas laborales*, en *Revista de Política Social*, n<sup>o</sup> 119, Madrid, 1978.

MARTIN VALVERDE, Antonio, *El derecho de huelga en la Constitución de 1978*, *Revista de Política Social*, nº 121, Madrid, 1979.

MARTIN VALVERDE, Antonio, *De la huelga como delito al derecho de huelga: notas para una historia del pensamiento jurídico laboral*, en VV.AA., *Evolución del pensamiento juslaboralista. Estudios en homenaje al Prof. Héctor Hugo Barbagelata*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1997.

MARTÍN VALVERDE, Antonio, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ, Fermín, y GARCÍA MURCIA, Joaquín, *Derecho del Trabajo*, 9ª edición, Tecnos, Madrid, 2000.

MARZAL, Antonio, *Prólogo*, en VV.AA., *La huelga hoy en el derecho social comparado*, J.M.Bosch, ESADE Facultad de Derecho, Barcelona, 2005.

MEGUIRA, Horacio D. y GARCÍA, Héctor O., *La ley de ordenamiento laboral o el discreto retorno del Derecho del Trabajo*, LL, Suplemento Especial, 2004.

MERINO SEGOVIA, Amparo, *El concepto de servicios esenciales y la publicación de las reglas limitativas del ejercicio del derecho de huelga en este sector*, en en VV.AA., BAYLOS GRAU, Antonio (coord.), *Estudios sobre la huelga*, Bomarzo, Albacete, 2005.

MOLERO MANGLANO, Carlos, *Derecho sindical*, Dykinson, Madrid, 1996.

MONEREO PÉREZ, José L., *La huelga como derecho constitucional, la técnica específica de organización jurídico-constitucional de la huelga*, TL, nº 27 y 28, 1993.

MONEREO PÉREZ, José L., *La huelga en el sistema de relaciones laborales (Prólogo)*, en VV.AA., *Derecho de huelga y conflictos colectivos*, Comares, Granada, 2002.

MONTOYA MELGAR, Alfredo, *La huelga en España*, en GRUPO DE LOS NUEVE, PASCO COSMÓPOLIS, Mario (coord.), *La huelga en Iberoamérica*, Porrúa, México, 1996.

MORENO VIDA, María N., *La huelga en servicios esenciales*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007.

MORGADO VALENZUELA, Emilio, *El impacto de las normas internacionales del trabajo sobre el derecho sindical latinoamericano*, en VV.AA., OJEDA AVILÉS, Antonio y ERMIDA URIARTE, Óscar (coord.), *El derecho sindical en América Latina*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1995

MORGADO VALENZUELA, Emilio, *La huelga en Chile*, en GRUPO DE LOS NUEVE, PASCO COSMÓPOLIS, Mario (coord.), *La huelga en Iberoamérica*, Porrúa, México, 1996.

MUGNOLO, Juan P., *Titularidad del derecho de huelga*, RDL, nº 7, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2008.

OIT, *Libertad sindical y negociación colectiva*, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Conferencia Internacional del Trabajo, 81ª reunión, Ginebra, 1994.

OIT, *La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, 5ª edición revisada, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2006.

OIT, *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Informe III, parte 1A, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2003.

OIT, *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Informe III, parte 1A, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2010.

OJEDA AVILÉS, Antonio, *Derecho Sindical*, 7ª edición, Tecnos, Madrid, 1995.

PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel C., *Derecho Sindical Español*, 4ª edición, Tecnos, Madrid, 1991.

PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel C., *Derecho del trabajo e ideología*, 5ª edición, Tecnos, Madrid, 1995.

PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel, *Derecho del Trabajo*, 10ª edición, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2002.

PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel C., *Ámbito subjetivo y titularidad del derecho de huelga*, en VV.AA., BAYLOS GRAU, Antonio (coord.), *Estudios sobre la huelga*, Bomarzo, Albacete, 2005.

PANKERT, Alfred, *Solución de conflictos de trabajo en los servicios esenciales*, en Revista Internacional del Trabajo, vol. 100, nº 1, Ginebra, 1981.

PASCO COSMÓPOLIS, Mario, *La huelga en Perú*, en GRUPO DE LOS NUEVE, obra coordinada por el autor, *La huelga en Iberoamérica*, Porrúa, México, 1996.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, BOE-Universidad Carlos III, Madrid, 1995.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Lecciones de Derechos Fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004.

PÉREZ DEL CASTILLO, Santiago, *El derecho de huelga*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1993.

PÉREZ REY, Joaquín, *El incumplimiento de los servicios mínimos y su revisión judicial en las huelgas que afectan a los servicios esenciales de la comunidad*, en

VV.AA, BAYLOS GRAU, Antonio (coord.), *Estudios sobre la huelga*, Bomarzo, Albacete, 2005.

PILATI, Andrea, *Il conflitto collettivo nei servizi essenziali*, en VV.AA., *Diritto del lavoro. Commentario diretto da Franco Carinci*, T. I, *Le fonti. Il diritto sindacale*, 2º edición, UTET, Torino, 2007.

PIZZORUSSO, Antonio, *Interesse pubblico e interessi pubblici*, Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 1972.

PLA RODRIGUEZ, Américo, *La huelga en los servicios esenciales*, en Revista Jurídica estudiantil, nº 2, Montevideo, 1988.

RAMÍREZ BOSCO, Luis, *Derecho de huelga*, Hammurabi, Buenos Aires, 1991.

RASO DELGUE, Juan, *Consideración sobre la colisión entre el derecho de huelga y los derechos del ciudadano*, en el libro de ponencias de las “XII Jornadas Rioplatenses de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, celebradas en Córdoba, el 4 y 5 de mayo de 2001, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2001.

RENTERO JOVER, Jesús, *El Comité de Huelga en el Derecho Español del Trabajo*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2002.

RODRIGUEZ MANCINI, Jorge, *Curso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Astrea, Buenos Aires, 2000.

RODRIGUEZ MANCINI, Jorge, *Derechos fundamentales y relaciones laborales*, Astrea, Buenos Aires, 2004.

ROMAGNOLI, Umberto, *La concertación social en Europa: Luces y sombras*, en *Trabajadores y Sindicato*, Fundación Sindical de Estudios, GPS, Madrid, 2006.

ROMAGNOLI, Umberto, *La desindustrialización de los conflictos de trabajo*, en *Trabajadores y sindicato*, Fundación Sindical de Estudios, GPS, Madrid, 2006.

RUIZ, Álvaro D., *Apuntes sobre el derecho de huelga y su reglamentación*, DL, t. XXXII, 1990.

RUSSOMANO, Mozart V., *Aspectos generales de la huelga*, en VV.AA., *El Derecho Laboral en Iberoamérica*, Porrúa, México, 1980.

SALA FRANCO, Tomás y ALBIOL MONTESINOS, Ignacio, *Derecho sindical*, 5ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

SANTORO-PASSARELLI, Francesco, *Nociones de Derecho del Trabajo*, traducción de la 14ª edición italiana por Fernando Suárez González, Diana, Madrid, 1963.

SARTHOU, Helios, *La huelga en los servicios esenciales en nuestro derecho positivo y la autonomía del derecho del trabajo*, en Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Año XXVI, Montevideo, 1986.

SARTHOU, Helios, *Trabajo, Derecho y sociedad*, t. I, *Estudios de Derecho colectivo del trabajo*, 1º edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2004.

SERNA, Pedro y TOLLER, Fernando, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derecho*, LL, 2000.

SIMON, Julio C., *La nueva regulación del derecho de huelga en los servicios esenciales*, LL, 2006-B.

SIMON, Julio C., *La incorporación del Derecho Internacional al Derecho interno, la jerarquía de las fuentes y el Derecho del Trabajo*, en LL, 2006-D.

SIMON, Julio C., *Breves reflexiones sobre la huelga en los servicios esenciales, la racionalidad y el poder*, LL, Suplemento Especial 70 Aniversario, 2005.

STROOBANT, Maxime, *Informe Belga*, en VV.AA., MARZAL, Antonio (ed.), *La huelga hoy en el Derecho Social Comparado*, Bosch-ESADE-Facultad de Derecho, Barcelona, 2005.

SUPIOT, Alain, *Informe de síntesis*, en VV.AA., MARZAL, Antonio (ed.), *La huelga hoy en el Derecho Social Comparado*, Bosch-ESADE-Facultad de Derecho, Barcelona, 2005.

TAPIA GUERRERO, Francisco J., *La experiencia chilena*, en VV.AA., BRONSTEIN, Arturo (dir.), *Cincuenta años de Derecho del Trabajo en América Latina*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007.

TARELLO, Giovanni, *Teorías e ideologías en el Derecho Sindical*, Comares, Granada, 2002 (traducción de la 2ª edición, *De Teorie e ideologie nel Diritto Sindacale; l'esperienza italiana dopo la costituzione*, Di Comunità, Milano, 1972).

TERRADILLOS ORMAETXEA, Edurne, *Límites externos al ejercicio del derecho de huelga y las huelgas ilícitas*, en VV.AA., BAYLOS GRAU, Antonio (coord.), *Estudios sobre la huelga*, Bomarzo, Albacete, 2005.

TOMADA, Carlos A., *Motivaciones de la ley de ordenamiento laboral*, en VV.AA., *Reforma Laboral ley 25.877*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004.

TOPET, Pablo A., *Los servicios esenciales y la huelga: La Constitución Nacional; el artículo 14 bis; la ley 25.877 de Ordenamiento Laboral, el Decreto 272/06 y los nuevos criterios de la Organización Internacional del Trabajo*, ponencia presentada en las "Jornadas de conmemoración de los 50 años de la sanción del artículo 14 bis de la Constitución Nacional", Buenos Aires, 2007.

TOSELLI, Carlos A., *Necesidad de regulación de la huelga en los servicios esenciales*, en el libro de ponencias de las "XII Jornadas Rioplatenses de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", celebradas en Córdoba, el 4 y 5 de mayo de 2001, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2001.

TORRENTE GARI, Susana, *El ejercicio del derecho de huelga y los servicios esenciales*, CEDECS, Barcelona, 1996.

TRIBUZIO, José E., *El servicio público de importancia trascendental*, DT, año LXIX, nº 11, noviembre 2009.

TRIBUZIO José E., *El fallo “ATE” y la reconfiguración constitucional de la representación sindical en el lugar de trabajo*, RDL, Número extraordinario, 2009.

TRIBUZIO, José E., *Nueva reglamentación del derecho de huelga en los servicios esenciales*, DT, 2006-A.

TRIBUZIO, José E., *Panorama actual de la regulación del Derecho de Huelga en Argentina*, en *Derecho Laboral*, nº 27, Montevideo, 2005.

TRUDEAU, Gilles, *Informe del Canadá y de los Estados Unidos*, en VV.AA., MARZAL, Antonio (ed.), *La huelga hoy en el Derecho Social Comparado*, Bosch-ESADE-Facultad de Derecho, Barcelona, 2005.

VALTICOS, Nicolás, *Derecho Internacional del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 1977.

VALLEBONA, Antonio, *Le regole dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Giapichelli editore, Torino, 2007.

VAN DER LAAT, Bernardo, *Conflictos colectivos, huelga y paro patronal*, en VV.AA., OJEDA AVILÉS, Antonio y ERMIDA URIARTE, Óscar (coord.), *El derecho sindical en América Latina*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1995.

VAN PARIJS, Philippe, *Libertad real para todos*, Paidós, Buenos Aires, 1996.

VV.AA., *La huelga como derecho fundamental*, en MONEREO PÉREZ, José L. (coord.), *Derecho de huelga y conflictos colectivos. Estudio crítico de la doctrina jurídica*, Comares, Granada, 2002.

VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, *Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, T. II, Astrea, Buenos Aires, 1981.

VIVERO SERRANO, Juan B., *La huelga en los servicios esenciales*, Lex Nova, Valladolid, 2002.

VON POTOBSKY, Geraldo W., *La jurisprudencia de los órganos de control de los instrumentos internacionales — el caso del Convenio nº 87 de la OIT sobre la libertad sindical*, DT, 2006-B.

VON POTOBSKY, Geraldo W., *Los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo: ¿una nueva dimensión en el orden jurídico interno?*, DT, 1997-A.

VON POTOBSKY, Geraldo W. y BARTOLOMEI DE LA CRUZ, Héctor G., *La Organización Internacional del Trabajo*, Astrea, Buenos Aires, 1990.