

# LA LLAMADA “REPRESENTACIÓN LEGAL INESPECÍFICA” Y LA ACCIÓN DE REINSTALACIÓN EN EL PUESTO DE TRABAJO

## THE SO-CALLED “UNOFFICIAL WORKERS REPRESENTATION” AND THE REINSTATEMENT SUIT

Lucas F. Tamagno\*

**Resumo:** O presente ensaio analisa a problemática da dispensa daquele trabalhador que, sem ocupar formalmente um cargo eletivo de dirigente sindical, exerce uma atividade de representação coletiva **de fato**, sujeitando-se, enquanto tal, a medidas de represália patronal. A jurisprudência laboral argentina tem admitido que estes empregados recebam a mesma proteção legal prevista para os dirigentes “oficiais”, em atenção, fundamentalmente, aos ditames contidos na Lei das associações ou entidades sindicais (Lei n. 23.551 de 1988) e na Lei de penalização de atos discriminatórios (Lei n. 23.592 de 1988).

**Palavras-chave:** Argentina. Direito sindical. Dirigente sindical. Representante dos trabalhadores. Demissão.

**Abstract:** This essay examines the question of dismissing an employee who, without occupying formally an elective post as an Union leader, in fact has an activity in collective representation, being subject, as such, to the employer harassment. Argentine labor law has admitted that these employees are entitled to receive the same legal protection provided for the official leaders, as required by the standards contained in the Law of Unions (Law 23.551, 1988) and in the Act for sanctioning discriminatory acts (Law 23.592, 1988).

**Keywords:** Argentina. Trade union rights. Trade union representative. Workers representation. Dismissal.

---

\*Advogado militante em Buenos Aires, especializado em direito do trabalho.

## 1 Introducción

En los últimos tiempos se ha planteado en los tribunales argentinos una serie de acciones persiguiendo la reinstalación de aquellos trabajadores que habían sido despedidos con motivo de haber desplegado una conducta orientada a defender un interés colectivo de los trabajadores pero sin estar designados como representantes sindicales en una elección formal (conforme prevé la ley de entidades sindicales).

Los motivos de esta nueva forma de petición encuentran su fundamento en la falta de representatividad que hoy demuestran los sindicatos tradicionales – también denominados corporativos – frente a las necesidades de los trabajadores, quienes no se sienten representados e impulsan nuevas comisiones internas, promovidas por delegados “de base”, es decir, trabajadores que sin representación formal son claramente individualizados por sus compañeros como representantes de sus intereses colectivos.

Ante estas situaciones, y previendo que muchos de estos dependientes comienzan a tener un “activismo legal no orgánico” es que las patronales optaron por proceder a despedirlos, adelantándose a una eventual presentación a elecciones y evitar además tener

un empleado que reclame y que además cuenta con una estabilidad especial.<sup>1</sup>

Frente a estos atropellos es que se han planteado diferentes acciones judiciales, tanto en el fuero laboral de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires como en las provincias, todas ellas con diversos resultados en los cuales la discusión se ha centrado en la figura de la reinstalación en el puesto del trabajador despedido.

## 2 Desarrollo

Hemos optado por otorgarle a este tipo de representantes de los trabajadores sin cargo formal o efectivo el nombre de **representación sindical inespecífica** como contraposición a la representación sindical formal. Este tipo de representación ha sido también denominada **representación sindical virtual**, o **actividad sindical relevante**, sin embargo entendemos que el nombre que se le otorgue no es más que una forma de denominarla e individualizarla, por lo que nos referiremos desde la primera de las formas.

Esta nota de **relevancia** que adquiere ese comportamiento sindical espontáneo puede ser analizada desde distintos puntos de vista, aunque todos con los mismos ejes sobre los que se plantean: **a)** como sinónimo de “notoriedad”,

---

<sup>1</sup>La ley argentina de entidades sindicales prevé un sistema de protección para el representante sindical elegido por sus pares en elecciones que agrava las indemnizaciones ante despidos motivados por cuestiones sindicales.

por la trascendencia que adquiere el despliegue de la conducta del trabajador dentro del ámbito de la empresa como representante de sus pares; **b)** como sinónimo de “importancia” de la actividad en la visión que de ella tiene la parte empleadora; **c)** por último analizar la noción de relevancia desde el punto de vista de la cantidad de actos que componen a esa actividad desplegada por el trabajador.

Este tipo de actividad sindical relevante ha adquirido importancia sobre todo en aquellas empresas que no cuentan con delegados internos, siendo el sindicato que los nuclea quien debe representarlos. Aunque, es claro, mal puede representarse a alguien cuando no se encuentran en el lugar donde se produce el objeto del reclamo.

Esta situación es la que se ha planteado en numerosas empresas en donde los trabajadores han optado por “sindicalizarse” bajo la estructura de una “comisión interna” representativa de sus derechos colectivos, siendo desconocida la misma en muchas ocasiones por los propios sindicatos que nuclean la actividad por ver peligrar su poder frente al surgimiento de nuevos frentes de representación.

La acción de reinstalación, que surge como necesaria ante el atropello que trabajadores representantes de pares han sufrido en represalia a su

conducta, se presenta como la única y verdadera indemnización que hoy se puede pretender en derecho laboral.

El concepto de indemnización refiere volver atrás un estado de cosas, restituyendo las mismas (cosas dañadas) al estado anterior al acto o hecho que las afectó o dañó. En materia de despido sin causa, la indemnización que se establece legalmente frente a la extinción intempestiva es una compensación en dinero producto del daño sufrido (art. 245 LCT), en materia de accidentes de trabajo y enfermedades derivadas del trabajo la indemnización que se establece lo es por intermedio de una compensación económica en respuesta a la incapacidad adquirida producto del menoscabo físico o psíquico sufrido en el trabajador por las tareas encomendadas.

En cambio, la restitución del trabajador a su puesto de trabajo, que por intermedio de la acción se persigue, se presenta como una verdadera indemnización pues, en aquellos casos en los que procede, no solo se le restituye el puesto de trabajo al obrero sino que además se le deben abonar todos los salarios que dejó de percibir desde la fecha del despido dispuesto hasta el momento de la restitución efectiva al puesto de trabajo.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha definido a la libertad sindical como a aquel conjunto armónico de convenios y recomendaciones que tienden a

garantizar la no discriminación en materia sindical. Y esta protección que la OIT propone en forma genérica a través de una de sus definiciones se encuentra consagrada legislativamente en el art. 1 del Convenio 98 en cuanto determina:

1. Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo. 2. Dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto: a) sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato a la de dejar de ser miembro de un sindicato; b) despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales [...]

Creemos que es justamente esta última frase la que permite sostener que la libertad sindical se encuentra protegida aún frente a aquellos supuestos en los cuales los trabajadores no se encuentren desarrollando actividades sindicales bajo el paraguas de protección de un cargo efectivo dentro de la organización sindical.

Asimismo, el Convenio 135 de la OIT ratifica esta posición en cuanto sostiene en su primer artículo que:

Los representantes de los trabajadores en la empresa deberán gozar de protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarlos, incluido el despido por razón de su condición de representantes de los trabajadores, de sus actividades como tales, de su afiliación al sindicato, o de su participación en la actividad sindical, siempre que sus representantes actúen conforme a las leyes, contratos colectivos u otros acuerdos comunes en vigor (el destacado nos pertenece).

En este sentido la ley de entidades sindicales de Argentina reconoce la protección sindical a través de su art. 47 al sostener que:

[...] **todo trabajador** o asociación sindical que fuere impedido u obstaculizado en el ejercicio regular de los derechos de libertad sindical garantizados por la presente ley, podrá recabar el amparo de estos derechos ante el tribunal judicial competente[...] a fin de que este disponga, si correspondiere, el cese inmediato del comportamiento antisindical (el destacado nos pertenece).

La simple mención de la expresión “todo trabajador” permite interpretar que el derecho a repeler cualquier ataque contra la actividad sindical no se encuentra restringida a la persona del dirigente gremial sino – justamente – a todo trabajador.

No ha sido casual que la norma haya incluido como sujetos protegidos a la asociación sindical y a los trabajadores, más aún cuando incluye el adjetivo cuantitativo “todo” como una clara forma de incluir a todo los trabajadores. De esta forma, el art. 47 de la LES se constituye como una herramienta eficaz para contrarrestar cualquier conducta antisindical que pudiera llevarse adelante.

No obstante, la Justicia Laboral de Argentina ha aportado elementos para poder solucionar este conflicto al ofrecer la alternativa, los cuales analizaremos en forma separada, a aquellos que aceptaron el reclamo y a aquellos que rechazaron la petición por

parte del trabajador activista sin representación efectiva y electiva.

### 3 El despido discriminatorio y su procedencia en la contemplación judicial

En los conflictos laborales actuales se han evidenciado reclamos que antes eran impensados conforme los criterios imperantes en ese entonces, es decir, en los surgimientos de un derecho positivo nacional específicamente regulador del derecho del trabajo – sin olvidar la existencia de principios basales y preexistentes a cualquier tipo de reconocimiento normativo.

Las contingencias procesales suscitadas en los diversos conflictos que han llegado a la Justicia Laboral determinan una variedad de situaciones que imponen su tratamiento en forma diferencial, más allá de las reseñas jurisprudenciales que más abajo desarrollaremos, y el análisis doctrinario que se realiza por parte de los magistrados en el ejercicio del poder jurisdiccional.

Así como la Constitución Nacional reconoce la igualdad de derechos y promueve la igualdad de oportunidades (arts. 14 bis, 15, 16, 20, 43 CN.), también lo hacen los Tratados Internacionales con rango constitucional (art. 75 Inc. 22 CN.) y diversos Convenios de

la Organización Internacional del Trabajo (entre otros, Conv. 19, 107, 111, 156).

En cuanto a la concreta posibilidad de imponer una reinstalación en el puesto en aplicación del art. 47 de la Ley n. 23.551, el Dr. Capón Filas<sup>2</sup> – en concordancia con lo que soliera manifestar el Dr. Vázquez Vialard<sup>3</sup> – sostiene que cualquier dependiente afectado por un comportamiento abusivo del empleador tiene el derecho a obtener el cese de la medida y, consecuentemente, su reposición en el cargo.

Frente a dicha postura, el Dr. Rodríguez Mancini manifiesta que dicho articulado no posee la capacidad de modificar la estructuración legal de nuestro ordenamiento jurídico, sin perjuicio del pago de la indemnización legalmente contemplada al dependiente desvinculado.<sup>4</sup>

Frente a lo expuesto, analizaremos en forma separada los fallos que han hecho lugar a la reinstalación en el puesto de trabajo y aquellos que denegaron tal acción.

#### 3.1 Postura jurisprudencial que avala la reinstalación en el puesto de trabajo

Introduciéndonos en lo que a los fallos jurisprudenciales respecta, y en particular a la con-

<sup>2</sup>CAPÓN FILAS, Rodolfo. **El nuevo derecho sindical argentino**. Editora Platense. p.137 y ss.

<sup>3</sup>VÁSQUEZ VIALARD, Antonio. **La estabilidad absoluta del trabajador víctima de una práctica antisindical**. en D.T. 1989.A, p.7 y LL-15.09.1988.

<sup>4</sup>RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge. **Acción de tutela por conductas antisindicales**. *Rev.Trabajo y Seg.Social*, 1992.

creta recepción que ha tenido la postura que contempla la posibilidad de reinstalar al trabajador en su puesto de trabajo nos interesa poner de resalto lo dispuesto en autos **Balaguer Catalina Teresa c/ PEPISCO de Argentina SRL s/ juicio sumarísimo**<sup>5</sup> donde se alegaba un despido discriminatorio dispuesto como “consecuencia” de la actividad sindical que llevaba a cabo la actora, y su vinculación afectiva y familiar con un delegado gremial. El Dr. Fernández Madrid señaló en uno de los votos que conformaron la sentencia que el acto discriminatorio está prohibido por la Constitución Nacional (arts. 14 bis y 16), por diversas cláusulas de tratados internacionales con jerarquía constitucional y por la Ley n. 23.592, razón por la cual, además de resultar nulo (arts. 1044 CC.) produce los efectos de un acto ilícito (art. 1056 CC.), motivo por el cual es obvio que el perjuicio debe ser reparado, reponiendo las cosas al estado anterior al del acto lesivo (art. 1.083 CC.). Concluyó el magistrado que el régimen general que rige en materia de despido y que posibilita el despido sin causa con pago de una indemnización, “cede frente a las normas de rango superior o igual (tal el caso de la Ley n. 23.592) que tutelan la dignidad del hombre”.

Si bien el Dr. De La Fuente, integrante de la Sala, compartió la conclusión de votación antes referenciada, discrepó en cuanto en-

tendió innecesario remitirse a la normativa general sobre discriminación (Ley n. 23.592) existiendo la norma específica, es decir, la Ley n. 23.551 que rige el ámbito y actuación de las entidades sindicales, que castiga la conducta antisindical, en especial los ilícitos laborales previstos en los incs. e) (adoptar represalias contra los trabajadores por su actividad sindical) y j) (practicar trato discriminatorio) del art. 53 de la Ley n. 23.551.

Por su parte, la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo resolvió en los autos **Parra Vera Máxima c/ San Timoteo SA s/ acción de amparo**<sup>6</sup>, que debía declararse la nulidad del despido dispuesto por la patronal, y condenar a la demandada a readmitir a la trabajadora en su puesto de trabajo, bajo apercibimiento de astreintes. Dicha conclusión resultó de la adhesión del Dr. Julio César Simón al voto preopinante del Dr. Oscar Zas. Este último desarrollando amplia, integral y acabadamente el tema en cuestión, señaló que en primer término resultaba pertinente la vía procesal utilizada por la actora en cuanto al uso del amparo, contemplado legislativamente en el art. 43 de nuestra Carta Magna, y tramitado por la vía sumarísima del CPCCN.

Continuó señalando que no resulta real aquello que cuando se pretende nulificar un despido considerado discriminatorio, se re-

<sup>5</sup>CNTrab, Sala VI, 10.03.2004.

<sup>6</sup>CNTrab., Sala V, 14.06.2006.

quiere la producción de una prueba muy convictiva y una apreciación muy exigente de los elementos acompañados (conforme el voto de la Dra. García Margalejo y el fiscal general ante la Cámara, Dr. Eduardo O. Álvarez). Ello debido a que precisamente la dificultad probatoria es nota tipificante de este tipo de casos, en los cuales se alega una discriminación - cuestión fáctica - que debe ser acreditada mas allá de su alegación. Para ello propone, y en base al carácter de derecho fundamental en juego el derecho (es decir, a no ser discriminado por motivos antisindicales), un “desplazamiento de las reglas tradicionales de distribución de la carga de la prueba.

Al respecto - señala el Dr. Zas en su voto - no puede pasarse por alto lo expuesto por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), al referirse al Convenio 111 sobre la Discriminación (empleo y ocupación) de 1958, (el cual fuera ratificado por la República Argentina) en cuanto se ha dicho que:

[...] Uno de los problemas de procedimiento más importantes que se plantean cuando una persona alega una discriminación en el empleo o la ocupación se refiere a que con frecuencia le corresponde la carga de la prueba del motivo discriminatorio subyacente al acto incriminado, lo que puede constituir un obstáculo insuperable a la reparación del perjuicio sufrido. Si bien a veces los elementos de prueba se pueden reunir sin demasiadas dificultades..., lo más frecuente

es que la discriminación sea una acción o una actividad más presunta que patente, y difícil de demostrar, sobre todo en los casos de discriminación indirecta o sistemática, y tanto más cuanto que la información y los archivos que podrían servir de elemento de prueba están la mayor parte de las veces en manos de la persona a la que se dirige el reproche de discriminación [...] La exigencia de que sea el autor de la discriminación el que aporte la prueba de que el motivo de la medida adoptada no guarda relación con la demanda constituye una protección suplementaria para la persona discriminada, pudiendo al mismo tiempo tener un efecto disuasivo [...]

En correlación con lo expuesto se sostuvo que:

Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales (cfr. arts. II y XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 7 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 2.1, 3 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 2 y 15 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; 2, 5 y 7 de la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial; 1, 8 y 24 de la Convención Americana sobre derechos humanos) y a la correlativa prohibición de discriminación.

Es decir que las “condiciones de desigualdad real” imponen necesariamente “reducir o eliminar los obstáculos y defi-

ciencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses". Estos criterios "deben servir de guía insoslayable para su interpretación y aplicación por los tribunales argentinos".

En lo que respecta a la solución del caso en concreto por la alzada, el Dr. Zas da por probado que la dependiente había ejercido derechos que la ley sindical le reconocía dentro del ámbito de la libertad sindical (art. 3 y art. 4º, inc. d) de la Ley n. 23.551). Dicho eso, bajo el análisis temporal y causal, se establece una conexión entre las conductas - de tinte sindical - desarrolladas por la parte trabajadora y el despido dispuesto por la patronal inmediatamente finalizada y archivada la actuación administrativa llevada adelante.

El conjunto de indicios<sup>7</sup> impone la contemplación de una ausencia de justificación por parte de la patronal en cuanto a la supuesta ajenidad del despido dispuesto en relación las motivaciones de naturaleza sindical que pudieron motivar el mismo.

Recordó el magistrado lo sostenido por el máximo Tribunal de la Nación en cuanto a la valoración y aplicación que debe hacerse de la

normativa internacional, en cuanto a que:

[...] el trabajador es sujeto de preferente atención constitucional no es conclusión sólo impuesta por el art. 14 bis, sino por el renovado ritmo universal que representa el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que cuenta con jerarquía constitucional a partir de la reforma constitucional de 1994 (Constitución Nacional, Art. 75, Inc. 22)<sup>8</sup>.

Señaló el Dr. Zas que:

El despido discriminatorio vulnera el derecho fundamental del trabajador a no ser discriminado arbitrariamente amparado por las normas de jerarquía constitucional y supralegal mencionadas y por el jus cogens, razón por la cual la garantía plena y eficaz de ese derecho es la nulidad del despido y la reincorporación al puesto de trabajo [...]

concluyendo que:

De no admitirse la invocación de la ley 23.592 por parte de un trabajador afectado por un despido discriminatorio, se estaría consagrando una discriminación jurídica inadmisibles.

A la vez que el trabajador:

[...] tiene el derecho a no ser discriminado arbitrariamente desde una doble dimensión: una tutela constitucional similar a los restantes habitantes de la Nación y una tutela constitucional laboral específica.

Por su parte, en otra causa de análogas características, **Arecco Maximiliano c/ Praxair Argentina SA s/ juicio sumarísimo**<sup>9</sup>, el Dr.

<sup>7</sup>En la especie, la contemporaneidad del despido con la finalización del trámite administrativo; el hecho de ser la única trabajadora afectada por la supuesta "reestructuración" entre más de 200 dependientes; la falta de prueba acerca de la menada "reestructuración", entre otros elementos de convicción.

<sup>8</sup>C.S.J.N., 14.09.2004, "Vizzoti, Carlos A. c/AMSA S.A. s/despido, considerando 10, Fallos: 327:3677.

<sup>9</sup>CNTrab., Sala V, 21.12.2006.

Simón manifestó inicialmente que:

[...] la protección laboral nace, precisamente, como un necesario límite a la libertad de contratación del empleador y, consecuentemente, de su derecho de propiedad. Esta necesidad responde, en el puntual aspecto que aquí nos incumbe, a otro mandato también de rango constitucional de no menor gradación que establece la protección contra el despido arbitrario (Art. 14 bis de la Constitución Nacional).

Seguidamente el Dr. Zas, señaló, dentro de un extenso análisis de los institutos en juego, los siguientes puntos referenciales:

a. el principio fundamental de igualdad y no discriminación forma parte del Jus Cogens<sup>10</sup>;

b. su vulneración por parte del empleador no sólo transgrede normas del orden jurídico nacional de jerarquía constitucional y supralegal, sino también normas imperativas de orden público internacional;

c. frente al despido discriminatorio por motivos antisindicales, el trabajador puede demandar la nulidad del despido y la readmisión al empleo, pues ese es el modo más idóneo y eficaz para garantizar in natura el contenido esencial del principio fundamental vulnerado;

d. de no admitirse la invocación de la Ley n. 23.592 por parte de un trabajador afectado por un despido discriminatorio, se estaría consagrando una discriminación jurídica inadmisibles. En la medida que todos los habitantes tienen el derecho fundamental a no ser discriminados arbitrariamente, es irrefutable que también los trabajadores asalariados gozan del mismo.

Asimismo, en autos **Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo**<sup>11</sup> se tuvo por acreditada la represalia patronal ejercida en base a la creación de una entidad sindical, disponiendo el despido consecuente de quienes habían intervenido en su constitución. En el decisorio se expresó que se había afectado el principio de no discriminación garantizado a nivel constitucional y supralegal. Específicamente la Dra. González – luego con la adhesión del Dr. Miguel Ángel Maza – consideró al despido operado como **ineficaz** “aún en el marco de un régimen que con carácter general regula un sistema de estabilidad relativa o impropia”; debido a la imposición de la prohibición que con carácter absoluto rige respecto de toda acción discriminatoria y,

<sup>10</sup>Las normas del jus cogens obligan a todos los Estados y a los nacionales de dichos países, tienen carácter erga omnes y pueden ser reclamadas por cualquier persona o Estado, aún al margen de cualquier vínculo convencional o ratificación (conf. Oscar Ermida Uriarte, La Declaración Sociolaboral del Mercosur y su eficacia jurídica, en **Eficacia jurídica de la Declaración Sociolaboral del Mercosur**, Trabajos de la Reunión Técnica celebrada en Buenos Aires los días 10 y 11 de diciembre de 2001, Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Oficina Internacional del Trabajo, Buenos Aires: 2002, p. 19/20).

<sup>11</sup>CNTrab., SALA II, 25.06.2007.

como tal, lesiva de la libertad y dignidad de la persona del trabajador. Sobre este particular precedente volveremos sobre el final del punto 3.3 del presente trabajo.

Estos pronunciamientos en forma dispar han hecho mención de la posibilidad de aplicación de la Ley n. 23.592 – ley antidiscriminación –, la cual resulta plenamente aplicable en el ámbito laboral y para el supuesto de extinción del vínculo, pues así lo manifiestan los tratados internacionales de jerarquía constitucional.

Siguiendo con el análisis de aquellos precedentes que aceptaron los reclamos efectuado por trabajadores que habían sido despedidos por su actividad sindical – más allá de la falta de representación formal – debemos destacar otro precedente de trascendencia. En autos **Cáceres, Orlando Nicolás c/Hipódromo Argentino de Palermo S.A. s/juicio sumarísimo**<sup>12</sup>, se reconoció legitimación al trabajador para requerir la declaración de invalidez del despido, por considerar que la conducta de la empleadora constituyó un acto nulo por objeto prohibido, su reinstalación en el puesto de trabajo y la reparación de los perjuicios causados, contemplando la existencia en la normativa laboral de un “vacío normativo” que habilita el ingreso supletorio del derecho común.

A mayor abundamiento, se sostuvo, tal cual ocurriera en autos **Parra Vera, Máxima c/San Timoteo S.A.**<sup>13</sup>, que bastaba con que el trabajador proporcionara un **cuadro indiciario** que permitiera sospechar la existencia de un acto discriminatorio para que se desplazara al empleador la carga de acreditar que el despido dispuesto obedeció a causas absolutamente extrañas a la vulneración de los derechos fundamentales. Ello haciendo aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas que obligan a probar a quien se encuentra en **mejor posición**, por lo que cabe asignar el *onus probandi* a la parte que se encuentra en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas, de probar un hecho<sup>14</sup>, es decir, como lo ha dicho la Corte Suprema, hacer “recaer en quien se halla en mejor situación de aportar los elementos tendientes a obtener la verdad objetiva el deber de hacerlo”<sup>15</sup>.

En referencia a lo dictaminado en autos **Camusso Marcelo Alberto c/ Banco de la Nación Argentina s/ juicio sumarísimo**<sup>16</sup>, la Dra. Porta (configurando mayoría con el Dr. Miguel Ángel Maza) sostuvo que la Ley n. 23.592 resulta aplicable a las relaciones laborales por garantizar enfáticamente a todos los habitantes de la Nación – en pie de igualdad – el pleno ejercicio

<sup>12</sup>CNTrab., Sala VIII, 30.11.2007.

<sup>13</sup>CNTrab., Sala V, 14.06.2006.

<sup>14</sup>Conf. Peyrano, Jorge W., “Doctrina de las cargas probatorias dinámicas”, LL, 1991-B, p.1034.

<sup>15</sup>Fallos 324:2689.

<sup>16</sup>CNTrab., Sala III, 29.07.2009.

de los derechos y garantías fundamentales reconocidos por la Constitución Nacional. De otro modo se vulnerarían garantías constitucionales y disposiciones de diversos tratados internacionales con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 C.N.), por negarle a los trabajadores dependientes derechos que asisten a los restantes habitantes de la Nación. En tal sentido recordó la magistrada que la exclusión del trabajador de la protección legal que se confiere al resto de los habitantes ha sido descalificada desde antaño por la Justicia Nacional del Trabajo al dictarse el Fallo Plenario n. 169, de fecha 26.10.1971, **Alegre, Cornelio c/Algodonera Argentina SA**<sup>17</sup>, y más recientemente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa **Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales SA**. En la causa referenciada “Camusso”, se manifestó que si la empleadora despidió con motivos discriminatorios al empleado no puede luego invocar la garantía de libertad de contratación, porque la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos pues los derechos que reconoce la Constitución Nacional no son absolutos, sino que están sujetos a las leyes que reglamentan su ejercicio (conf. art. 28 Constitución Argentina) y concretamente, la prohibición de no discriminar que establecen las normas precedentemente citadas constituyen un límite específico, e infranqueable, a la libertad de con-

tratar y a la libertad de organizar la empresa que tiene todo empleador.

En autos **Acosta Nydia Mabel c/ Galeno Argentina S.A. s/acción de amparo**<sup>18</sup>, la Sala interviniente confirmó el fallo de primera instancia en cuanto disponía la nulidad del despido y la reincorporación de la trabajadora. Se sostuvo como justificativo de la decisión adoptada que la tutela contra actos de discriminación gremial no alcanzan únicamente a los trabajadores tutelados por la Ley n. 23.551 como representantes orgánicos de asociaciones con personería gremial, incluso con valoración de la doctrina de la Corte Federal en el precedente **Rossi**<sup>19</sup> y lo plasmado en el art. 1º de la Ley n. 23.592, los cuales proclaman la invalidez a los actos de segregación cuya causa fin concierne a discriminaciones negativas basadas en motivos gremiales. Además se sostuvo en el mencionado precedente que:

[...] es intrascendente determinar en qué fecha nació a la vida jurídica la asociación que la actora contribuyó a conformar pues el plexo normativo antidiscriminatorio resguarda a la persona, para que ésta no sea excluida por el mero hecho de ejercer, en el ámbito laboral, la garantía constitucional de libertad sindical, tanto en sus facetas individuales como colectivas como positivas o negativas (Art.14 bis

<sup>17</sup>DT 1972, p. 24 y sigs.

<sup>18</sup>CNTrab., Sala VIII, 14.06.2010, con voto desarrollado por la Dra. Gabriela Alejandra Vazquez, con adhesión del Dr. Luis A.Catardo.

<sup>19</sup>Rossi Adriana María c/Estado Nacional - Armada Argentina – CSJN – 09.12.2009.-

CN y Convenio 87 OIT de rango constitucional).

Para finalmente señalar que:

La libertad de contratar, garantía que agita la accionada para controvertir lo decidido, como todo derecho subjetivo no es un derecho absoluto y por lo tanto debe ejercerse conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio (Art. 14 CN). Entre tales límites se encuentra el de no afectar la garantía de libertad sindical.

Así la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, a través de su sala 7ª, en autos **Navarro Farías, Agustín v. Nuestra Huella SA s/juicio sumarísimo**<sup>20</sup>, donde en primera instancia se había hecho lugar a la medida cautelar solicitada, ordenó a la demandada que reincorporase provisoriamente al actor en su puesto bajo apercibimiento de astreintes como forma de evitar el daño que tal segregación de su puesto de trabajo pudiera generar. En este sentido también se señaló que:

[...] la protección referida al accionar sindical no se restringe a aquellos trabajadores que ostentan cargos electivos sino que extiende su manto protectorio a cada uno de los afiliados y militantes

y que resulta:

[...] discriminatorio el despido de un trabajador que, si bien no revestía el carácter de delegado gremial, existían indicios de que fue despedido en virtud de la

actividad gremial que desempeñaba, toda vez que el demandado no ha logrado acreditar que el despido no obedeció a esa razón<sup>21</sup>.

Como observamos, el criterio de imponer la carga probatoria al demandado, a los fines de demostrar que el despido no obedeció a causas alegadas por el trabajador como de tinte discriminatorio - y su pertinente prueba al efecto -, campea actualmente en forma generalizada, por lo menos en la órbita de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo y ante la presencia de elementos que constituyan indicios que ameriten el razonamiento expuesto a fin de brindar al dependiente ciertas puertas de real acceso a la tutela judicial (continua y efectiva<sup>22</sup>), y a la conformación y permanencia de un verdadero sentido de justicia.

En este sentido, han sido por demás claros los fallos que, fundamentalmente, sostienen la necesidad de reincorporar al trabajador que, por su actividad **extrasindical**, ha sido despedido, convirtiéndose esta moderna postura de la doctrina judicial como un eje que dirige el rumbo de las relaciones laborales, dejando de lado lo formal - necesidad de una pertenencia a una estructura sindical - para no perder de vista lo sustancial, que es, nada menos que proteger

<sup>20</sup>Julio 16 de 2010, voto de la Dra. Ferreiros, adhesión del Dr. Rodríguez Brunengo  
<sup>21</sup>CNTrab., Sala VII, Hospital Británico de Buenos Aires c/Laurenzana, Héctor Leonardo s/consignación, 30.11.2008.

<sup>22</sup>Preámbulo "afianzar la justicia", art. 5 Constitución Nacional; y art. 15 Constitución de la Pcia. de Bs. As.

al trabajador que naturalmente formula sus reclamos en defensa suyo y principalmente del colectivo de trabajadores.

### **3.2 Postura jurisprudencial que rechaza la reinstalación en el puesto de trabajo**

Por su parte, y como contrapartida a lo expresado por la Justicia argentina en los precedentes mencionados en el punto anterior, cabe mencionar que se han dictado diversos fallos provenientes de distintos tribunales avalando el rechazo de la solicitud de reinstalación en el puesto de trabajo, por lo que seguidamente comentaremos algunos de ellos, intentando sintetizar o agrupar los fundamentos más relevantes para poder ver y analizar las diferentes posturas planteadas.

Como adelantábamos anteriormente se advierte que la mayor parte de los fallos que rechazan la pretensión de reinstalación, encuentran su fundamento en cuestiones de índole probatoria, así se podrá observar como patrón común en ellos la argumentación referente a la falta de acreditación del ejercicio de una actividad sindical por parte del trabajador reclamante.

La Sala 2 de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo tuvo oportunidad de intervenir en un caso<sup>23</sup> en donde el actor reclamaba la reinstalación al

considerar inválido el despido dispuesto por la empleadora demandada. Sostenía el trabajador en el fallo mencionado que había sido objeto de un despido discriminatorio en razón de su activa militancia en la lista opositora a la conducción de un sindicato - y de la obra social demandada como empleadora - durante el proceso eleccionario. Asimismo puntualizó que el despido se produjo "sugestivamente" a los pocos días de iniciarse el trámite conciliatorio previo por el reclamo de diferencias salariales realizado ante la Justicia. Así es que fundó sus pretensiones en lo dispuesto en los arts. 47 de la Ley n. 23.551 y 1° de la Ley n. 23.592.

Frente a esta caso la Cámara con fecha 18.07.2009 confirmó lo resuelto en primera instancia y sostuvo que:

[...] la participación del actor en actividades de índole netamente sindical se acreditó sólo en relación al acto eleccionario del 16/9/04 en el que Braun, como 'militante' de la 'lista azul' del STIA actuó como fiscal (ver fs. 206)) y que, entre los acontecimientos que se desarrollaron en aquella oportunidad y el despido han pasado casi dos años. Esta circunstancia conlleva en principio la posibilidad de que se erija a la actuación del actor en tal ocasión en causa motivante del cese que se cuestiona. [...] Que el actor hubiera podido continuar posicionado ideológicamente en una corriente diversa a la sostenida por la conducción del Sindicato que administraba a la obra social no lo transforma en un 'representante sin-

<sup>23</sup>Arregui Walter Norberto c/Massalin Particulares S.A. s/juicio sumarísimo, CNTrab., Sala I, 30.09.2008.

dical de hecho' ni en un activista de esa índole porque para ello es necesario que, por lo menos, la actuación del trabajador haya involucrado intereses colectivos o que su labor haya tenido una incidencia de ese carácter [...]

De este fallo se desprenden algunas conclusiones de interés que debemos señalar. Por un lado, como anticipamos al comienzo del presente trabajo, la necesidad de que resulte acreditada en la causa el ejercicio de una actividad sindical desplegada por el trabajador, y por otra parte que esa actividad sindical involucre intereses colectivos, no bastaría, según el fallo, la participación en una lista para formar parte de un sindicato. Esto mismo fue también sostenido en otro caso por la Sala 6 de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en los autos **Romero Jose Abel c/Logística La Serenísima S.A. s/juicio sumarísimo**<sup>24</sup>.

Otro aspecto de importancia que se pretende para acreditar esta circunstancia es que la prueba producida acredite que la actividad sindical fue contemporánea, en este sentido el fallo remarca que desde el acto en el cual el actor habría desarrollado tareas sindicales y el despido habrían pasado casi dos años.

Por su parte, la Sala 10 de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, en el marco de la causa **Oliveros Federico Sebastián y otro c/Hipódromo Argentino De Palermo S.A. s/juicio sumarísimo**<sup>25</sup> entendió no estar

probado en la causa que, pese a la ausencia de representación sindical, en la empresa los actores hayan específicamente cumplido un quehacer sindical a través de la atención, de modo concreto y particular, de los requerimientos e inquietudes de los trabajadores para, a su vez, trasladarlos al sindicato respectivo o a la empresa. En el fallo referido la Sala interviniente ahondó un poco más en lo que considera debe acreditarse en el expediente, y sostuvo que:

[...] en casos - como el de autos - donde se invoca la tutela del art. 47 de la LAS, más allá de la polémica en orden a la intensidad de la prueba exigible a quien se dice discriminado y de la recepción de la doctrina de las 'cargas dinámicas', lo cierto es que no existe una presunción legal a favor de los actores y la procedencia de la acción depende de la prueba sobre la discriminación, por lo menos de 'una batería de indicios precisos y concordantes capaces de apuntalar en sana crítica una presunción judicial'.

En similar tenor a los fallos señalados, la Sala 1<sup>26</sup> - revocando el fallo de primera instancia que ordenaba la reinstalación en su puesto de trabajo del actor -, se expidió al decir que:

[...] el sentido de colaboración, solidaridad y buen compañerismo, la recepción de inquietudes, dudas e incluso de ciertos miedos de sus compañeros no puede calificarse de actividad gremial, pues en todo grupo humano (desde el aula escolar hasta la actividad más profesional y madura) existen personas que adquieren un

<sup>24</sup>CNTrab., Sala VI, 07.04.2008.

<sup>25</sup>CNTRAB - SALA X - 27.02.2009; D. 16486 EXPTE. 20.206/06.

<sup>26</sup>Arregui Walter Norberto c/Massalin Particulares S.A. s/juicio sumarísimo - CNTRAB - SALA I - 30.09.2008, SD. 85302 CAUSA 20.973/2007.

mayor protagonismo por distintas razones, incluidas las temperamentales. En todo grupo hay personas proactivas y si no fuese por ellas muchas cuestiones no hubieran salido a la luz o no se hubiesen solucionado. Sin embargo dicha conducta, por sí sola, no lleva a concluir en que el trabajador tenía actividad gremial.

Esta misma sala tuvo oportunidad de expresarse en el marco de la causa **Sindicato de Trabajadores de Juegos de Azar Entreten. Esparc. Recreación y afines de la Rep. Arg. Aleara c/ Godel Quilmes S.A. s/ accion de amparo**<sup>27</sup> al decir que:

[...] no cualquier actividad reivindicatoria o movilizadora, ya sea que coincide con la que impulsa el sindicato que tiene otorgada la representatividad del sector o que se contraponga a ella, puede considerarse configurativa de una actividad de naturaleza sindical o gremial si no implica el ejercicio de la representación de otros, pues la pluralidad es la condición inmanente de la sindicalización o agremiación y no cabe considerar incluida en su conceptualización la mera actividad personal que, aunque esté destinada a favorecer a varios, no se lleve a cabo en representación de algún grupo.

Vemos que dicha sala mediante estos fallos hace nuevamente hincapié en la necesidad de que se acredite la representación de intereses colectivos de los trabajadores de la empresa, en fin estos fallos intentan agregar nuevos parámetros que permitan determinar cuándo nos encontramos ante una actividad sindical según su criterio.

Otro fallo que nos interesa señalar por lo particular o novedoso, que ya no tiene una directa relación con la cuestión probatoria, es el dictado por también por la Sala 1, en la causa **Alvarez Mario Jorge c/ Instituto Argentino de Diagnóstico y Tratamiento S.A. s/ juicio sumarísimo** en donde el trabajador accionante fue despedido el día posterior al que finalizara su período de tutela sindical concedida por la ley por finalización de su mandato.

En este caso la sentencia de primera instancia hizo lugar a la demanda en la cual el reclamante solicitó la reinstalación en su puesto de trabajo, habida cuenta de que la Sra. Juez a quo consideró que el despido derivaba de un acto de discriminación, por lo cual, con fundamento en el art.1 de la ley 23.592, dispuso la anulación del acto resolutorio y dispuso la inmediata reincorporación del actor. No obstante lo expresado por la magistrada preopinante, la Cámara revocó el fallo y consideró que:

No se ha invocado, ni está demostrado que después del citado 04.01.2005, haya ocupado algún cargo gremial (ver informe de ATSA a fs.139/140, del 7 de junio de 2006, del que surge que el mandato de los integrantes de la Comisión Interna de la entidad sindical fue prorrogado, que no existió llamado a elecciones para la época del distracto, y que el actor no integró lista alguna ni antes ni después de esa fecha), ni que se haya desempeñado como representante sindical en la empresa (conf. art. 48, 3er. párrafo LAS).

<sup>27</sup>CNTRAB - SALA I – 30.06.2009, SD. 85545 CAUSA 15.473/08.

En este caso, a nuestro entender, se puede ver una excesiva rigurosidad en la exigencia probatoria o una errónea interpretación de los hechos ya que parecería hasta evidente que si el trabajador fue despedido inmediatamente el día posterior al del cese de su tutela sindical claramente podría presumirse que el despido obedece a motivos fundados en la actividad sindical de la persona.

Asimismo, la Sala 8 en el marco de los autos **Aguirre, Fernando Jose c/ Radiotrónica de Argentina S.A. y otro s/ juicio sumarísimo** expuso que la Ley n. 22.250 no contempla la reinstalación y se procede a revocar la sentencia de primera instancia que la había dispuesto. El hecho fáctico que rodeaba el caso se trataba de un trabajador de una empresa que a su vez resultaba contratista de otra empresa más importante, quien tercerizaba su servicio de mantenimiento e instalación propio de su actividad normal y específica, habiéndose convencionado al dependiente en el marco del régimen de empleados de la construcción.

En el fallo se sostuvo que, a raíz de que, con un grupo de trabajadores reclamó la aplicación del convenio que regula las relaciones de la empresa principal con su personal, fue víctima de "actitudes persecutorias y discriminatorias", actitudes que culminaron con el despido del trabajador. Ante este caso el Dr. Morando sostuvo que:

[...] sujeta la relación del trabajo al régimen de la Ley 22.250, sólo son aplicables las normas de la L.C.T. compatibles, respecto de cada una de las "instituciones" del derecho del trabajo, con el régimen estatutario especial (art 2º L.C.T.) se llega a la verificación de que el contrato de trabajo regulado primitivamente por la ley 17.250 y hoy, por la ley 22.250, no atribuye al trabajador ningún derecho a la permanencia, ni aún una estabilidad relativa e impropia. Por ello, el despido nunca podría ser calificado como injusto, antijurídico o arbitrario, categorías desconocidas para el estatuto.

Incluso la Sala interviniente fue más allá en sus fundamentos y sostuvo finalmente que:

[...] habida cuenta del régimen cerrado de protección de los representantes sindicales de la ley 23.551, resulte razonable la hipótesis de que, paralelamente, rija un sistema fundado en la ley antidiscriminatoria o, más generalmente, en las normas internas o internacionales que vedan conductas discriminatorias. La ley no protege a los activistas espontáneos, cuya actuación, al margen de sindicatos reconocidos implica el debilitamiento de los poderes que la ley les atribuye y el Estado protege [...]

Por último y en lo que respecta a la jurisdicción provincial seguidamente citaremos un fallo en que la Suprema Corte bonaerense deniega el pedido de reinstalación de un trabajador fundado en la Ley n. 23551, por la circunstancia de no estar acreditada la notificación a la empresa de la designación del actor en un cargo gremial. No obstante cabe aclarar que este tribunal ha hecho lugar a pedidos de reinstalación en diferentes circunstancias.

Así sostuvo el Máximo Tribunal de la provincia que:

Por mayoría tiene resuelto esta Suprema Corte [...] que la comunicación al empleador de la postulación o designación en su caso, en un cargo de representación gremial es constitutiva del derecho a la estabilidad que el ordenamiento sindical garantiza. Formalidad que no puede ser suplida por la sospecha ni aún por la certeza de que el principal dispone de información suficiente en orden a las candidaturas o designaciones en el seno de su empresa (art. 49 inc. "b", ley 23.551), como pretende el apelante se resuelva en este caso por la noticia, que en su concepto, tenía la empresa de la función gremial desempeñada por Vitaloni, aunque tampoco este dato resultó acreditado en autos.<sup>28</sup>

En definitiva podríamos concluir que solo el análisis de cada caso en concreto nos permitirá determinar si se configuran las circunstancias convalidantes de la pretensión de reincorporación, sirviendo los fallos apuntados en cada uno de los casos como una orientación al efecto.

#### 4 El alcance de los fallos de la Corte Suprema de Justicia en el sistema sindical argentino

Destacados autores han sostenido a lo largo de muchos años que, en la Argentina, las asociaciones profesionales (comúnmente denominadas sindicatos) que aglutinan los derechos del colectivo de trabajadores pueden ser solamente aquellas que obtienen la personería gremial. Esto nos lleva a

que deban distinguirse las asociaciones simplemente inscriptas de las que cuentan con personería gremial.

Las asociaciones simplemente inscriptas carecen del ejercicio de los derechos gremiales y de las facultades fundamentales respecto de la defensa de los derechos colectivos de los trabajadores. En cambio, las asociaciones con personería gremial poseen la exclusividad del ejercicio de dichas facultades.

Este criterio sostenido al amparo del texto mismo de la norma que regula el funcionamiento de las asociaciones sindicales en nuestro país, ha sido modificado radicalmente desde el dictado por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de la sentencia dictada en el expediente **Asociación de Trabajadores del Estado c/ Ministerio de Trabajo de la Nación**<sup>29</sup>.

En el referido precedente se discutía el derecho de la Asociación de Trabajadores del Estado (ATE) de convocar a elecciones de delegados gremiales dentro del ámbito del Estado Mayor General del Ejército y Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas, ante la oposición expresa formulada por la Unión del Personal Civil de las Fuerzas Armadas (PECIFA), agrupación que detenta la personería gremial.

La Dirección Nacional de Asociaciones Sindicales declaró la invalidez de la convocatoria a elecciones efectua-

<sup>28</sup>Vitaloni, Juan Luis c/ ESEBA S.A. s/ Reinstalación judicial, salarios, etc, SCBA, L 77156 S, 05.07.2000.

<sup>29</sup>CSJN, 11.11.2008, TySS 2008-956.

da por ATE, lo que provocó que ATE interpusiera un recurso administrativo en el propio Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación, el cual fuera luego desestimado. Esto originó la interposición de un recurso ya en sede judicial ante la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, quien confirmó lo resuelto por la autoridad ministerial.

Frente al rechazo de la pretensión por parte de la Sala interviniente ATE procedió a interponer el recurso extraordinario de ATE en los términos del art. 14 de la Ley n. 48.

Así, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al resolver el planteo formulado, entendió procedente el recurso en cuanto tachaba de inconstitucional el art. 41 de la Ley n. 23.551, por vulnerar el derecho a una organización sindical libre, garantizado a su vez por el art. 14 bis de nuestra Constitución Nacional, como así también en diferentes tratados internacionales.

La resolución del Alto Tribunal se fundamentó en numerosos instrumentos internacionales (como la mayoría de los pronunciamientos de esta Corte Suprema en materia laboral) que desde 1994 poseen jerarquía constitucional, entre los que incluyó a **La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; La declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDESC); El Pacto Interna-**

**cional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; La Convención Americana de Derechos Humanos,** entre otros.

Todos los textos legales enumerados precedentemente, contribuyeron al progreso paulatino de un propósito que ya revistaba en el acto de creación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), como es el **Reconocimiento del principio de libertad sindical.**

En esta línea de pensamiento los miembros de la OIT, se obligaron aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, por la mera pertenencia a dicho organismos internacional, a respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios”, en el caso particular que nos convoca “la libertad de asociación y la libertad sindical”<sup>30</sup>.

Sin lugar a dudas todos los instrumentos de derechos humanos ponen de resalto el contenido del derecho de asociación sindical, y las dos inseparables dimensiones que posee de carácter individual y social.

La libertad de asociación en “materia laboral”, por ende, así como en su dimensión individual “no se agota con el reconocimiento teórico del derecho a formar sindicatos, sino que com-

<sup>30</sup>“Asociación Trabajadores del Estado c/ Ministerio de Trabajo”, CSJN, 11.11.2008, TySS 2008-956.

prende además, inseparablemente, el derecho de utilizar cualquier medio apropiado para ejercer esa libertad”, en su dimensión social resulta “un medio que permite a los integrantes de un grupo o colectividad laboral alcanzar determinados fines de conjunto y beneficiarse de los mismos”. Y esta libertad, radica “básicamente”, en la facultad tanto de constituir organizaciones sindicales, cuanto de “poner en marcha su estructura interna, actividades y programa de acción, sin intervención de las autoridades públicas que limite o entorpezca el ejercicio del respectivo derecho”<sup>31</sup>. Estas son dos dimensiones que “deben ser garantizadas simultáneamente”, puesto que “la libertad para asociarse y la persecución de ciertos fines colectivos son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de asociarse representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de la colectividad de alcanzar los fines que se proponga”<sup>32</sup>.

En concordancia con estas ideas, el art. 14 bis de la Constitución Nacional, garantiza el derecho a una “organización sindical libre y democrática”, con el afán de que los sindicatos puedan constituirse con el objetivo de realizar sus actividades sin obs-

táculos ni limitaciones por parte del Estado, que reduzca injustificadamente las funciones que les son propias, esto es, la promoción, ejercicio, defensa, fomento y protección de los intereses legítimos de orden sindical. En consecuencia, la manda constitucional ordena que el régimen jurídico que se dicte en la materia, en lugar de 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 otorgarle.

Los términos “libre y democrática” que se mencionan en el art. 14 bis, no por su especificidad y autonomía dejan de ser recíprocamente complementarios<sup>33</sup>. La Comisión de Expertos de la OIT 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 la negociación colectiva, en la consulta por autoridades y en la designación de los delegados ante organismos internacionales.<sup>34</sup>

Indicando la misma Comisión de Expertos ya en el año 1989, al expedirse acerca de la Ley

<sup>31</sup>“Baena Ricardo y otros vs. Panamá, fondo, reparaciones y costas”, Corte Interamericana de Derecho Humanos, sentencia del 02.02.2011

<sup>32</sup>“Huilca Tecse vs. Perú”, Corte Interamericana de Derecho Humanos, sentencia de 3 de marzo de 2005.

<sup>33</sup>Asociación Trabajadores del Estado c/ Ministerio de Trabajo, ob. cit.

<sup>34</sup>Observación individual sobre el Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación.

n. 23.551, que no parecía estar en conformidad con el Convenio 87 la disposición de aquella, que establece que “las funciones de representantes de los trabajadores en la empresa solo pueden ser ejercidas por los miembros de las organizaciones que poseen la personería gremial”.

En otras palabras, la distinción no debería:

[...] privar a las organizaciones sindicales, que no hayan sido reconocidas como las mas 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<sup>35</sup>.

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 efecto indirecto de restringir la libertad de los trabajadores para adherirse a organizaciones de su elección. Así lo sostuvo el Comité de Libertad Sindical, al decir que:

[...] de manera general, la posibilidad para un gobierno de conceder una ventaja a una organización determinada, o de retirarsela 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.<sup>36</sup>

De acuerdo con todos los

fundamentos explicitados el máximo tribunal en el considerando nueve del fallo **Asociación de Trabajadores del Estado** textualmente expresa 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 raigambre 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 limitación mortifica 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

<sup>35</sup>Asociación Trabajadores del Estado c/ Ministerio de Trabajo, ob. cit.

<sup>36</sup>Idem.

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.

Creemos que el principal aspecto cuestionable de la resolución dimanada de la Corte Suprema, surge de no haber resuelto el Tribunal el fondo la cuestión planteada sino que, contrariamente, termina remitiendo las actuaciones a una Sala del fuero del Trabajo para que dicte un nuevo pronunciamiento.

No obstante, lo destacado del fallo, el mismo también adolece de ciertas puntos que han quedado sin resolver y que podrían redundar en futuros conflictos motivados por la falta de estructura orgánica que regule las elecciones en cada una de las empresas. En este sentido el Dr. Etala Juan José, en un artículo titulado **El Impacto del Fallo ATE**, menciona como puntos a clarificar los siguientes:

a) si una entidad gremial sin personería gremial puede tener delegados de personal y, en dicho caso, con qué requisitos para su designación, ya que no se ha cuestionado en el fallo los parámetros que

la ley establece para ello en cuanto a antigüedad, cantidad de personal a representar, etc. En este mismo punto cómo juegan las cantidades de personal representado por la entidad gremial con personería gremial ya que, la cantidad de personal de quien no tiene personería iría en desmedro de la cantidad de personal que dice representar el sindicato que sí la tiene. Lo inadmisibles sería que se aumente la cantidad de delegados con protección gremial excediendo el número establecido por la ley;

b) si es posible, atento la amplitud en que el fallo incurre, en qué grupos de trabajadores sin sindicato y, por ende, sin personería gremial pueden pretender ser delegados representando a trabajadores no adheridos a ninguna entidad gremial. Esto parece más utópico, pero hasta podría surgir de la amplitud de los fundamentos del pronunciamiento;

c) establecer cómo funciona una empresa cuando los delegados de personal no son siquiera afiliados ni pertenecen al sindicato y, por ende se pueden ver interesados en no acatar las decisiones del sindicato con personería gremial (convenios colectivos, medidas de fuerza, negociaciones salariales), etc;

d) atento a que si bien el convenio colectivo debe ser firmado y negociado por la entidad gremial con personería gremial, en el caso de los convenios de empresa, la Ley n. 25.877 establece que deben ser también firmados por

los delegados de personal. Difícil, cuando no imposible, va a resultar esa negociación cuando existan delegados de sindicatos simplemente inscriptos y opositores a la entidad gremial firmante<sup>37</sup>.

Todas estas circunstancias destacadas sin vacilaciones deben ser resueltas, debido a que si bien el pronunciamiento del Máximo Tribunal nacional ha perseguido fines loables, defendiendo y ampliando el marco de los derechos y garantías constitucionales de los trabajadores, el sistema jurídico debe ser pensado en beneficio de la comunidad en general merituando al momento de resolver una cuestión los intereses de la totalidad de las partes involucradas en el asunto, para que realmente exista armonía y paz social.

Seguidamente la Corte Suprema Argentina tuvo nuevamente oportunidad de expedirse sobre esta temática, esta vez con mayor profundidad en el marco de la causa **Alvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo** en donde un grupo de trabajadores iniciaron el reclamo judicial sosteniendo que prestaban servicios para aquélla bajo la “pseudo categoría” de asesores, la cual estaba destinada a emplazarlos fuera del ámbito del convenio colectivo 130/75 de empleados de comercio. Toda vez que el sindicato de esta última actividad les habría negado la afiliación, crearon, junto con otros trabajadores, el Sindicato de Empleados Jerárquicos de Comercio — que fue inscripto por la Dirección Nacional

de Asociaciones Sindicales del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social — y pasaron a integrar la comisión directiva de la institución. En tales condiciones, el presidente de dicha comisión, invocando ese carácter, intimó a la demandada al pago de diferencias salariales correspondientes a la categoría, a lo que siguió que uno de los gerentes de la empresa, pedido mediante, obtuviera de aquél la lista de los integrantes de la comisión y procediera a despedirlos. En ese contexto, entre otras circunstancias, los actores consideraron que el despido sin expresión de causa del que fueron objeto pocos días después, resultó un acto discriminatorio motivado en sus actividades sindicales, por lo que reclamaron la reinstalación en sus cargos y una reparación económica.

En su pronunciamiento el Alto Tribunal expuso:

Que la reinstalación, por lo demás, guarda singular coherencia con los principios que rigen a las instancias jurisdiccionales internacionales en materia de derechos humanos, tendientes a la plena reparación (restitutio in integrum) de los daños irrogados, vgr., por un despido (v. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Baena Ricardo y otros vs. Panamá, sentencia del 2-2-2001, Serie CN° 72, párrs. 202/203 — y su cita — y 214.7, y “Madorrán”, cit., p. 2005). El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que enuncia, con carácter autónomo (esto es, no limitado a los derechos previstos en el Pacto), que “todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley” (art. 26), también requiere, por vía de su art. 2.3, que los Estados Partes otorguen una reparación a las

<sup>37</sup>ETALA, Juan José. **El impacto del fallo ATE**, La Ley 2008.

personas que han visto violados sus derechos, la cual puede materializarse por vía de la “restitución” (Comité de Derechos Humanos, Observación general N° 31. La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto, 2004, párr. 16). El objetivo primario de las reparaciones (remedies) en materia de derechos humanos, es preciso destacarlo, debería ser la rectificación o restitución en lugar de la compensación; esta última sólo proporciona a la víctima algo equivalente a lo que fue perdido, mientras que las primeras reponen precisamente lo que le fue sacado o quitado. El intercambio de violaciones de derechos humanos con dinero, además, entraña un conflicto con el carácter inalienable de aquellos (aun cuando no puede ser descartado cuando la pérdida ha ocurrido y es irreparable) (Shelton, Dinah, Remedies in International Human Rights Law, Oxford University Press, 1999, ps. 43 y 55).

La Corte Suprema sostuvo que en nada agravia la reinstalación en el puesto de un trabajador despedido el derecho constitucional del empresario referido a la **libertad de contratar**, sosteniendo:

Que con arreglo a todo ello, sólo un entendimiento superficial del art. 14 bis llevaría a que la “protección contra el despido arbitrario” implicara una suerte de prohibición absoluta y permanente a toda medida de reinstalación. A lo antes afirmado sobre la interpretación evolutiva y el principio pro homine, conviene agregar que las “leyes no pueden ser interpretadas sólo históricamente, sin consideración a las nuevas condiciones y necesidades de la comunidad, porque toda ley, por naturaleza, tiene una visión de futuro, está predestinada a recoger y regir hechos posteriores a su sanción”, y esta conclusión se impone, “con mayor fundamento”, respecto de la Constitución Nacional que “tiene la virtualidad necesaria de poder gobernar las relaciones jurídicas nacidas en circunstancias sociales

diferentes a las que existían en tiempos de su sanción.

De esta forma el máximo tribunal argentino avala el derecho a la reinstalación en el puesto de aquel trabajador que fuera despedido en razón de su reclamo por derechos laborales colectivos, más allá de no contar con un puesto formalmente elegido en elecciones dentro de la organización sindical que nuclea la actividad; entendemos que de forma plenamente acertada.

## 5 Conclusión

Como conclusión y a lo expuesto, e intentando evitar repetir lo hasta aquí expuesto cabe destacar que nos encontramos frente a un doble sistema de protección sindical, por un lado contiene una protección de corte plural en donde lo que se protege son las asociaciones, y por otro lado propone una protección individual dirigida a evitar la violación de los derechos de los trabajadores que ejercen algún tipo de protección a nivel internacional.

Claramente, en este supuesto de **tutela especial** que se ha originado por vía pretoriana se constituye como una herramienta eficaz para contrarrestar abusos que los empleadores pudieran cometer en el ejercicio de sus funciones.

Lo que resulta claro es que este sistema de protección hacia aquellos trabajadores que ejercen una actividad de militancia sindical activa, en ejercicio de la defensa de los derechos del colectivo de trabajadores, y que a su vez resultan trabajadores pasibles de despidos discriminatorios por su

actuar “parasindical”, permite evitar avasallamientos desde la patronal.

Es evidente que el empresario que advierta que un trabajador está realizando el ejercicio de una militancia no orgánica es un foco de acción sindical que debe desterrar para que su organización productiva no se vea afectada. Por ello, y aprovechando que el dependiente no detenta un cargo orgánico, se cometen normalmente abusos por los cuales – antes de una eventual designación formal dentro del organismo sindical – se procede a despedir a este tipo de trabajadores.

Como forma de evitar y sancionar estas conductas la Justicia Laboral ha sostenido en diversos pronunciamientos – algunos de ellos aquí analizados – la obligación del empleador de retraer su conducta y reincorporar al dependiente despedido con el consecuente reintegro de los salarios caídos.

Esta novedosa figura de la reinstalación en el puesto de trabajo se convierte entonces en una herramienta novedosa para poder hacer frente a un despido que muchas veces solo se ve justificado con el pago de una indemnización, sin analizarse el motivo que lo ha provocado.

No obstante, y teniendo en cuenta el abuso que también se realiza muchas veces en la utilización de diferentes figuras jurídicas, debemos

destacar que será necesario analizar en cada caso particular la conducta desplegada por cada una de las partes y los hechos que las han motivado para determinar si efectivamente estamos en presencia o no de un despido discriminatorio por una conducta sindical por un trabajador sin representación orgánica.

## 6 Referências

CAPÓN FILAS, Rodolfo. **El nuevo derecho sindical argentino**, Editora Platense.

ERMIDA URIARTE, Oscar. La Declaración Sociolaboral del Mercosur y su eficacia jurídica, en **Eficacia jurídica de la Declaración Sociolaboral del Mercosur**, Trabajos de la Reunión Técnica celebrada en Buenos Aires los días 10 y 11 de diciembre de 2001, Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Oficina Internacional del Trabajo, Buenos Aires: 2002.

ETALA, Juan José. **El impacto del fallo ATE**, Diario La Ley 14.11.2008.

RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge. **Acción de tutela por conductas antisindicales**, TYSS 1992.

VÁZQUEZ VIALARD, Antonio. **La estabilidad absoluta del trabajador víctima de una práctica antisindical** en D.T. 1989.A, p.7 y LL -15.09.1988.