

EL FALLO DE LA CORTE SUPREMA EN EL CASO “ATE”: UNA FUERTE REAFIRMACIÓN DE LA LIBERTAD SINDICAL*

por Carlos Alberto ETALA

I. Introducción. En el prólogo a la 2ª. edición de nuestra obra “Derecho colectivo del trabajo”, escrito a principios del año 2007, decíamos que “La Corte Suprema de Justicia de la Nación, que en el curso del lapso transcurrido [desde la 1ª. edición, 2001] ha emitido fallos trascendentes en materia de topes indemnizatorios por despido y reparación de daños emergentes de accidentes del trabajo, con cita de documentos internacionales, no ha generado pronunciamientos de similar relevancia vinculados con cuestiones de derecho colectivo del trabajo”¹. Bien, ahora estamos en presencia de este fallo trascendente cuya ausencia señalábamos en esa ocasión.

La indicación precedente la habíamos formulado como derivación del interrogante planteado acerca de los efectos que habría de producir en el efectivo ordenamiento jurídico nacional en materia de derecho colectivo del trabajo las importantes modificaciones introducidas por la Reforma Constitucional de 1994 en lo relativo a las fuentes del derecho en general. Como es conocido, el nuevo texto reformado de nuestra carta fundamental ha elevado a la jerarquía constitucional a diversas declaraciones, pactos y convenciones internacionales que contienen normas de derecho colectivo del trabajo y ha erigido a los tratados con las organizaciones internacionales en fuente con jerarquía superior a las leyes.

Destacábamos, en aquella oportunidad, la particular relevancia que adquirirían las normas del convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, que, en virtud de la mención que de él efectuaban tanto el art. 8.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales como el art. 22.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, había sido ubicado en la misma jerarquía constitucional, en virtud de lo dispuesto por el art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional. Igualmente, poníamos de resalto que otros convenios de la OIT ratificados por la República Argentina, como el convenio 98, sobre el derecho de sindicación y negociación colectiva, el 151 sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, y el 154 sobre el fomento de la negociación de la negociación colectiva, habían sido promovidos a una jerarquía superior a las leyes comunes.

Tales circunstancias nos hacían plantear conjeturas acerca del grado de profundidad de las transformaciones que tales innovaciones normativas habrían de producir en el ordenamiento jurídico vigente, entendido éste, fundamentalmente, como el modo en que los órganos administrativos y judiciales interpretan y aplican efectivamente las normas. En particular, era un significativo interrogante el suscitado acerca de si las aludidas transformaciones eran susceptibles de constituir algún grado de amenaza al asombroso espíritu de sobrevivencia que a lo largo de los años transcurridos

¹ ETALA, Carlos Alberto, “Derecho colectivo del trabajo”, Editorial Astrea, 2ª. edición, Buenos Aires, 2007.

desde el comienzo de la etapa que hemos denominado del “reconocimiento legal o institucionalización”, había revelado el llamado “modelo sindical argentino”.

Ante el dictado del fallo de la Corte Suprema en la causa “Asociación Trabajadores del Estado c/Ministerio de Trabajo s/Ley de Asociaciones Sindicales”, emitido el 11 de noviembre de 2008, algunos interrogantes comienzan a tener respuestas, crecen algunas dudas y se suscitan diversas conjeturas acerca de la evolución futura.

II. La Ley de Asociaciones Sindicales n° 23.551 y las normas internacionales del trabajo. En un estudio dedicado a confrontar las disposiciones de nuestra ley sindical con las normas internacionales del trabajo y, en especial, con el Convenio 87 de la O.I.T., sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948, habíamos pasado revista a las inconsistencias que a juicio de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la O.I.T., se suscitaban entre ambos ordenamientos normativos².

Antes de entrar de lleno en el análisis concreto de estas inconsistencias, es conveniente dedicar unos párrafos previos a la cuestión acerca del alcance de la interpretación de los Convenios de la O.I.T. sobre esta materia.

III. La interpretación de los Convenios de la O.I.T. En un estudio dedicado específicamente a este tema³ hemos llegado a conclusiones que resultan relevantes a los efectos de la cuestión que ocupa; son las siguientes: 1º) La interpretación de los Convenios de la O.I.T. debe ser unívoca, puesto que resultaría incongruente que cada Estado miembro interpretara unilateralmente un instrumento que ha sido ratificado por todos y cuya vigilancia en su aplicación efectiva ha sido confiada a la organización internacional. No podría haber tampoco una interpretación dual, una válida para el ámbito interno y otra para el internacional porque de esta forma se estarían frustrando los fines comunes propuestos al integrarse cada país como miembro de la Organización internacional; 2º) Los Estados miembros han acatado pacíficamente la interpretación que de las normas han efectuado los principales órganos de control de la O.I.T., estos son, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones y el Comité de Libertad Sindical. En todo caso, siempre queda a salvo el derecho del país disconforme con la interpretación de un convenio formulada por un determinado órgano, para pedir al Consejo de Administración de la O.I.T. que someta la cuestión a la decisión de la Corte Internacional de Justicia, tal como lo prescribe el art. 37, párrafo 1, de la Constitución de la O.I.T.⁴ Por consiguiente, mientras la Corte Internacional de Justicia no contradiga los puntos de vista de los órganos de

² “La ley de asociaciones sindicales n° 23.551 y las normas de la Organización Internacional del Trabajo”, en “Estudios de derecho individual y colectivo del trabajo y la seguridad social”, Colegio de Abogados de San Isidro, Instituto de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, coordinador: Dr. Osvaldo A. MADDALONI, San Isidro, setiembre de 2004.

³ “Los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo y su interpretación”, La Ley 2001-F-1466 y D.T. 2002-A-677.

⁴ Este procedimiento de interpretación fue invocado una sola vez, en 1932, cuando la Corte Internacional de Justicia fue llamada a dar una interpretación del convenio sobre el trabajo nocturno de las mujeres, 1919, y desde entonces, no ha vuelto a ser utilizado; V. VALTICOS, Nicolás, “Derecho internacional del trabajo”, Editorial Tecnos, Madrid, 1977, págs. 149 y 196.

control, éstos deben ser considerados válidos y reconocidos, tanto en el plano internacional como interno.

IV. Las observaciones a la ley sindical de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la O.I.T. Inmediatamente después de su sanción en 1988, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la O.I.T. ha formulado observaciones a la Ley de Asociaciones Sindicales Nº 23.551, analizando su compatibilidad con las normas del Convenio 87, sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948.

Pasaremos revista a los comentarios y las observaciones realizadas por el órgano de control del organismo internacional con relación a cada uno de los aspectos más importantes de la ley sindical de acuerdo al Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones preparado para la 87ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo de Ginebra, 1999.

V. La cuestión de la personería gremial. Como es sabido nuestra ley vigente distingue entre las asociaciones sindicales con personería gremial y las asociaciones sindicales simplemente inscriptas. El núcleo de la distinción entre la asociación sindical de trabajadores simplemente inscripta y la asociación sindical con personería gremial reside en que ésta última es considerada la más representativa en su ámbito territorial y personal de actuación, en virtud de contar con el mayor número promedio de afiliados cotizantes, lo que le permite obtener la “*personería gremial*” otorgada por la autoridad de aplicación, es decir, el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social.

La obtención de la “*personería gremial*” otorga a la respectiva asociación una serie de “*derechos exclusivos*” frente a la simplemente inscripta, entre ellos la capacidad de representar ante el Estado y los empleadores los intereses individuales y colectivos de los trabajadores de su actividad, profesión, oficio o categoría (según el tipo de organización elegido) y no sólo de sus afiliados, intervenir en las negociaciones colectivas con los empleadores y administrar sus obras sociales, derechos de los que carecen las simplemente inscriptas con lo que éstas últimas ven sensiblemente disminuidas sus posibilidades de acción.

Es evidente que el sistema legal al distinguir entre estas dos clases de asociaciones, unas simplemente inscriptas y otras con personería gremial, no armoniza con el régimen constitucional consagrado por la Reforma Constitucional de 1957 que estableció la “*organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial*”. La inconsistencia entre la norma constitucional y sus sucesivas reglamentaciones legales tiene una explicación de origen histórico-político puesto que la Convención Nacional Constituyente de 1957 sesionó sin la representación del peronismo –que se encontraba en esos momentos proscripto electoralmente- y este movimiento político –especialmente en su rama sindical- siempre reivindicó las líneas fundamentales del llamado “modelo sindical argentino”, inspirado por Juan D. PERÓN y construido sobre la base de los rasgos generales del decreto 23.852/45 que se reiteraron en prácticamente todas las regulaciones legales posteriores.

Los convencionales constituyentes de 1957 tuvieron, en cambio, *in mente*, el modelo sindical europeo, del cual es elocuente muestra el art. 39 de la Constitución italiana que textualmente dice: “La organización sindical es libre. No puede imponerse a los sindicatos otra obligación que la de su registro ante la oficina local o central, según las normas legales. Es condición para la registración que los estatutos de los sindicatos sancionen un ordenamiento interno de base democrática. Los sindicatos registrados tienen personalidad jurídica. Pueden representar unitariamente en proporción a sus afiliados, estipular contratos colectivos de trabajo con eficacia obligatoria para todos los que pertenezcan a las categorías a las cuales el contrato se refiere”⁵.

Por el contrario, el modelo legal argentino, si bien no impone el “monopolio sindical”, -como a veces se ha afirmado erróneamente-, porque no instaura el sindicato único ya que la sola existencia de asociaciones sindicales simplemente inscriptas que puedan llegar a arrebatarse la personería gremial al sindicato que la detentaba si logran ser más representativas (por tener más afiliados cotizantes) que el sindicato superado, revela que éste no es el modelo legal sino más bien el que se ha denominado de “unidad promocionada”, en el que la unidad no está legalmente impuesta pero se encuentra enérgicamente estimulada por la reglamentación legal⁶.

La Comisión de Expertos de la O.I.T., en su informe de 1999 en el que cuestiona la ley 23.551, ha dejado en claro que ese cuerpo “no se ha opuesto a que existan organizaciones sindicales más representativas, denominadas “con personería gremial”, ni tampoco a que estas organizaciones, por su carácter de ser las más representativas, gocen de ciertos privilegios”. La Comisión no critica esas disposiciones “sino los requisitos para obtener la personería gremial y los privilegios de que gozan las organizaciones que poseen dicha personalidad”. La Comisión señala que “la determinación de la organización más representativa debería basarse en criterios objetivos, establecidos de antemano y precisos, con el fin de evitar toda decisión parcial o abusiva. Además las ventajas deberían limitarse de manera general al otorgamiento de ciertos derechos preferenciales tales como la negociación colectiva, la consulta por las autoridades o la designación de los delegados ante los organismos internacionales”⁷.

A diferencia de las asociaciones sindicales con personería gremial, para las simplemente inscriptas no rige la obligación para los empleadores de actuar como agentes de retención de las cuotas de afiliación que deban abonar los asociados (art. 38, ley 23.551). La Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la O.I.T. ha observado que este privilegio

⁵ En el mismo sentido se manifiesta el derecho constitucional y legal francés. El Preámbulo de la Constitución de 1946 expresa: “Toda persona puede...adherir al sindicato de su elección”. RIVERO y SAVATIER, extraen de esta disposición constitucional dos consecuencias fundamentales para el sindicalismo francés: el pluralismo sindical y el carácter facultativo del sindicalismo. La posibilidad de elección exige la pluralidad. A este sistema se opone el de la “unidad sindical”: un solo sindicato por profesión; RIVERO, Jean – SAVATIER, Jean, “Droit du travail”, Presses Universitaires de France, Paris, 1991, pág. 117.

⁶ ETALA, Carlos Alberto, “Derecho colectivo del trabajo”, Editorial Astrea, 2ª. edición, pág. 123.

⁷ O.I.T., “Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones – Informe general y observaciones acerca de ciertos países-”, Conferencia Internacional del Trabajo, 87ª. reunión, Ginebra, 1999, págs. 217 y 218.

otorgado a favor de las asociaciones con personería gremial, junto con otros previstos en la ley, puede influir indebidamente en la elección por los trabajadores de la organización a la que desean afiliarse, lo que pondría en pugna a la ley con las disposiciones del Convenio 87⁸.

VI. El desplazamiento de personería gremial. El primer párrafo del art. 28 de la ley 23.551, prescribe: “En caso de que existiera una asociación sindical de trabajadores con personería gremial, sólo podrá concederse igual personería a otra asociación, para actuar en la misma zona y actividad o categoría, en tanto que la cantidad de afiliados de la peticionante, durante un período continuado de seis (6) meses anteriores a su presentación, fuere considerablemente superior a la de la asociación con personería preexistente”.

Este párrafo del artículo transcrito regula el procedimiento de desplazamiento de personería gremial en que una asociación sindical de trabajadores simplemente inscrita pretende arrebatar la personería gremial a otra asociación que la detenta y ambas asociaciones tienen idéntico ámbito de actuación personal y territorial.

En este caso, la asociación sindical peticionante que pretende desplazar a otra en el goce de la personería gremial, debe acreditar que la cantidad de afiliados cotizantes, durante el período referido de seis meses anteriores a la presentación, es no sólo superior, sino “*considerablemente superior*” a la de la asociación sindical con personería preexistente. El art. 21 del decreto 467/88, reglamentando esta exigencia, impone que “la asociación que pretenda la personería gremial deberá superar a la que con anterioridad la posea como mínimo en el diez (10%) por ciento de sus afiliados cotizantes”.

La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la O.I.T., en el mismo Informe ya citado, ha observado esta exigencia legal por considerarla en pugna con las normas del Convenio 87. La Comisión expresó al respecto: “La Comisión estima que la exigencia de contar con un porcentaje “*considerablemente superior*” constituye una dificultad en la práctica para que las asociaciones sindicales meramente inscritas puedan obtener la personería gremial. En tales circunstancias, la Comisión insiste en que el Gobierno tome medidas necesarias para eliminar el requisito de “*considerablemente superior*”. Sobre todo si se toma en cuenta el requisito previsto en el artículo 25, inciso b) de la ley, que exige a las organizaciones sindicales que pretendan obtener la personería gremial que afilien a más del 20 por ciento de los trabajadores que intente representar”.

VII. La personería gremial de un sindicato de empresa. El art. 29 de la ley 23.551, expresa: “Sólo podrá otorgarse personería a un sindicato de empresa, cuando no opere en la zona de actuación y en la actividad o en la categoría una asociación sindical de primer grado o unión”.

Se trata de una disposición que privilegia de una manera indudable al tipo de organización sindical *vertical* o por actividad o industria y se traduce, en la práctica, en una imposibilidad efectiva de un sindicato de empresa para obtener la personería gremial⁹.

⁸ O.I.T., “Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones – Informe general y observaciones acerca de ciertos países”, Conferencia Internacional del Trabajo, 87^a. reunión, Ginebra, 1999.

⁹ ETALA, Carlos Alberto, “Derecho colectivo del trabajo”, 2^a. edición, pág. 138.

La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la O.I.T. ha observado esta exigencia legal por considerarla en pugna con las normas del Convenio 87. La Comisión expresó a este respecto: "...La Comisión...insiste en que las condiciones adicionales requeridas para la concesión de la personería gremial a los sindicatos de empresa...son excesivas y en la práctica impiden que estas organizaciones tengan acceso a la personería gremial, privilegiando a las organizaciones sindicales de actividad. En efecto, cuando exista un sindicato de actividad con personería gremial y represente a los trabajadores de ese ámbito, ningún sindicato de empresa...en ese ámbito podrá lograr el reconocimiento de la personería gremial, aunque haya demostrado, de conformidad con el artículo 28, ser el más representativo. Tomando en consideración además los numerosos privilegios que la legislación le otorga a las organizaciones sindicales con personería gremial, la Comisión insiste en que este tipo de disposiciones pueden en la práctica restringir el derecho de los trabajadores de constituir las organizaciones que estimen convenientes y afiliarse a la de su elección, y el derecho de la organización de realizar sus actividades sin injerencia del poder público"¹⁰.

Las observaciones formuladas por la Comisión de Expertos de la O.I.T. traducen una interpretación del art. 29 de la ley 23.551 que pone en pugna dicha disposición con el derecho de los trabajadores "*de constituer las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones*", que garantiza el artículo 2 del Convenio N° 87, ello en tanto el mencionado artículo de la ley sindical impide en los hechos la constitución y funcionamiento de sindicatos de empresa. Las razones expuestas ponen de manifiesto que el citado art. 29 de la ley 23.551 debe considerarse inconstitucional por vulnerar el art. 14 bis C.N. que garantiza una "*organización sindical libre*", los mencionados artículos del Convenio N° 87 y el artículo 8.3. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y artículo 22.3. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 75 inciso 22 C.N.)¹¹.

VIII. La personería gremial de un sindicato de oficio, profesión o categoría. El art. 30 de la ley 23.551, prescribe: "Cuando la asociación sindical de trabajadores con personería gremial invista la forma de unión, asociación o sindicato de actividad y la peticionante hubiera adoptado la forma de sindicato de oficio, profesión o categoría, la personería podrá concedérsele si existieran intereses sindicales diferenciados como para justificar una representación específica y se cumplieren los requisitos exigidos por el art. 25, siempre que la unión o sindicato preexistente no comprenda en su personería la representación de dichos trabajadores".

Se trata de otra disposición que –al igual que el art. 29- privilegia el tipo de organización sindical *vertical* o por actividad o industria y se traduce, en la práctica, en una imposibilidad efectiva también para un sindicato de oficio, profesión o categoría de obtener la personería gremial. Por otra parte, el

¹⁰ O.I.T., "Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones – Informe general y observaciones acerca de ciertos países", Conferencia Internacional del Trabajo, 87ª. reunión, Ginebra, 1999, pág. 218.

¹¹ ETALA, Carlos Alberto, "Derecho colectivo del trabajo", págs. 139 y 140.

requisito de la existencia “*de intereses sindicales diferenciados como para justificar una representación específica*”, sustrae a los trabajadores el derecho “de constituir las organizaciones que estimen convenientes” y pone en manos de la autoridad pública –por su interpretación subjetiva- el derecho a la existencia de organizaciones de trabajadores, en clara violación de los artículos 2 y 3.2. del Convenio 87 de la O.I.T.¹².

La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la O.I.T. ha formulado con relación al art. 30 de la ley 23.551 las mismas objeciones que respecto del art. 29 del mismo cuerpo legal. Ha estimado que las condiciones adicionales requeridas para la concesión de la personería gremial a los sindicatos de oficio, profesión o categoría son excesivas y en la práctica impiden que estas organizaciones tengan acceso a la personería gremial, puesto que la ley privilegia a las organizaciones sindicales de actividad. En efecto, cuando exista un sindicato de actividad con personería gremial y represente a los trabajadores de ese ámbito, ningún sindicato de oficio, profesión o categoría en ese ámbito podrá lograr el reconocimiento de la personería gremial, aunque haya demostrado, de conformidad con el artículo 28, ser el más representativo. La Comisión, además puso de resalto, que tomando en consideración los numerosos privilegios que la legislación le otorga a las organizaciones sindicales con personería gremial, arribó a la conclusión que este tipo de disposiciones pueden en la práctica restringir el derecho de los trabajadores de constituir las organizaciones que estimen convenientes y afiliarse a la de su elección, y el derecho de la organización de realizar sus actividades sin injerencia del poder público”¹³.

Las consideraciones vertidas respecto de la inconstitucionalidad del art. 29 de la ley 23.551, pueden hacerse extensivas al artículo 30, ya que esta disposición se manifiesta en pugna con el derecho de los trabajadores “*de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones*”, y la prohibición a las autoridades públicas de toda intervención que tienda a limitar ese derecho o a entorpecer su ejercicio legal, que garantizan los artículos 2 y 3.2. del Convenio N° 87, puesto que el citado artículo de la ley sindical impide en los hechos la constitución y funcionamiento de sindicatos de oficio, profesión o categoría. Estas consideraciones ponen en evidencia que el mencionado art. 30 de la ley 23.551 debe considerarse inconstitucional por vulnerar el art. 14 bis C.N. que garantiza una “*organización sindical libre*” y los mencionados artículos del Convenio N° 87 y de los Pactos Internacionales anteriormente citados.

IX. Derechos exclusivos de la asociación sindical con personería gremial. La ley sindical concede a las asociaciones sindicales con personería gremial “*derechos exclusivos*” que constituyen prerrogativas de las que carecen las asociaciones sindicales simplemente inscriptas.

La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la O.I.T. ha efectuado también comentarios respecto de la normativa de la ley 23.551 en lo relativo a los privilegios de que gozan las

¹² ETALA, Carlos Alberto, “Derecho colectivo del trabajo”, pág. 141.

¹³ O.I.T., “Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones – Informe general y observaciones acerca de ciertos países”, Conferencia Internacional del Trabajo, 87ª. reunión, Ginebra, 1999, pág. 218.

asociaciones sindicales con personería gremial. Como lo señalamos más arriba, la Comisión no se ha opuesto a que existan organizaciones sindicales más representativas, denominadas “con personería gremial”, ni tampoco a que estas organizaciones, por su carácter de ser las más representativas, gocen de ciertos privilegios. Precisamente, consciente de que la multiplicidad excesiva de las organizaciones sindicales puede debilitar el movimiento sindical y menoscabar los intereses de los trabajadores, la Comisión siempre ha considerado que el reconocimiento de los sindicatos más representativos por la legislación no es en sí contrario al principio de la libertad sindical, siempre que se respeten ciertas condiciones. Por tal razón, la Comisión señaló que la determinación de la organización más representativa debería basarse en criterios objetivos, establecidos de antemano y precisos, con el fin de evitar toda decisión parcial o abusiva. Agregó además, que las ventajas deberían limitarse de manera general al otorgamiento de ciertos derechos preferenciales tales como la negociación colectiva, la consulta por las autoridades o la designación de los delegados ante los organismos internacionales”¹⁴.

Este comentario general de la Comisión de Expertos de la O.I.T. nos permite entrar a considerar en particular los “derechos exclusivos” que nuestra legislación ha concedido a las asociaciones sindicales con personería gremial y confrontarlos con las observaciones que, de manera específica, ha efectuado la mencionada Comisión para juzgar su compatibilidad con el Convenio 87 de la O.I.T.

Aunque los “derechos exclusivos” de las asociaciones sindicales con personería gremial están principalmente enumerados en el art. 31 de la ley 23.551, existen otras disposiciones complementarias que otorgan otros no mencionados en esta norma y que también deben ser objeto de comentario.

El art. 31 de la ley 23.551, comienza diciendo: “Son derechos exclusivos de la asociación sindical con personería gremial:”, luego de lo cual los enumera en seis incisos, algunos de los cuales -que resultan relevantes a nuestros propósitos- analizaremos a continuación.

El inciso a) expresa: “Defender y representar ante el Estado y los empleadores los intereses individuales y colectivos de los trabajadores”. A diferencia de las asociaciones sindicales simplemente inscriptas que únicamente pueden representar los “intereses individuales de sus afiliados” (art. 23, inciso a, ley 23.551) y los intereses colectivos sólo “cuando no hubiere en la misma actividad o categoría asociación con personería gremial” (art. 23, inciso b, ley citada), la asociación sindical con personería gremial está legitimada legalmente para representar tanto los intereses “individuales” como “colectivos” y de los “trabajadores”, es decir, tanto de los afiliados como los de los no afiliados.

La Comisión de Expertos de la O.I.T. ha cuestionado este privilegio a favor de las asociaciones con personería gremial poniendo de manifiesto que lo es “en perjuicio de las organizaciones simplemente inscriptas, las que solamente

¹⁴ O.I.T., “Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones – Informe general y observaciones acerca de ciertos países”, Conferencia Internacional del Trabajo, 87ª. reunión, Ginebra, 1999, pág. 218.

pueden representar, a petición de parte, los intereses individuales de sus afiliados, a tenor del artículo 23 de la ley”¹⁵.

El inciso c) del mismo art. 31 de la ley 23.551 habilita a las asociaciones sindicales con personería gremial para “Intervenir en negociaciones colectivas y vigilar el cumplimiento de la normativa laboral y de la seguridad social;”. Esta norma, en cuanto reserva la facultad de “*concertar convenios colectivos de trabajo*” (art. 14 bis C.N.) a los sindicatos con personería gremial es concordante con el art. 1° de la ley 14.250 (t.o. 2004) de convenciones colectivas de trabajo.

Cabe recordar -como ya se señalara anteriormente- que la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la O.I.T. no se ha opuesto a que existan organizaciones sindicales más representativas, denominadas “con personería gremial”, ni tampoco a que estas organizaciones, por su carácter de ser las más representativas, gocen de ciertos privilegios. Entre los derechos preferenciales que la Comisión considera compatibles con el Convenio 87 de la O.I.T. figura precisamente el de negociación colectiva¹⁶.

De lo expuesto precedentemente, es posible concluir que este inciso c) del art. 31 de la ley 23.551 y el ya citado artículo 1° de la ley 14.250 (t.o. 2004), en tanto reservan la capacidad de concertar convenios colectivos de trabajo con la eficacia obligatoria prevista en el art. 4° de la misma ley 14.250, sólo a las asociaciones sindicales de trabajadores con personería gremial, constituyen una reglamentación razonable del art. 14 bis en tanto garantiza una “*organización sindical libre*” y el derecho de “*concertar convenios colectivos de trabajo*” y no vulneran disposición alguna de los Convenios 87 y 98 de la O.I.T.¹⁷

X. La retención de cuotas sindicales. El art. 38, párrafo primero, de la ley sindical determina que “los empleadores estarán obligados a actuar como “agentes de retención” de los importes que, en concepto de cuotas de afiliación u otros aportes deban tributar los trabajadores a las asociaciones sindicales de trabajadores con personería gremial”.

Debemos recordar, a este respecto, que la Comisión de Expertos en Aplicación y Convenios de la O.I.T., ha enunciado a varios privilegios de los otorgados por la ley *diferentes de la negociación colectiva*, entre los que ha enumerado especialmente la retención en nómina de las cuotas sindicales (art. 38), como privilegios que pueden influir indebidamente en la elección por los trabajadores de la organización a la que desean afiliarse y, por consiguiente, en pugna con las normas del Convenio 87 de la O.I.T.

XI. Las exenciones tributarias. El art. 39 de la ley sindical determina que los actos y bienes de las asociaciones sindicales con personería gremial (no de las simplemente inscriptas) destinados al ejercicio específico de sus funciones propias, están exentos de toda tasa, gravamen, contribución o

¹⁵ O.I.T., “Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones – Informe general y observaciones acerca de ciertos países”, Conferencia Internacional del Trabajo, 87ª. reunión, Ginebra, 1999, pág. 219.

¹⁶ O.I.T., “Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones – Informe general y observaciones acerca de ciertos países”, Conferencia Internacional del Trabajo, 87ª. reunión, Ginebra, 1999, págs. 217 y 218.

¹⁷ ETALA, Carlos Alberto, “Derecho colectivo del trabajo”, Editorial Astrea, 2ª. edición, Buenos Aires, 2007, págs. 144 y 145.

impuesto. La exención es automática y por la sola obtención de la personería gremial.

La Comisión de Expertos en Aplicación y Convenios de la O.I.T., ha enunciado incluido a la exención de impuestos (art. 39) como otro de los varios privilegios de los otorgados por la ley *diferentes de la negociación colectiva*, como prerrogativas que pueden influir indebidamente en la elección por los trabajadores de la organización a la que desean afiliarse y, por consiguiente, en pugna con las normas del Convenio 87 de la O.I.T.

XII. Pertenencia de los representantes sindicales en la empresa a la asociación sindical con personería gremial. La cláusula constitucional del art. 14 bis alude genéricamente a los "representantes gremiales" como sujetos de la protección y estabilidad gremial garantizada, noción de tal amplitud que impone remitirse a la ley reglamentaria para delimitar cuáles son, en concreto, las personas protegidas.

La ley 23.551 otorga la protección constitucional exclusivamente a los trabajadores que ocupan cargos electivos o representativos en "asociaciones sindicales con personería gremial" (art. 48) y a los representantes sindicales en la empresa "elegidos de conformidad con lo establecido en el art. 41...", norma que requiere para ejercer esas funciones "estar afiliados a la respectiva asociación sindical con personería gremial" [inciso a)], aunque debe ser elegido en comicios por el voto de los trabajadores no sólo afiliados al sindicato sino también de los no afiliados.

La exigencia legal de pertenecer a una asociación sindical con personería gremial (art. 41, inciso a) y 48, ley 23.551) ha sido impugnada como inconstitucional por afectar la libertad sindical¹⁸, opinión que compartimos.

En su Informe la Comisión de Expertos expresó con relación a la cuestión que nos ocupa que "por lo que respecta a las disposiciones de la ley que otorgan a las organizaciones sindicales con personería gremial varios privilegios (la representación de intereses colectivos *diferentes de la negociación colectiva* (artículo 31), la retención en nómina de las cuotas sindicales (artículo 38), la exención de impuestos y gravámenes (artículo 39) y una protección especial a sus representantes (artículos 48 y 52), la Comisión insiste en que ese cúmulo de privilegios puede influir indebidamente en la elección por los trabajadores de la organización a la que desean afiliarse". Más adelante, el informe agrega: "...la Comisión comparte con el Comité de Libertad Sindical que tal distinción (entre organizaciones con personería gremial y simplemente inscriptas) no debería tener como consecuencia el privar a las organizaciones sindicales, que no hayan sido reconocidas como las más representativas, de los medios esenciales para fomentar y defender los intereses profesionales de sus miembros ni del derecho de organizar su gestión y su actividad y de formular su programa de acción, previstos en los artículos 3 y 10 del Convenio (véase "Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical", 1996, párrafo 309)".

Por último el referido Informe expresa: "La Comisión recuerda también que cuando la legislación confiere a los sindicatos reconocidos, que de hecho son los más representativos, ciertos privilegios relativos a la defensa de los

¹⁸ RODRIGUEZ MANCINI, Jorge, "Cuestiones constitucionales en la nueva ley sindical", DT, 1988-B-1213.

intereses profesionales en virtud de los cuales sólo ellos son capaces de ejercer útilmente, la concesión de tales privilegios no debe estar subordinada a condiciones de tal naturaleza que influya indebidamente en la elección de los trabajadores a la que desean afiliarse (véase informe de la Comisión de Expertos 1989, páginas 138 y 139).

En suma, de lo expuesto se concluye que la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la O.I.T. ha estimado que las disposiciones de la ley 23.551 que otorgan a las asociaciones sindicales con personería gremial privilegios que exceden de los de negociación colectiva, la consulta por las autoridades o la designación de los delegados ante los organismos internacionales¹⁹, entre los que ha señalado la protección especial a sus representantes (artículos 48 y 52 de la ley), tales privilegios pueden influir indebidamente en la elección por los trabajadores de la organización a la que desean afiliarse y, de ese modo, vulnerar el artículo 2 del Convenio 87 de la O.I.T. Como consecuencia de ello, las normas de los arts. 41, inc. a, 48 y 52 que privan de esa protección a los representantes gremiales de las asociaciones sindicales simplemente inscriptas devienen inconstitucionales por afectar la libertad sindical (art. 14 bis y 75 inc. 22 C.N., art. 2 del Convenio 87 de la O.I.T., art. 8.3. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y art. 22.3. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

XIII. Conclusiones. Como hemos demostrado en los apartados precedentes, varias de las disposiciones de nuestra vigente ley sindical N° 23.551 se encuentran en pugna con las respectivas normas del Convenio 87 de la O.I.T., según la interpretación que de ellas ha efectuado la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de ese organismo internacional, por lo que, alterada la jerarquía normativa (arts. 28, 31 y 75 inciso 22 C.N.), ella debe ser restablecida, bien legislativamente, bien judicialmente.

XIV. El núcleo del fallo de la Corte Suprema. Luego de haber desarrollado el contexto normativo necesario, integrado principalmente por el Convenio 87 de la O.I.T., los comentarios de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la O.I.T. y la Ley de Asociaciones Sindicales n° 23.551, analizaremos el núcleo del fallo de la Corte Suprema.

Ante todo debemos precisar las situaciones de hecho que brindaron el escenario para la controversia judicial.

La Dirección Nacional de Asociaciones Sindicales del Ministerio de Trabajo había hecho lugar a la impugnación formulada por la Unión del Personal Civil de las Fuerzas Armadas (PECIFA), declarando la invalidez de la convocatoria a elecciones de delegados del personal efectuada por la Asociación de Trabajadores del Estado (ATE) en el ámbito del Estado Mayor General del Ejército y el Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas. Contra esa decisión, ATE interpuso un recurso jerárquico que la Ministra de Trabajo, Empleo y Seguridad Social desestimó, en abril de 2003, con los siguientes fundamentos: a) que el art. 41, inciso a) de la ley 23.551 de asociaciones sindicales dispone que para ser delegado del personal se requiere "estar afiliado a la respectiva asociación sindical con personería

¹⁹ Tal como lo ha reconocido como principio para los sindicatos más representativos la propia Comisión de Expertos (V. "Libertad sindical y negociación colectiva", 1994, párrafo 97).

gremial y ser elegido en comicios convocados por ésta"; b) que la única asociación profesional con aptitud para "convocar, organizar y fiscalizar" las elecciones de delegados era aquella cuya personería gremial abarcaba al personal del ámbito en cuestión, y c) que tal asociación era PECIFA de acuerdo con una resolución de 1966. La Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo confirmó lo resuelto por la autoridad ministerial. Ello motivó el recurso extraordinario de ATE, cuya denegación originó la queja que dio lugar al fallo de la Corte Suprema.

Para arribar a la decisión final, la Corte Suprema esgrime sustancialmente las siguientes argumentaciones jurídicas:

1) El alto tribunal destaca el desarrollo progresivo de que ha sido objeto la regulación del *derecho de asociación*, ya previsto en la Constitución Nacional de 1853-1860 (art. 14), que reveló las dos inescindibles dimensiones que encerraba ese derecho: el *individual* y el *social*. Por el otro, advirtió la especificidad de la asociación en el campo de los sindicatos, dando lugar a la profundización de la llamada *libertad sindical*. De todo ello da cuenta, según el tribunal, la sucesión ininterrumpida de numerosos instrumentos internacionales que, desde 1994, tienen jerarquía constitucional (C.N., art. 75, inciso 22, segundo párrafo). Estos documentos son: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte destaca que se emplaza en medio de este decurso el art. 14 bis de la Constitución Nacional, introducido en 1957, que prevé la "*organización sindical libre y democrática*". Agrega a esta enumeración el art. 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cuyo inciso 3 lo califica el alto tribunal de "hito mayúsculo del historial antes reseñado", así como el art. 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que reproduce los mismos términos del instrumento antedicho. A estos documentos de jerarquía constitucional agrega la Corte el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador, 1988), de jerarquía suprallegal (Considerando 3°).

2) La Corte reproduce el contenido del Preámbulo de la Constitución de la O.I.T. que expresa el "reconocimiento del principio de libertad sindical" como requisito indispensable para "la paz y armonía universales", recordando que Argentina es miembro de la Organización internacional desde sus orígenes en 1919 (considerando 4°).

3) El tribunal afirma que la libertad de asociación sindical remite muy particularmente al mencionado Convenio N° 87 de la O.I.T. que, además de haber sido ratificado por la Argentina en 1960, ha sido hecho propio por dos tratados con jerarquía constitucional. La Corte se refiere explícitamente a la "nítida integración" del Convenio N° 87 al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 8.3. y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 22.3. En la parte final de este Considerando 5°, la Corte enuncia el contenido esencial del articulado del Convenio 87. Con todo, -afirma la Corte en el Considerando 6°- la sustancia de los principios a los que debe responder la reglamentación del derecho de asociación sindical, están contenidos con igual vigor en el art. 14 bis de la Constitución Nacional.

4) El alto tribunal, en el considerando 7° de su fallo, exalta el rol jugado por el art. 14 bis C.N. como “temprano continuador de los documentos internacionales que lo precedieron, al dar cabida a los impulsos del constitucionalismo social desplegados, a escala universal, en la primera mitad del siglo XX” (“*Aquino*” Fallos: 327:3753, 3770, 3788 y 3797 - 2004). Esta norma constitucional –afirma la Corte- “puso una precisa y definitoria impronta: “organización sindical libre y democrática”. La libertad, en el plano individual, enunciada a fin de que el trabajador sin ataduras disponga afiliarse, *desafiliarse o no afiliarse*²⁰ y, de ser lo primero, en la organización que escoja”. En suma, “la “afiliación libre y consciente”, que no puede verse herida con “supuestas razones de interés sindical y bien común” (*Outón*, Fallos: 267:215, 223 -1967). Y la libertad para los sindicatos, con el propósito de que puedan ser fundados y realizar sus actividades sin obstáculos o limitaciones del Estado, que reduzcan injustificadamente las funciones que les son propias: la promoción, ejercicio, defensa, fomento y protección de los intereses legítimos de orden sindical”. Y a continuación la Corte cita parte del debate habido en la Convención Nacional Constituyente: “Nosotros observó el convencional constituyente Becerra, en 1957 no hemos calificado la forma del sindicalismo, y no lo podemos calificar porque somos respetuosos del derecho de asociación y del derecho de los obreros. Deseamos *que los obreros agremiados libremente se den la forma sindical que mejor les parezca y que mejor crean que atiende a sus propios intereses*”²¹ (*Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente Año 1957*, Congreso de la Nación, Buenos Aires, 1958, t. II, p. 1356; v. asimismo, entre otras, las intervenciones de los convencionales Jaureguiberry y Peña, *ídem*, ps. 1222 y 1257, respectivamente). El reconocimiento de un sindicato “por la simple inscripción en un registro especial”, como también lo dispone el art. 14 bis, resulta un elemento reforzador de esta última finalidad (v., asimismo, la exposición del convencional Prat, *Diario de Sesiones*, cit., t. II, p. 1401)”.

5) En la última parte del Considerando 7°, la Corte destaca el significado de la “democracia sindical”. Afirma: “La democracia, a su turno, fue reconocida como prenda de convivencia, de apertura franca y amplia hacia *el pluralismo y la participación*,²² tanto para la persona que libremente se incorpora a una organización, cuanto para las relaciones entre todas y cada una de éstas en el concierto de los sindicatos que, no menos libremente, los trabajadores deseen formar. La democracia gremial es un “signo” expresamente consagrado por el art. 14 bis (*Albornoz c. Nación Argentina*, Fallos: 306:2060, 2064 - 1984; *Sindicato de Empleados de Comercio Capital Federal*, Fallos: 310:1707 - 1987)”. Agrega el tribunal: “El precepto constitucional, en consecuencia, manda que *el régimen jurídico que se establezca en la materia*,²³ antes que impedir o entorpecer, debe dejar en libertad las mentadas actividades y fuerzas asociativas, en aras de que puedan desarrollarse en plenitud, vale decir, sin mengua de la participación, y *del eventual pluralismo de sindicatos, que el*

²⁰ La bastardilla es nuestra.

²¹ La bastardilla es nuestra.

²² La bastardilla es nuestra.

²³ La bastardilla es nuestra.

*propio universo laboral quiera darse.*²⁴ Los términos "libre y democrática" que mienta el art. 14 bis, no por su especificidad y autonomía, dejan de ser recíprocamente complementarios". En seguida expresa la Corte: "El precepto constitucional, en consecuencia, manda que el régimen jurídico que se establezca en la materia, antes que impedir o entorpecer, debe dejar en libertad las mentadas actividades y fuerzas asociativas, en aras de que puedan desarrollarse en plenitud, vale decir, sin mengua de la participación, y del *eventual pluralismo de sindicatos, que el propio universo laboral quiera darse.*²⁵ Los términos "libre y democrática" que mienta el art. 14 bis, no por su especificidad y autonomía, dejan de ser recíprocamente complementarios".

6) Es en el considerando 8° en el que se concentran los fundamentos más sustanciosos del fallo del alto tribunal. En él, la Corte vincula "la interpretación del Convenio N° 87 y la labor de dos órganos de control internacional de la OIT". Se refiere, por un lado, al Comité de Libertad Sindical creado por el Consejo de Administración de la OIT en 1951, destinado al examen de las alegaciones relativas a la violación de la libertad sindical y, por el otro, a la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT que ejerce el control regular de la observancia por los Estados Miembros de las obligaciones derivadas de los convenios que han ratificado.

La Corte señala que "es de importancia puntualizar los criterios elaborados por dichos órganos, en particular, los concernientes a los llamados por éstos "sindicatos más representativos", condición que, en el ordenamiento nacional, es reconocida por la autoridad del trabajo mediante el otorgamiento de la personería gremial (ley 23.551, art. 25). Al efecto, en fecha reciente, la Comisión de Expertos ha "recordado" al Estado argentino, "que la mayor representatividad no debería implicar para el sindicato que la obtiene, privilegios que excedan de una prioridad en materia de representación en las negociaciones colectivas, en la consulta por las autoridades y en la designación de los delegados ante los organismos internacionales" (*Observación individual sobre el Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87), Argentina (ratificación: 1960), 2008*). El recordatorio, cabe acotar, alude a anteriores observaciones de la Comisión de análogo contenido que la antedicha (v. *Observación individual sobre el Convenio núm. 87, Libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948, Argentina (ratificación: 1960), 1999, punto 2, que reitera, vgr., las observaciones de 1998 y 1989*). Con ello, ciertamente, la Comisión no hacía más que persistir, a la letra, en los límites que ya había enunciado, con alcances generales, respecto de las legislaciones que, "*preocupadas por encontrar un justo equilibrio entre la imposición de la unidad sindical y la fragmentación de las organizaciones,*²⁶ consagran la noción de sindicatos más representativos y suelen conceder a éstos derechos y ventajas de alcance diverso" (*Libertad sindical y negociación colectiva, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Conferencia Internacional del Trabajo, 81° reunión, 1994, Informe III, Parte 4B, párr. 97*).

²⁴ La bastardilla es nuestra.

²⁵ La bastardilla es nuestra.

²⁶ La bastardilla es nuestra.

Agrega la Corte que “Más todavía, ya en 1989, al formular sus observaciones sobre la ley 23.551, la Comisión de Expertos advirtió que no parecía estar en conformidad con el Convenio N° 87 la disposición de aquélla, conforme a la cual, "las funciones de representante de los trabajadores en la empresa sólo pueden ser ejercidas por los miembros de [las] organizaciones que poseen la personería gremial", al paso que recordó: "cuando [...] el legislador confiere a los sindicatos reconocidos, que de hecho son los más representativos, ciertos privilegios relativos a la defensa de los intereses profesionales [...], la concesión de tales privilegios no debe estar subordinada a condiciones de tal naturaleza que influyese indebidamente en la elección por los trabajadores de la organización a la que desean afiliarse" (*Observación individual sobre el Convenio núm. 87, Libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948, Argentina (ratificación: 1960), 1989*)”.

Señala que “Estos criterios de la mentada Comisión resultan, indudablemente, del todo concordantes con los del Comité de Libertad Sindical: si bien a la luz de la discusión del proyecto de Convenio n° 87 y de la Constitución de la OIT (art. 5.3), "el simple hecho de que la legislación de un país establezca una distinción entre las organizaciones sindicales más representativas y las demás organizaciones sindicales no debería ser en sí criticable", es "necesario" que la distinción no tenga como consecuencia "conceder a las organizaciones más representativas [...] privilegios que excedan de una prioridad en materia de representación en las negociaciones colectivas, consultas con los gobiernos, o incluso en materia de designación de los delegados ante organismos internacionales". En otras palabras, la distinción no debería "privar a las organizaciones sindicales, que no hayan sido reconocidas como las más representativas, de los medios esenciales para defender los intereses profesionales de sus miembros, ni del derecho de organizar su gestión y su actividad y de formular su programa de acción, previsto por el Convenio núm. 87" (*Libertad sindical: Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, Ginebra, OIT, 4a. ed. revisada, 1996, párr. 309*)”.

La Corte igualmente destaca “que esta repercusión negativa también se proyecta, con pareja intensidad, en el plano individual, por cuanto las funciones limitadas que la legislación reconoce a determinadas categorías de sindicatos, podrían tener por efecto indirecto restringir la libertad de los trabajadores para adherirse a organizaciones de su elección. Así lo sostuvo el Comité de Libertad Sindical, por las siguientes razones: "de manera general, la posibilidad para un gobierno de conceder una ventaja a una organización determinada, o de retirársela para beneficiar a otra, entraña el riesgo, aunque no sea esa su intención, de acabar por favorecer o desfavorecer a un sindicato frente a otros, cometiendo un acto de discriminación. Es más, favoreciendo o desfavoreciendo a determinada organización frente a otras, los gobiernos pueden influir en la decisión de los trabajadores cuando elijan una organización para afiliarse, ya que es indudable que estos últimos se sentirán inclinados a afiliarse al sindicato más apto para servirlos, mientras que por motivos de orden profesional, confesional, político u otro, sus preferencias los hubieran llevado a afiliarse a otra organización. Ahora bien, la libertad de los interesados en la materia

constituye un derecho expresamente consagrado por el Convenio núm. 87" (*Libertad sindical: Recopilación...*, cit., párr. 303)".

Concluye finalmente la Corte en que "hay una "diferencia fundamental" entre el monopolio sindical "instituido o mantenido por la ley" directa o indirectamente, y el que "voluntaria y libremente" quieran establecer los trabajadores. El primero, cuando trasciende los límites señalados en este considerando, "está en contradicción con las normas expresas del Convenio N° 87", el cual, aun cuando "manifiestamente no apunta a imponer el pluralismo sindical", sí exige que éste "[sea] posible en todos los casos" (confr. *Libertad sindical y negociación colectiva*, cit., párr. 91)".

7) En el considerando 9° de su fallo la Corte llega a las conclusiones de su decisión: "Que se sigue de cuanto ha sido expresado, que el art. 41, inc. a) de la ley 23.551 viola el derecho a la libertad de asociación sindical amparado tanto por el art. 14 bis de la Constitución Nacional como por las normas de rai-gambre internacional de las que se ha hecho mérito, en la medida en que exige que los "delegados del personal" y los integrantes de "las comisiones internas y organismos similares" previstos en su art. 40, deban estar afiliados "a la respectiva asociación sindical con personería gremial y ser elegidos en comicios convocados por ésta". La Corte concluye que esta limitación afecta dicha libertad "de manera tan patente como injustificada, en sus dos vertientes. En primer lugar, la libertad de los trabajadores individualmente considerados que deseen postularse como candidatos, pues los constriñe, siquiera indirectamente, a adherirse a la asociación sindical con personería gremial, no obstante la existencia, en el ámbito, de otra simplemente inscripta. En segundo término, la libertad de estas últimas, al impedirles el despliegue de su actividad en uno de los aspectos y finalidades más elementales para el que fueron creadas. En tal sentido, para ambos órdenes, corresponde reiterar que el monopolio cuestionado en la presente causa atañe nada menos que a la elección de los delegados del personal, esto es, de los representantes que guardan con los intereses de sus representados, los trabajadores, el vínculo más estrecho y directo, puesto que ejercerán su representación en los lugares de labor, o en la sede de la empresa o del establecimiento al que estén afectados. La restricción excede, y con holgura, el acotado marco que podría justificar la dispensa de una facultad exclusiva a los gremios más representativos, del que ya se ha hecho referencia".

Agrega el alto tribunal que "Por lo demás, no se ha invocado, ni esta Corte lo advierte, la existencia de razón alguna que haga que la limitación impugnada resulte necesaria en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos. Antes bien, parece marchar en sentido opuesto a dichos intereses y, principalmente, a las necesidades de una sociedad del tipo indicado, la cual, si algo exige, es que el modelo que adoptó permee los vínculos asociativos, sobre todo aquellos que, como los sindicales, están llamados a coadyuvar, de manera notoria, en la promoción del "bienestar general".

En la parte resolutive de su decisión la Corte dispone "revocar la sentencia apelada en cuanto desconoció el derecho de ATE a intervenir en la celebración de los comicios de delegados del personal en el ámbito del Estado

Mayor General del Ejército y el Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas, con base en que, pese a comprender dicho ámbito de actividad, no gozaba en éste de personería gremial”.

XV. Comentarios finales sobre el fallo. Como se han tejido distintas interpretaciones de la sentencia del más alto tribunal de la Nación, hemos preferido transcribir párrafos enteros de la decisión para no desnaturalizar el significado de sus fundamentos.

Es sabido que la declaración judicial que ordena no aplicar una norma a un caso de modo alguno implica ni la nulidad ni la derogación de la norma repugnante a una disposición de grado superior porque ello significaría el ejercicio de funciones correspondientes a otros poderes del Estado. Simplemente, la Corte, al verificar que la norma jurídica que debería aplicarse al caso viola la Constitución Nacional, no la aplica en ese caso particular juzgado y en su lugar, ordena aplicar la norma jerárquicamente superior.

Tal es el caso decidido cuyo comentario hemos emprendido. Pero, esa conclusión no nos puede conducir a afirmar que el fallo de la Corte no ha de trascender –jurídica o socialmente- los límites del caso juzgado. Sería infantil despojar de significación al fallo dictado sólo porque tiene efectos jurídicos y procesales entre las partes. Basta para desmentir esta equivocada o interesada conclusión remitir a los importantes fundamentos de la sentencia emitida, basada en Declaraciones, Pactos y Convenios internacionales, todos con jerarquía constitucional, y específicamente en el Convenio 87 de la O.I.T., en la interpretación que de sus normas han efectuado los órganos de control de esa organización internacional, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones y el Comité de Libertad Sindical.

Es evidente, que el fallo tendrá indudables repercusiones laborales y sociales. La dimensión y proyección de ellas dependerá de la actitud que, de ahora en más, adopten los poderes públicos, especialmente el Congreso de la Nación, pero también el Poder Ejecutivo y los tribunales inferiores a la Corte Suprema. También será decisiva la conducta de los actores sociales, los trabajadores y empresarios individualmente considerados y las organizaciones de trabajadores y de empleadores.

Las posibles proyecciones jurídicas del fallo analizado las hemos considerado del modo más sintético posible en los apartados II a XIII de este comentario. Queda un tema pendiente que quisiéramos mencionar antes de finalizar esta nota. Es el que atañe a la postura que adopta la Corte con referencia a la que se ha llamado la “libertad sindical individual negativa”²⁷. El Convenio N° 87 de la O.I.T. no menciona la libertad negativa. Su artículo 2 prescribe que *“Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones...”*, pero nada dice sobre el derecho de no afiliarse o desafilarse.

Esta omisión tiene una explicación histórica derivada de la firme oposición sindical a la consagración en el Convenio de la libertad negativa de “no afiliarse” puesto que una inclusión de tal índole implicaba una virtual prohibición de las “cláusulas sindicales”, también llamadas de “seguridad o

²⁷ ETALA, Carlos Alberto, “Derecho colectivo del trabajo”, Editorial Astrea, 2ª. edición, Buenos Aires, 2007, pág. 80.

consolidación sindical”. Estas cláusulas, con diversos matices, constituyen prácticas usuales en numerosos países donde son generalmente pactadas en los convenios colectivos de trabajo. Son medidas impuestas por presión de los sindicatos destinadas a promover la afiliación sindical mediante la inclusión en los convenios colectivos de prohibiciones -directas o indirectas- dirigidas al empleador de contratar trabajadores no afiliados al sindicato pactante. La omisión del Convenio 87 dejó librada la cuestión a la práctica y la reglamentación nacionales²⁸.

Nuestra legislación garantiza expresamente la libertad individual negativa puesto que el art. 4° de la ley 23.551 garantiza como “*derechos sindicales*” de “*los trabajadores*”, junto al de afiliarse, el de “*no afiliarse o desafiliarse*”.

La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la O.I.T., comentando el referido artículo 2 del Convenio 87, dejó a la práctica y a la reglamentación de cada Estado la tarea de decidir si conviene garantizar a los trabajadores el derecho de no adherirse a una organización sindical o, al contrario, de autorizar y, en su caso, regular el uso de cláusulas y prácticas de seguridad sindical. En suma, frente al Convenio 87 es aceptable tanto la prohibición de las prácticas de seguridad sindical (cláusulas sindicales) a fin de garantizar la libertad negativa de asociación, como al contrario, la autorización y reglamentación de tales cláusulas o prácticas, que restringen o anulan dicha libertad negativa²⁹.

Queda en claro, entonces, que la Corte Suprema, al fundamentar su fallo no sólo en las Declaraciones, Pactos y Convenciones Internacionales y el Convenio 87 de la O.I.T. sino también en el art. 14 bis de la Constitución Nacional, que garantiza la “*organización sindical libre y democrática*”, ha ratificado en “*la práctica y la reglamentación nacionales*” el principio de libertad sindical individual negativa, vale decir, el derecho de los trabajadores de no afiliarse o desafiliarse a una asociación sindical, derecho que la Corte considera de jerarquía constitucional.

* Publicado en Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social (Abeledo-Perrot), 2008-B-2099.

²⁸ VALTICOS, Nicolás, “Derecho internacional del trabajo”, pág. 243, nota 13 y 250.

²⁹ VON POTOBSKY, Geraldo W. – BARTOLOMEI DE LA CRUZ, Héctor G., “La Organización internacional del Trabajo”, Editorial Astrea, pág. 251.