

DOCTRINA

La libertad sindical de negociar colectivamente (*)

Por Luis Ramírez Bosco

Planteo

1. Kahn Freund dividía las libertades sindicales en de organización y de negociación, clasificación que (me) parece mejor que la que generalmente usamos –esa que divide a las libertades en individuales y colectivas–, no solo por la razón formal de que así se ubica bien en la primera parte (digamos así, pasiva) la libertad de definir los estatutos y la organización interna de los sindicatos –que en la clasificación usual queda montada entre lo individual y lo colectivo– sino, sobre todo, porque pone el acento sobre que la libertad de actuación colectiva (la activa) es, esencialmente, libertad de negociación¹.
2. Quiero decir, que de estas dos partes o “mitades” de la libertad sindical, la de negociación es la mitad importante o la decisiva, porque sin libertad para negociar los sindicatos prácticamente no tienen ni función² ni razón de ser: un sindicato que no puede negociar colectivamente no es, en realidad, un

(*) Este ensayo fue preparado para ser publicado en el repertorio de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo del año 2013.

(1) OTTO KAHN FREUND, “Trabajo y Derecho”, Ed. Centro de Publicaciones, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, España, 1987. El autor no presenta la clasificación como tal, sino que directamente la utiliza, ver, por ejemplo, p. 289. La ley Argentina 23.551, en su art. 1º, garantiza la libertad sindical y de “organización de acción”, con lo cual se asimila más a lo de KAHN FREUND que a lo de libertad o libertades individuales y colectivas.

(2) CSJN, 02/12/93, COCCHIA, JORGE D. c/Estado Nacional” TySS, ‘94-38.

sindicato³, con lo cual, dicho sea desde ya, cuando se plantea que la libertad de "organizar" sindicatos está satisfecha con que los sindicatos que se creen puedan potencialmente llegar a negociar, esto solamente es cierto si la potencialidad tiene una real posibilidad de convertirse en acto; si no, la sola posibilidad de organizar sindicatos (crearlos, afiliarse a ellos y darles estatutos, o las garantías personales para los individuos que hacen eso) no puede, como se acaba de señalar, satisfacer por sí sola, las exigencias de la libertad sindical (tampoco las de las libertades individuales).

3. De eso se trata en este trabajo, lo aclaro porque creo que así facilito las cosas al lector: la idea que trato de explorar o desarrollar ahora en este ensayo es que, en nuestro medio, la libertad de negociar colectivamente sufre de limitaciones tan relevantes que, por más que se defienda y refuerce el tema de las libertades individuales, o de organización (las "pasivas"), en estas condiciones, libertad sindical no hay o no hay suficiente. No la hay para los sindicatos (los eventuales competidores con el que esté certificado oficialmente como mayoritario), no la hay para los trabajadores individuales (que no pueden acceder a la representación que elijan para negociar) y no la hay para los empleadores o sus asociaciones, que según el convenio 87 de la OIT, también deben tenerla. Por

(3) ALONSO OLEA, MANUEL, "Derecho del Trabajo, 7ª ed., Madrid 1981, p. 420. La idea o la forma de expresarla es textual de Alonso Olea. A mi juicio es una idea bastante evidente (por lo tanto poco demostrable) pero si sirve una confirmación fuera del contexto de la literatura jurídico-laborista más concebida como tal, dice Daniel James (sobre el sistema de personería gremial), en "Resistencia e integración" (2ª edición, Siglo XXI editores, Bs. As. 2010, p. 233) "...que la capacidad misma del sindicato para negociar colectivamente con los empleadores dependía de que se le otorgara la personería gremial (sic.), es decir el reconocimiento de que era el único organismo habilitado para negociar en nombre de la parte obrera... **sin personería, el sindicato perdía su razón ser**". Como se ve cosa parecida a la que surge del fallo "Cocchia" de CSJN, citado en la nota anterior.

poner un ejemplo que se da sobre una cuestión concreta y delimitada, parece claro que ni unos ni otros tienen en nuestro medio verdadero derecho a elegir el nivel en que van a negociar, y que fuera de que esto es así en los hechos, la jurisprudencia tiene una cierta tendencia a convalidarlo⁴.

4. Y creo que nuestras carencias en materia de libertad sindical se deben a situaciones que son características diferenciadas de nuestra realidad, premisa básica que lleva a que, cuando en nuestro medio se encaran temas relacionados con la libertad sindical, pueda ser preciso poner por delante dos elementos de hecho que, como digo, caracterizan de manera diferencial nuestro panorama, tanto que sin aclarar desde el inicio que las cosas son así, se puede correr el riesgo de caer en la forma de confusión —a veces tan difícil de advertir— que se produce cuando se tratan teorías, ideas, conceptos o aun normas que pueden ser más o menos iguales en todos lados, pero relacionándolas con hechos o situaciones que en realidad tienen diferencias específicas que los hacen distintos a aquellos para los que, o a partir de los que, fueron concebidas esas ideas, teorías o normas.
5. Estas dos situaciones diferenciadas son, una —últimamente más tratada por la literatura laboralista— la de que la estructura sindical nacional (y la negocial por derivación) tiene un grado de concentración tan acentuado y tan rígido que posiblemente esto sea difícil de comparar con lo que existe en otros lados. Y otra, mucho más difícil de encarar

(4) En España, EVA LÓPEZ TERRADA en "La articulación de la negociación colectiva (diez años después)," en "Régimen jurídico de la negociación colectiva en España, Estudios en homenaje al profesor Tomás Sala Franco", p. 226, dice que la distribución compulsiva de materiales en distintas instancias negociales (la articulación impuesta) no vulnera la libertad sindical en la medida en que subsiste una plena libertad de elegir unidad de negociación.

para el solo profesional del derecho, la del alcance del poder sindical en nuestro medio, tema antes bastante tratado, pero que hoy ya no parece que llamara tanto la atención, pese a que debe ser una característica nacional distintiva. Y lo que estoy planteando es que, sin tener en cuenta que esto es así, sería difícil revisar cuánto es cierto o no, que los trabajadores agrupados pueden llegar, en nuestro medio, a negociar colectivamente con un grado aceptable de libertad.

II. La concentración de la estructura

6. La concentración de la estructura sindical nacional es un hecho, se diría que aceptado ya sin contradicciones. Seguramente, este ensayo se beneficiaría con una comparación cuantificada de cómo es esto en otras partes, para tener una noción más concreta de cuánto es distintivo. Pero a falta de eso, creo de todas maneras que se puede seguir adelante sobre la base de que se trata de un hecho evidente: en todo caso lo que se advierte con la simple observación directa del panorama sindical —y negocial— de nuestro medio, es que una proporción decisiva de los trabajadores representados por sindicatos, y por lo tanto convencionados, lo están a través de grandes sindicatos (la mayor parte de primer grado) con ámbito que alcanza al país entero; y esto con una insignificante competencia —o intento de competencia— de sindicatos locales o de ámbito menos abarcativo.

7. También creo que es un hecho aceptado, o en vías de aceptación, el de que una concentración de la estructura sindical tan acentuada, necesariamente produce consecuencias diferenciadas, por más que no parece darse un consenso igual sobre cuáles sean estas consecuencias, porque unos u otros atribuyan a un hecho, o a una situación, sea el carácter de efecto diferencial, sea el de estado más o menos normal de las cosas en cualquier parte. Un ejemplo de esto es la opinión que pueda referirse a si la concentración de poder (negocial y poder en general)

en la cúpula de la estructura sindical, es una u otra cosa.

8. Pero aún así me parece que se puede partir de que la concentración sindical existe y produce efectos diferenciados típicos, como de una afirmación categórica. Y aun si no fuera así, o si así no fuera suficiente para aceptar que la hiperconcentración de la estructura sindical (y negocial) nacional producen diferencias específicas, igual se puede partir de ese punto sobre la base de que lo contrario sería, o es, asumir más o menos categóricamente lo adelantado recién, en sentido de que distintos grados de concentración se dan en cualquier estructura sindical o negocial, de modo que lo nuestro puede verse como solo un punto en una línea continua (la de concentración estructural) pero en todo caso siempre lo mismo. Que de hecho, es como suelen presentarse o pensarse las cosas entre nosotros, aunque sobre este punto casi nunca explícitamente.

Y lo que me parece es que esta forma más usual de ver las cosas, a simple vista, ni es más evidente que la perspectiva opuesta (la de que la hiperconcentración produce diferencias específicas) ni tiene ninguna superioridad explicativa manifiesta, por lo cual —y aún más porque es la usual y sus resultados como herramienta analítica son insatisfactorios— habilita, si no es que necesita, ser contrariada, para revisar si a partir de otra explicación (por ejemplo es la de que lo local es específicamente distinto) no se consigue un instrumento de análisis que permita entender mejor la realidad. Y llegado el caso, operar mejor sobre ella⁵.

(5) Puede ser preciso advertir que respecto del hecho de la hiperconcentración, hay algunos datos o números que no es que lo vuelvan falso o equívoco, pero sí que pueden confundir: en nuestro panorama sindical, en el que predominan sin discusión los sindicatos de actividad, se registran más de 1500 sindicatos certificados por el gobierno como mayoritarios y básicamente titulados para ejercer monopólicamente los verdaderos derechos sindicales, cuando es evidente, o fácilmente demostrable (basta leer al respecto el CIU) que no es posible distinguir tantas actividades diferentes.

9. Sea como fuere, creo que sin mayor riesgo de error se puede partir de la afirmación de que, en Argentina, la actividad sindical de peso, cuyos efectos trascienden a la economía y a la sociedad en general, está a cargo de unos relativamente pocos sindicatos de gran extensión. La mayor parte de ellos, sindicatos de primer grado con ámbito nacional, y una parte menor constituidos con forma de segundo grado.⁶ Y que en cualquier caso hay algunas consecuencias de la concentración estructural que se anotan incluso en la literatura comparada y que se pueden tener en cuenta, también sin riesgo de error: la concentración de la estructura sindical tiende a producir la ya mencionada acumulación de poder, tanto en la cúpula de la administración del sistema como en los sindicatos mismos (a esto último en especial se hace referencia en el punto III de este ensayo); o una marcada resistencia al cambio, o a problemas con la aptitud de adaptación de los sindicatos. O, en lo que más interesa en este estudio, debe producir una hiperconcentración semejante de la estructura de las negociaciones colectivas, tanto que en realidad si a la hiperconcentración de las negociaciones colectivas no se la toma como consecuencia de la sindical, se la podría tomar —si hiciese falta— como demostración de esta. De lo que se trata aquí es de si estas hiperconcentraciones estructurales no terminan por ser un obstáculo para el desarrollo de la libertad sindical, en particular de la de negociar colectivamente.

II.1. El sistema de personería gremial como elemento de concentración

10. También es cada vez más aceptado que esta concentración de la estructura sindical y (negocial) se debe, o debe mucho, al mecanismo de unificación de la representación de los trabajadores (en

principio: para la negociación colectiva) que es característico de nuestra legislación sindical desde sus orígenes, este que suele identificarse, más apologética que descriptivamente, como de “unidad (sindical) promovida”. Se trata, casi no es preciso aclararlo, del mecanismo o instituto de la “personería gremial”, consistente en la adjudicación de las competencias sindicales esenciales (sobre todo la de negociar colectivamente) en exclusividad, al sindicato al que el gobierno haya certificado como mayoritario, en base a una proporción de afiliados (20% del total de trabajadores a representar) que en otras partes del mundo (y posiblemente según la lógica de esta cuestión) no alcanzaría a justificar más que el derecho a participar de esos derechos esenciales, pero sin exclusividad. Certificación que —esto también es diferencial— se da en carácter de permanente (sin necesidad de verificación periódica)⁷, mientras otro sindicato no demuestre haber superado la mayoría del anterior, y haberlo hecho de manera “considerable”. No basta, una vez que un sindicato obtiene la certificación de mayoría, que otro demuestre tener una cantidad suficiente como para justificar una participación, o siquiera que demuestre tener una cantidad mayor de afiliados. Debe ser una mayoría “considerable”, que la reglamentación precisa en un 10%, sin que se pueda explicar, por más que se fueren las cosas, porque, según nuestra legislación, una organización con más afiliados no es necesariamente mayoritaria frente a otra con menos. Sino es por una indiscutida

(6) RICARDO J. CORNAGLIA, en *Derecho Colectivo del Trabajo—Derecho Sindical*, La Ley, Bs. As., 2010 pág. 137, da cuenta de que el Ministerio de Trabajo, para 2009, informó 1511 sindicatos con personería gremial, de ellos 1431 de primer grado, 84 federaciones y 7 confederaciones.

(7) Si se tiene en cuenta que la afiliación sindical promedio en Argentina se informa en el presente en aprox. un 25% de los trabajadores y se especula a partir de que, por lo menos en el presente, a ese 25% se llega con todo el mecanismo de captación que contiene lo de la personería gremial, es de pensar que sin esos incentivos o medios de procuración de la unidad, la mayoría de las asociaciones vigentes bajaría del 20%, lo cual sería menos que lo de la ley y, en sí mismo, aún más escaso que este 20% que justifica una representación universalizada.

voluntad conservadora de la estructura que esté vigente.

11. Sobre la personería gremial se afirman muy frecuentemente dos cosas que (me parecen) decisivas: una, que el muy importante desarrollo sindical posterior a los años cuarenta debe su dinámica a este instituto; y en segundo lugar, la que se acaba de apuntar respecto de que la personería gremial fue factor determinante de la concentración sindical, tal como al fin quedó.

12. Lo primero, lo del desarrollo del sindicalismo en Argentina a favor del mecanismo de la personería gremial tiene, aparte de muchos sostenedores, una relación con los hechos que salvo que se aporte un elemento de juicio preferible, estaría, en efecto, señalando algún grado de casualidad entre una cosa y la otra.

En realidad, seguramente podrá pensarse en agregar más elementos que hayan aportado a ese desarrollo tan rápido y tan sostenido de los sindicatos y será opinable cuánto pesó cada uno. Pero lo que parece lógicamente innegable es que para los sindicatos, el aseguramiento patrimonial a través del de la recaudación (retención) "por nómina", de las cuotas sindicales y "cuotas de solidaridad", y la exclusividad en la celebración de convenciones colectivas (que son las piezas centrales del mecanismo de la personería gremial), tienen que haber resultado un factor de desarrollo determinante.

13. Pero aun así, quiero decir, aun si se tiene esto por cierto, conviene matizarlo, porque en muchos lugares —sobre todo en países que no fueron los del desarrollo industrial original, o en todo caso en algunos próximos al nuestro— los sindicatos parecen haber sido impulsados "desde arriba", sobre una base inexistente, o casi, y así no fueron las cosas en Argentina, porque aquí hubo antes del fomento estatal, un sindicalismo bastante dinámico y más que provisto de ideologías (plurales y contradictorias), traídas de los países originarios de los

trabajadores inmigrados. Germani⁸, por citar uno entre muchos, no solo señala este fenómeno, sino que dice que eso fue determinante para un comportamiento sindical más enérgico y más independiente entre nosotros, que —cita ese como ejemplo— en Brasil, donde los sindicatos, fueron creados desde el gobierno sobre una realidad anterior inexistente.

14. En cuanto a lo segundo —lo de la influencia de la personería gremial sobre la concentración de la estructura sindical (y negocial) por tratar de centrar las cosas en los elementos de hecho ya presentados, que son bien reconocibles, lo que se destaca es que: a) si a un sindicato se le da en exclusiva la aptitud real de actuar porque es el único al que se le facilita la obtención de los recursos necesarios para desarrollar esa actuación (lo de la retención obligatoria de recursos sindicales), luego parece natural que los trabajadores ni siquiera se planteen la alternativa de crear otros sindicatos, distintos de aquel que es el que puede llevar adelante la acción sindical; y b) si a un sindicato se le da el monopolio prácticamente permanente para concertar convenios colectivos, el interés de los trabajadores para participar en otro/s sindicato/s que no puedan hacer eso (y que por ello poco podrán defender sus intereses), sólo podría responder a razones más bien externas o ajenas a la composición esencial de esta problemática (razones políticas, ideológicas, de ambición personal, etc.).

15. De modo que, si bien no se puede excluir que esta forma de ver las cosas no sea una "premonición" que se hace después de ocurridos los hechos y con el resultado a la vista, aun así, digo, lo cierto es que parece plausible aceptar que como resultado de estos hechos y estas normas, la competencia entre

(8) GINO GERMANI, "Autoritarismo, fascismo y populismo nacional", ed. Instituto Torcuato Di Tella, Bs. As. 2003, pág. 214.

sindicatos se haya eliminado; no tanto porque una norma dijese sinceramente eso, sino como resultado del modo en que se aplicaron esas reglas sobre una realidad preexistente, en la cual no era necesario crear los sindicatos "desde arriba" porque ya los había con una presencia relevante. Con lo cual lo que se podía hacer —o una de las cosas que se podía hacer— era fomentar a algunos, a expensas de otros, evitándoles la necesidad de competir por, o de compartir la representación de los trabajadores, para tratar de captarlos, a los sindicatos, para causas más bien políticas o, cuando más, político-sociales.

16. Y fuera como fuese, el hecho es que, habiendo regido este mecanismo prácticamente siempre (salvo la inaplicada y de hecho irrelevante excepción del decreto 9270/56), lo que hay es la realidad presente de una muy fuerte concentración de la estructura sindical, tal que se puede calcular, sin riesgo de error, mayor a un 70% —o más— de los trabajadores comprendidos en convenios colectivos, están representados como ya se apuntó, por unos pocos sindicatos de primer grado con ámbito personal que abarca todo el país. Y que, entre sus consecuencias tiene, como se lee en la literatura extranjera sobre estos temas que debe ocurrir, u ocurre, en casos así, una alta concentración del poder en la cúpula de la estructura, fuertemente resistente a los cambios; poder en general y poder para las negociaciones colectivas, que quedan consiguientemente centralizadas y concentradas en convenios de gran alcance, que por sí mismos pueden o no tener otras virtudes, pero son necesariamente rígidos y poco dedicados a las relaciones laborales en detalle.

17. Frecuentemente, también se dice y/o se acepta que el sistema armado alrededor del instituto de la personería gremial tuvo el propósito no solo de crear o fomentar sindicatos poderosos, sino también —con un indeterminable grado de principalidad de una cosa o la otra— de

mantenerlos bajo control o bajo "dominio" del gobierno, efecto que se daría por medio de la amenaza o de la efectivización de la quita (o suspensión o cualquier clase de manipulación en que se pueda pensar) de la personería gremial. No es —o no creo que sea— ese el propósito determinante en el caso de la actual ley 23.551, porque esta fue producto de una negociación parlamentaria entre dos partidos mayoritarios, y lo de la personería gremial, en ese caso, parece haber estado entre los intereses o las aspiraciones del partido más próximo al interés sindical, que en ese momento no ejercía el gobierno ejecutivo (o sea, que no estaba en ese momento en condiciones de manipular nada a través de la concesión o la suspensión de la personería gremial), más que en las de aquel a cargo del gobierno, que prefería un diseño distinto (menos "controlador" o menos concentrado).

De hecho, aquella norma, todavía vigente desde 1988, estableció que el gobierno no puede de por sí disponer sobre la quita de la personería gremial; que si quiere llegar a eso, debe pedir a un tribunal judicial que lo haga.

18. Si el propósito fue aquel, de todos modos, con los resultados de casi setenta años de aplicación a la vista, se ve que esa idea habría sido un fracaso. Los sindicatos, sin perjuicio de los fuertes avatares por los que pasó la política nacional, no quedaron nunca realmente bajo dominio del gobierno y, en cambio, fueron o son cada vez más fuertes. Y fuera como fuese, lo cierto es que casi no se registran, o no se recuerdan, casos en que una personería gremial haya sido retirada⁹,

(9) RICARDO CORNAGLIA, en su op. cit., pág. 115 cita un fallo de CNAT, Sala II, 15/12/61, publicado en DLL 29/04/61 fallo 46206 que convalida una quita de personería gremial debida al ejercicio de actividades políticas por un sindicato. Excepción a esta regla más difundida pero de corta duración, se encuentra durante el gobierno militar de 1966/69, que canceló o suspendió varias personerías gremiales a causa de severos enfrentamientos con los sindicatos.

pese a que los gobiernos podían hacerlo según sucesivas leyes. Lo cual, creo, da un fuerte indicio de que los sucesivos gobiernos –ni aun los varios de fuerza que restringieron enérgicamente las libertades civiles– o no estuvieron o no se sintieron en condiciones de manipular al instituto de la personería gremial como herramienta de control político. O, si se quiere verlo desde otro punto de vista, que a lo largo de estos setenta años, los sindicatos, al menos en este aspecto que para ellos es decisivo, tuvieron más poder que el gobierno, o por lo menos, suficiente poder de veto o resistencia.

19. Otra perspectiva desde la que se puede ver el comportamiento de la hiper concentrada estructura sindical nacional es la de las posibilidades reales de hacer funcionar o cuestionar el mecanismo de la personería gremial.

El sistema, como se sabe y se señaló más arriba, contiene una hipótesis de recuento de mayorías que daría lugar al desplazamiento del sindicato certificado con la personería gremial, por otro que tenga, por lo menos, un 10% más de afiliados.

Dejando de lado por un momento lo de si este 10% es razonable, o si es demasiado (de hecho, como ya se señaló, es inexplicable que no baste cualquier mayoría), esta parte de la ley, al remitirse al principio de mayorías (que está en la esencia del manejo de cualquier agrupación de personas) le da a todo el mecanismo un aspecto o un indicio de legitimidad: si se plantean las cosas sobre la base de que para negociar colectivamente (que es lo que en esencia deben hacer) varios negociadores posibles (varios sindicatos, por ejemplo) necesariamente deben unificar su agente negociador, este mecanismo de la personería gremial lo que hace es determinar cómo se logra en nuestro medio esa unificación necesaria. Y lo hace presentando el de mayorías como el criterio de selección. De allí que el sistema sea el más extremo arbitrado al efecto en el derecho comparado que generalmente se consulta, pero en abstracto, o en sí

mismo, sería legítimo (sería constitucional o si se prefiere así, democrático). Así p. ej., es como presenté la cuestión en 2007, en “Los sujetos de la Negociación Colectiva”¹⁰

20. Y lo cierto es que en este momento, ya no me parece que aquello se sostenga bien, porque el sistema será literalmente aceptable, pero en los hechos la cuestión no es así. Ahora me convencen más dos elementos de hecho que estarían demostrando que la posibilidad de que un sindicato con personería gremial sea superado en mayoría está en el papel, pero no en la realidad. Estos dos elementos son:

- a) Que de hecho no ha habido casos de sindicatos certificados que hayan sido superados en mayoría¹¹; y
- b) Que no parece posible imaginar cómo sería la vía judicial para que impugne el mecanismo un sindicato que no consigue avanzar hacia la mayoría por los inconvenientes y bloqueos que le pone el sistema, porque, o bien tendría que demostrar que sin esos inconvenientes y bloqueos (sobre todo el monopolio de la negociación colectiva y la retención obligatoria de cuotas sindicales) tendría acceso a esas mayorías (o una expectativa fundada de tenerlo), lo cual me parece, a simple vista, algo de prueba imposible; o bien tendría que impugnar al sistema “en abstracto” por sí mismo (sin pretender otro resultado a partir de eso), lo cual en principio parecía ser un planteo judicial sin oportunidad de progreso.

Con lo cual, esto impresiona como que el núcleo del sistema sindical nacional, más que legítimo o ilegítimo (constitucional o no), lo que resulta es en gran

(10) “Tratado de Derecho del Trabajo” dirigido por MARIO E. ACKERMAN, ed. RUBINZAL y CULZONI, Santa Fe, 2007, Tomo VIII, cap. II, p. 87.

(11) JORGE SAPPÍA en su ponencia presentada al Congreso Internacional sobre igualdad de oportunidades y de trato en el empleo y la ocupación, abolición del trabajo infantil, libertad sindical, Bs. As., octubre de 2004.

medida invulnerable a la posible impugnación y revisión judicial, por razones preferiblemente de hecho y/o procesales, o por la forma de estar concebido el mecanismo.

21. Y en esto es que he debido cambiar de opinión, porque me parece que un sistema que de hecho impide la competencia por la real representación colectiva de los trabajadores, y a la vez también de hecho, el cuestionamiento judicial de esa inhibición, es doblemente defectuoso, porque no solo limita la libertad sindical, sino que lo hace de una manera insincera, aparentando ser lo que no es.
22. Quizás por esta intrínseca dificultad para que los principales cuestionamientos al régimen de personería gremial se presenten a los tribunales nacionales es que los hubo numerosos ante los organismos de aplicación de la OIT, tanto del Comité de Libertad Sindical como de la Comisión de Expertos, pero no se registran antecedentes de jurisprudencia local.
23. Las leyes argentinas fueron cuestionadas por esos organismos a la OIT de manera repetida, los que, dicho en síntesis, sostuvieron:
 - a) Que no respetan las exigencias de una competencia libre entre sindicatos, los arts. 28 de la ley 23.551 y 21 del decreto reglamentario 467/88, en cuanto piden que, para desplazar a una asociación con personería gremial, la contendora acredite una mayoría "**considerablemente**" superior, superioridad que no debe ser menor a un 10%.
 - b) Que es excesivo requerir que para conformar un sindicato de oficio, profesión o empresa, prácticamente se deba contar con la conformidad del que tiene la personería gremial (arts. 29 y 30, LAS).
 - c) Que son limitantes de la libertad sindical los arts. 38 y 39 de la ley 23.551, en cuanto solo autorizan la retención por nómina de las cuotas

sindicales a favor de las asociaciones con personería gremial, y eximen de impuestos solo a estas.

- d) Que también limitan la libertad sindical los arts. 48 y 52 de esa ley, en cuanto solo reconocen las garantías de estabilidad reforzada a los miembros o agentes de los sindicatos con personería gremial.
24. A estos cuestionamientos se ha contestado, o respecto de ellos se ha razonado, sobre la base de que quienes los plantean son los empleadores¹², o por lo menos, partidarios de sus intereses, con el propósito de debilitar a los sindicatos; o sea, que se sostienen a partir de un interés que en el caso no debiera ser relevante. Lo cual puede ser cierto, y aún así, es un mal argumento, porque la verdad de una afirmación depende de su contenido y no de quién sea, qué defectos tenga, qué descalificaciones merezca, o cuáles sean las intenciones de quien afirma.
 25. Pero en lo que interesa a este estudio, que es el tema de la libertad para negociar colectivamente, lo que ocurre, dicho en síntesis, es que por la forma de tratar la cuestión, lo que en realidad se demostró es que, para sostener un monopolio sindical, basta con la exclusividad de su derecho a negociar. Basta por sí misma en cuanto la negociación colectiva es lo principal de la función sindical y basta, entre nosotros, por su derivación financiera o económica, en cuanto la cuota de solidaridad. Que es un recurso sindical decisivo, solo se da como parte de las convenciones colectivas.
 26. De hecho, los defensores o partidarios del sistema nacional tienden a aceptar varias de las objeciones de los organismos de la OIT, y se manifiestan a favor

(12) Es cierto, p. ej., que la que parece ser la primera impugnación global de la ley 23.551 fue presentada por la Unión Industrial Argentina y resuelta como caso 1455 del Comité de Libertad Sindical.

de la universalización de la retención por nómina de las cuotas sindicales de cualquier sindicato, y no solo del que tiene personería gremial aunque sin referirse a las "cuotas de solidaridad", a las que solo tiene acceso, como se acaba de señalar, el sindicato que puede concertar convenios colectivos; y también a favor de las exenciones impositivas para todos y de las garantías a favor de los representantes o activistas de cualquier sindicato.

No tanto de la objeción sobre lo de la mayoría "considerablemente" mayor pero no, sobre todo, aquella sobre el monopolio para negociar colectivamente, tema este último del que, al contrario y como se verá luego al relevar la jurisprudencia reciente, más bien los simpatizantes del sistema obtienen un argumento de apoyo, porque los organismos de la OIT, si se toman sus formulaciones a contrario y no se las analiza en contexto completo, pueden estar afirmando que la exclusividad para negociar colectivamente es uno de (los pocos) derechos que no está mal que se reserven a la organización mayoritaria.

Con lo cual, queda a mi juicio claro que a nuestro sistema de concentración de la estructura sindical, para mantenerse, pareciera bastarle la exclusividad en las negociaciones colectivas. Todo lo demás es más bien accesorio, si no prescindible. Y que, a su vez, el hecho de que en la realidad las negociaciones queden —como quedan— a cargo de sindicatos con los que es muy difícil competir, priva a eventuales competidores de una suficiente libertad sindical (de una posibilidad real de negociar colectivamente) y priva a los trabajadores de la posibilidad de formar o elegir los sindicatos que prefieran para representarlos en las negociaciones colectivas. Es, como se viene diciendo desde el comienzo, un caso diferenciado, porque aquí el obstáculo a la libertad sindical no lo ponen, o lo ponen raramente, los gobiernos o los empresarios; más bien, lo ponen los sindicatos ya instalados, cuando menos por mera presencia.

III. Sobre el poder sindical

27. El poder sindical que llama la atención no es, o no es solo, para defender o imponer el interés de los trabajadores. Este último coincidiría con el que en derecho —sobre todo en derecho político— se estudia como el necesario para cumplir con una función (en general: pública) —que es lo que lo justifica— y con esa noción los juristas nos entendemos razonablemente bien. El poder sindical llamativo, en cambio, es el que se despliega a otras o a todas las áreas o aspectos de la vida en sociedad: lo económico, lo social o lo político. Y este es el que nos cuesta cuantificar o aun describir.

28. Conforme una presentación muy difundida, lo de poder considerado así, en sí mismo, y no como una función de algo, se entiende como la posibilidad de dirigir la conducta de otros, o de imponer la propia voluntad al comportamiento de otras personas¹³, en cualquier actividad de que se trate y no importa para qué sea que se la imponga. En este sentido, el poder no es que se tiene o se ejercita —o se justifica— para usarlo con un objetivo predeterminado, sino que solo es funcional a sí mismo. Es el caso en que la finalidad del poder es el ejercicio del poder mismo, supuesto de menos prestigio pero que, para tomar solo el ejemplo más evidente, es el que explica gran parte del comportamiento de los grupos sociales identificados como "clase política"¹⁴.

(13) Así, por ejemplo, OTTO KAHN FREUND, *op. cit.*, pág. 48. O John Keneth Galbraith, "La Anatomía del poder", Plaza y Janes Editores, Barcelona 1984 pág. 20, que utiliza esa definición y la atribuye a Max Weber en "Law in Economy and Society".

(14) GALBRAITH que escribía en Estados Unidos y hace más de treinta años, decía textualmente que "una cuestión de decencia básica impide admitir abiertamente que el poder es deseado por sí mismo" (*op. cit.* pág. 28). Aunque eso ya no aplica a la realidad local.

29. Esta clase de poder, es sabido y aceptado, que lo tienen todas las grandes organizaciones "intermedias" (intermedias entre el Estado y las personas) o "las corporaciones", en general en proporción directa a su tamaño y/o al tipo de función especial de que se encargan. Entre estas los sindicatos, de los que en todas partes se afirma que son poderosos (salvo cuando lo que llama la atención es su debilidad). Lo difícil, más como se señaló al comienzo, para el jurista, es explicarse sobre la medida o la cantidad de este poder sindical, sobre todo si de lo que se trata —que es de lo que aquí se trata— es de describir y explicar la diferencia del poder de unos sindicatos —los locales— con relación a lo que es usual en todas partes, o por lo menos con relación a otro escenario (aun uno solo imaginado) que por cualquier motivo se esté considerando.
30. GALBRAITH propuso, en su momento, un sistema de análisis o de desmembramiento analítico que puede ser útil para enfrentar esta dificultad¹⁵. Para este autor hay tres formas en que el poder se realiza, se presenta o se instrumenta: una como por la amenaza de un mal o de un "castigo" a la falta de obediencia (poder coercitivo), o sea, por "imposición", sino directamente por la fuerza. Esto, tomándose la libertad de glosar lo de Galbraith, puede dividirse en el supuesto de la amenaza o imposición legal, cuando se requiere obediencia a un deber normativo (por ejemplo: poder de policía) o la, digamos así, imposición de hecho (no necesariamente ilegítima), cuando la exigencia no depende sino de la conveniencia del poderoso.
31. Una segunda vía o forma del poder sería la retributiva ("compensatoria", dice GALBRAITH) que es la que compromete o da algún beneficio a cambio de la conducta requerida, de lo cual es ejemplo fácilmente disponible el del trabajo remunerado en general, pero que incluye también a los reconocimientos profesionales o académicos, o hasta a un simple "premio a la producción" como forma de remuneración. GALBRAITH dice, para ejemplificar, que la repulsa pública o personal es una forma de poder coercitivo, mientras que la alabanza es una de poder compensatorio.
32. La tercera forma de poder es la por persuasión, que logra modificar la conducta del tercero sin su sumisión, por vía de cambiar su o sus creencias: "...la persuasión, la educación o el compromiso social con lo que parece correcto o justo hacen que el individuo se someta a la voluntad del otro". Lo diferencial, en esta forma de instrumentarse el poder, es que "no se advierte el hecho de la sumisión".
33. Y si con este equipo de análisis tratamos de revisar el caso argentino, la cuestión da, muy sintetizada, así: en el ámbito de lo social —circunscripto a los servicios sociales— fuera de otros servicios sociales menores o accesorios, los sindicatos argentinos tienen, desde 1969/70, a su cargo la atención de la salud de los trabajadores a través de un subsistema de la seguridad social, el de obras sociales. El establecimiento legal de este subsistema es muchas veces —casi se diría que en general— más total que parcialmente explicado como una concesión política de un gobierno —aquél, "de fuerza"— para intentar captar a los sindicatos, sin advertir que, aun si eso fuese cierto, o en la medida que lo sea, el fenómeno de base era la imposibilidad de cumplir —o el incumplimiento de hecho de— la función del Estado en materia sanitaria, que hacía necesario suplementar sino suplantarlo el sistema público por uno sindical, aparentemente más funcional para esta tarea. Pero dejando de lado la cuestión

(15) JOHN KENETH GALBRAITH, op. cit.— Dispuse de éste libro y en realidad de la idea de utilizarlo con el propósito que lo hago, por una dedicada atención de Carlos Aldao Zapiola a quien, por necesidad y no solo por fórmula, debo excluir de cualquier responsabilidad sobre la forma o el contenido con que utilizo la obra de Galbraith.

de las causas de su origen, el sistema *de obras sociales da lugar, hace ya muchos años, a que los sindicatos manejen algo así como el 3 o 4% del PBI nacional para atender con esto la salud de los trabajadores; y también da lugar a una fuerte vinculación necesaria de los trabajadores con el sindicato, a través del sistema de salud. Todo lo cual, según parece, da a los sindicatos dosis importantes de poder compensatorio en general (sobre todo por los recursos de que así dispone, o también por la posible distribución preferente de los servicios a su cargo, posibilidad, esta última, que habilita un poder compensatorio "reconocible" sobre los trabajadores); y también un poder de o por persuasión, en este caso indirecta, por la natural impresión que semejante estructura debe necesariamente producir sobre los trabajadores, y aun sobre el público en general. También puede pensarse en que este aspecto de "lo social" tenga efectos como poder "coercitivo" sobre los trabajadores (por la misma vía de imposición por magnitud), pero en este caso un poder, me parece, más bien indirecto y bastante menos estricto.*

34. En el ámbito económico, lo principal de los sindicatos, y lo que más tiene que ver con su razón de ser, es la participación en la definición de las remuneraciones del personal en relación de dependencia. En este aspecto solo puede ser característico el hecho de que a este mecanismo entre nosotros solo se lo suele hacer funcionar realmente en tiempos de inflación y que en estos tiempos funciona con una fuerza incontrastable.

35. Luego, también dentro de lo que es universal, los sindicatos cuentan con los ingresos propios de las cuotas a cargo de sus afiliados, más importante en función de la relativamente alta tasa de afiliación sindical que registra el país (aprox. 25% al presente), pero menos debido a un alto grado local de informalidad laboral (aprox. 40% al presente). A lo cual se suma, con una modalidad que no es igualmente universal, las cuotas,

pagos o aportes a cargo del personal no afiliado, "cuotas de solidaridad"¹⁶, que según se la practica entre nosotros, da lugar a una situación muy próxima a que la cuota sindical no la paguen solo los afiliados, sino todos los trabajadores comprendidos en los convenios colectivos (salvo, naturalmente, los no registrados).

36. Aparte de esto, en el ámbito económico, los sindicatos cuentan con su mencionado protagonismo en la administración del sistema de salud, la administración directa o indirecta de empresas de servicios públicos (unas u otras según el período de que se trate) y una serie que no se suele exhibir sistemáticamente de beneficios o ingresos, a partir de diversas actividades o participaciones, con propósitos que varían. Todo esto, en una economía más bien chica como la nacional, que raramente tuvo períodos de dinamismo sostenido, completa una participación en la economía total que superaría —y es posible que con amplitud— lo que se da en otras economías comparables. Y el caso es que esta competencia económica da a los sindicatos locales un importante poder compensatorio (cuando no por persuasión mezclado con el compensatorio), y un poder coercitivo sobre los trabajadores individuales también considerable (puede ser abrumador para un trabajador el hecho de quedar fuera de un esquema sindical así).

37. Finalmente, queda el ámbito político, que es donde más se identifica al poder

(16) Es difícil explicar literalmente, en síntesis, cuál puede parecer un punto de equilibrio teóricamente aceptable para los aportes de los no afiliados a los sindicatos. Dicho muy en general, tanto es cierto que una cuenta, hipotética, de lo que serían los ingresos sindicales por cuotas de afiliación propiamente dichas, muestra que esto sería escaso para atender su funcionamiento; como que, por otro lado, la "cuota de solidaridad" no tiene una justificación de su alcance que vaya mucho más allá que lo que significa el nombre de "cánon de negociación" con que se la llama, por ejemplo, en España (una sola cuota, en esa única ocasión de celebración del convenio).

como tal, pero también donde más cuesta explicarse sobre los signos de poder de los agentes o agrupaciones sociales que no sean los que constitucionalmente participen del poder estatal formal.

En efecto, la participación en el poder político puede ser formal (en los órganos de poder del gobierno) o, más que informal, de hecho, por el poder persuasivo (ideológico en su caso), disuasorio, o aún directamente coercitivo que realmente tenga un grupo o sector social.

38. En lo formal, el dato más fácil de verificar es el de una importante, y creo, que inusual participación de los dirigentes sindicales (y de los sindicatos por su intermedio) en posiciones legislativas¹⁷, dato que es como dije, verificable, si bien variable según los períodos y más allá de que no llegó a prosperar, hasta ahora, de alguna propuesta de sistematizar o institucionalizar esta participación con proporciones predeterminadas. También se da una participación formal, o cuando menos, una influencia decisiva sobre áreas del poder ejecutivo, particularmente las especializadas en temas laborales o sociales¹⁸. Y también una influencia reconocible –aunque nunca cuantificada– en la selección de los jueces en materia laboral.

Esta participación formal le significa, cuando no demuestra, una importante cantidad de poder coercitivo (del

sostenido legalmente) a favor de los sindicatos locales, que va junto con un poder coercitivo de hecho sobre la estructura política, y en particular bastante poder, tanto coercitivo como compensatorio, sobre las clases políticas formalmente gobernantes.

39. Luego viene la parte de los hechos puros o cuestiones “solo de hecho”. En esta, sobre la participación de los sindicatos en las relaciones políticas y sociales, parece que, por lo menos en los últimos 20 ó 30 años, se da alguna ambigüedad, sino algo contradictorio: por una parte se acepta, generalmente, que los dirigentes sindicales están mal ubicados en la escala del prestigio de distintas clases de dirigentes que se forma en los “medios de opinión”¹⁹. Pero, por otra, como el poder sindical se da lo mismo, pese a este dato negativo, en cuanto o en la medida en que las cosas sean realmente así, parece ser un poder que así es más lo que se confirma que lo que se pierde, porque existe pese al desprestigio de quienes lo ejercen, o, vistas así las cosas, tan fuertemente afianzado como para subsistir pese a tal contradicción. Por otro lado, creo que es notorio en nuestra historia reciente cómo el poder de los sectores sindicales ha podido variar con fuertes retraimientos durante períodos bastante extensos, alternados con igualmente extensos períodos de restablecimiento, aptitud para crecer y decrecer sin desaparecer, que, me parece, es una

(17) Sólo por apoyar lo que de tan evidente no estoy seguro de que requiera demostración o apoyo, cito al ya cit. “Resistencia e integración” de DANIEL JAMES (págs. 24 y 40).

(18) JONATHAN LYNN y ANTHONY JAY, en “Si Ministro II” (Ultramar Editores, Barcelona 1986 p. 225) dicen del gobierno británico que “cada departamento actuaba en función del poderoso interés especial con el que mantenía permanente relación. El departamento de trabajo defendía a los trabajadores, el de industria a los empresarios...”. Y si se pasa por alto el tono irónico de esta obra, la afirmación parece ser cierta universalmente. Pero lo que estoy tratando de señalar en el texto es que en Argentina, el fenómeno se acentúa hasta el punto en que la influencia y presencia sindicales son tan decisivas como para desequilibrar la función de gobierno.

(19) En el diario La Nación del 01/04/08, pág. 10, con firma de Ipsos – Mora y Araujo, se publicó una compulsión de opinión sobre la contribución social de varias actividades. Los sindicalistas quedaban en la última posición con un 65% de opinión negativa contra un 30% de positiva, debajo, en ese orden, de los científicos, industriales, rurales, comerciantes, periodistas, políticos, jueces, banqueros y financistas, obispos y sacerdotes, y militares. No he visto otra compulsión posterior semejante y por mi lado, me planteo si la muestra de opinión no está tomada fundamentalmente en sectores de clase media, cuya opinión tiende a no ser igual, sobre este tema, que la de otros grupos. Pero en todo caso me parece que es una muestra significativa.

característica de los factores de poder bien establecidos y permanentes.

40. Parte, por lo menos, de esta capacidad política de hecho puede deberse a la aptitud de los sindicatos para movilizar masivamente las voluntades de los trabajadores en procesos de opinión o sobre todo, electorales, cuando no de movilizar físicamente a los mismos trabajadores²⁰. En cuanto a la posibilidad que tienen los sindicatos para las movilizaciones masivas físicas, esta es poco discutible, fuera de que esta herramienta de poder, cuestionada por la práctica política de los años 90 y actualmente resucitada con fuerza, parezca tender a perder importancia o, por lo menos, a perder posibilidades de un uso frecuente que no genere más contrariedad que atracción.

41. Sobre la capacidad de los sindicatos para las movilizaciones de opinión, no parece haber una posibilidad cierta de comprobación, pero creo que puede aceptarse que, para los trabajadores en general, pesa la posición de su sindicato y, en principio, darían una preferencia a esta, salvo contrariedad manifiesta. O sea, dicho de modo más simple y sintético, que los sindicatos cuentan con un capital político de hecho, que si no es absoluto, es mayor que el de otras agrupaciones sociales, y quizá semejante al de partidos políticos con fuerte arraigo a lo largo de tiempos extensos.

42. En resumen, lo que resulta es que, así explicado, —espero que con aceptable descripción de la realidad— el poder de los sindicatos, en nuestro medio, es

decisivo, más allá de lo que parece serlo en cualquier otro lugar que se tenga presente, o con el que se compare. Es un poder que se hace valer sobre los trabajadores representados, sobre los gobiernos y, naturalmente, sobre los empleadores, frente a los cuales, en una estructura capitalista-liberal, digamos así, ortodoxa, los sindicatos debieran ejercer un contrapoder, de control, contra otro poder predominante —el de los propietarios— y no un poder prevaleciente sobre el otro, que es, esto último, lo más parecido a cómo se puede poner en dos palabras el caso nacional.

43. Sin embargo, en este punto es preciso agregar otro dato u otro elemento de juicio, porque no es toda nuestra peculiaridad la de un sobrecrecimiento del poder sindical, que —si se lo considera solo por sí mismo, o sin su contexto— no alcanzaría —o no me parece que alcanzaría— a tener una explicación suficiente respecto de cómo es que se sobrepuso a otros factores de poder competidores, sea el de las clases políticas, sea el de los grupos que ejercieron gobiernos de fuerza, o, sea sobre todo, el de los propietarios capitalistas que son su competencia o su límite natural. En todo caso, esta prevalencia del poder sindical —cualquiera sea el grado que se le asigne— luce por contraste con el hecho de que el estado “normal” de las cosas en una sociedad organizada sobre bases capitalistas es, como se acaba de señalar, que el interés dominante —con límites pero dominante— sea el de los propietarios; y también por contraste con las estipulaciones constitucionales que ahora —desde la reforma de 1994 y por más que con cierto atraso frente a la realidad— dicen que el acceso al poder formal es de o a través de los partidos políticos (si se quiere así: de las clases políticas).

44. En cuanto a la debilidad (para ejercer y mantenerse en el poder), en sí misma, de los grupos que entre nosotros se han propuesto o han logrado ejercer

(20) Silvia Sigal y Juan Carlos Torre (en “Reflexiones en torno a los movimientos laborales en América Latina”, compilado en “Fuerza de trabajo y movimientos laborales en América Latina” de Rubén Katzman y José Luis Reyna, director, México D.F., 1969, p. 145) dicen que en América Latina muchas veces fue la plaza y no el lugar de trabajo, el verdadero lugar de formación de la fuerza política de la clase trabajadora.

el gobierno (y el poder), visto esto en general, creo que se trata de un hecho comprobable a simple vista, pero que en todo caso excede la temática de estas líneas.

45. Pero la cuestión más relacionada al tema de este estudio es que, como particularidad local complementaria sino concausal del poder sindical, lo que se ha dado entre nosotros de manera bien diferenciada, es una importante debilidad del derecho de propiedad y, por consiguiente, de la fuerza y del mismo interés de sus titulares nominales. Y esto necesariamente tiene reflejo sobre la actividad y sobre el poder de los sindicatos porque, como lo explicó KAHN FREUND, "las leyes tratan igualmente de limitar el poder de los sindicatos. Hasta qué punto pueden conseguirlo, depende de la actitud de los empresarios"²¹.

46. La explicación de esta debilidad del derecho de propiedad en nuestro medio ha sido, con relación sobre todo al sector industrial, a mi juicio más que eficazmente sintetizada por Cortes Conde cuando relata el sistema económico acentuado (en ese grado prácticamente inaugurado) en 1946/55: "El gobierno no limitó su apoyo a esos sectores brindándoles únicamente mercados cautivos y crédito, sino operando sobre los precios que podía controlar: tipos de cambio, créditos y tarifas, de modo que fuera mayor el poder adquisitivo del salario nominal"... "Era un tipo de capitalismo diferente. La propiedad nominal de un factor continuaba perteneciendo a su titular, pero la ganancia dependía en una medida muy importante, no ya de su productividad, sino de un hecho administrativo. Al incidir sobre la rentabilidad se afectaba el valor patrimonial y, aunque así no se lo hubiera advertido, también los derechos de propiedad. Es probable que en muchas de las economías mixtas haya ocurrido algo de esto,

pero nunca llegó a extenderse y profundizar tanto como en este caso"²².

47. La hipótesis es que tal vaciamiento del derecho de propiedad, que así deja de tener casi todas las características que lo conforman (salvo la nominalidad o los registros que son a lo que puede alcanzar en un caso así la protección de las leyes) condiciona o determina, necesariamente, la conducta de los propietarios (reitero: sobre todo los industriales) y el comportamiento social global, que en las sociedades organizadas con el sistema capitalista depende también —como se acaba de señalar que decía KAHN FREUND sobre la actividad sindical— en gran medida, de esta actitud de los propietarios.

En lo que interesa a este ensayo, un desempeño débil del interés de los propietarios (que es el resultado necesario de este vaciamiento del derecho de propiedad), libera al interés sindical de su barrera natural y, todavía más que esto, corre inevitablemente al gobierno —cualquiera que sea— del punto medio desde el cual, en una situación "normal", debiera ejercer el arbitraje entre fuerzas sociales en tensión, porque la resultante entre una fuerza que tira de menos, y

(22) ROBERTO CORTÉS CONDE: *La economía política de la Argentina en el siglo XX*, Buenos Aires, Edhasa, 2005, pág. 204. Esta forma de administrar las relaciones económicas pasó a ser desde entonces una posición desde la cual ver las cosas, con mucho arraigo y difusión en el medio nacional. Un ejemplo de esto —entre muchos que serían posibles— lo dio o lo da todavía un manifiesto del grupo sindical (entonces predominante) de las sesenta y dos organizaciones, en el que se promovía, básicamente, el control de costos y de precios, la limitación de las ganancias, la nacionalización de los depósitos bancarios, del transporte y de las industrias básicas, controles cambiarios estrictos, fuerte intervención estatal en el comercio exterior, cancelación de contratos petroleros con empresas extranjeras, control de la remisión de ganancias al exterior y reforma agraria (ver "Resistencia e integración", cit. pág. 253). Y debe tenerse presente que esta organización sindical mantenía una quizás todavía tradicional oposición con los activistas, sindicalistas o posiciones "de izquierda", que a su vez encuadraban a las 62 organizaciones en "la derecha" política.

(21) Autor y op. cit, p. 55

otra que lo hace normalmente o de más, necesariamente queda fuera del medio.

48. En suma, es posible, o es posible explicarse las cosas como que el poder sindical, entre nosotros, no es tanto que sea de por sí desmesurado, como que opera en un vacío de otros poderes que lo limiten, lo cual no cambia el resultado presente, pero quizá sí la forma en que la cuestión se puede analizar y considerar.

IV. Los efectos de la concentración estructural y del poder sindical sobre la libertad de negociación

49. El primer efecto, o el más evidente, de esta concentración de la estructura sindical es el ya señalado varias veces de la consecuente concentración de la estructura negocial. En los hechos, no parece que con tal estructura sindical fuese posible, por lo menos en el presente o en el futuro sobre el que se puede alcanzar a hacer alguna previsión, que se negocie colectivamente sino como se negocia, o sea, prácticamente sin contenidos que no sean el ajuste de salarios por inflación, con aumentos salariales iguales o muy parecidos, para distintas actividades y también iguales al interior de actividades que se extienden por todo el país, y que comprenden a empresas en situaciones o posiciones muy variadas.
50. Pero dejando de lado este efecto, digamos así, inmediato, en cuanto el panorama local de hechos coincida con la relación que se acaba de hacer en los puntos anteriores, así se entiende lo planteado desde el comienzo, en sentido de que con semejante poder de las organizaciones sindicales establecidas, la posibilidad de que algunas nuevas compitan con ellas, y en especial la libertad sindical de negociar colectivamente por fuera de esas grandes organizaciones, queda muy limitada. Con lo cual, dicho esto también desde el inicio, lo que queda decisivamente coartado es la libertad sindical propiamente dicha y no solo un aspecto parcial de su ejercicio, que se pudiese limitar sin mayor costo porque fuera suficiente con que el resto de los "capítulos" de esta libertad se estén cumpliendo. Si se coarta la libertad de negociar colectivamente, inevitablemente se limita de una manera categórica la libertad sindical.
51. Lo que se plantea es que, en un panorama como el descrito, un sindicato eventualmente competidor, para llegar a negociar colectivamente tiene tales dificultades de hecho (derivadas de la reconcentración de la estructura y del poder de los sindicatos presentes), y de derecho (estas básicamente derivadas del sistema de personería gremial), que no hay una forma sincera de aceptar que esta situación es compatible con esa posibilidad libre de concertar convenios colectivos que la CN reconoce "a los gremios", y no solo a algunos sindicatos en especial. En nuestro medio se da la curiosa —u original— situación de que la libertad de negociar de eventuales sindicatos competidores, o aun la de los trabajadores, para elegir con libertad el sindicato por medio del cual quieren negociar, no está coartada o limitada por el estado o por los empresarios —que es lo que se analiza en todas partes— sino por la actividad y hasta por la presencia de otros sindicatos, certificados como mayoritarios.
52. En los últimos 4 o 5 años, es cierto, la jurisprudencia encaró la revisión de algunos aspectos del sistema de personería gremial que coartan el desempeño normal de otros sindicatos que no sean el certificado oficialmente. Sobre todo, como se ha difundido con un alcance y una velocidad llamativos, la CSJN tomó la cuestión en tres casos, "ATE", "Rossi" y "ATE 2"²³, en los que desautorizó: primero, las cláusulas de la ley 23.551

(23) CSJN, 11/11/08, "Asociación de Trabajadores del Estado c/ Ministerio de Trabajo s/ Ley de Asociaciones sindicales", TySS '08, 956; 31/08/09, "Rossi, Pablo c/ Estado Nacional - Ministerio de Trabajo s/ Amparo y Sumarísimo", TySS '09, 1100; y 18/06/13,

que se aplicaban inhibiendo la participación de una asociación sindical en las elecciones de delegados para una empresa ubicada en el ámbito de la personería gremial de otra (primer caso ATE); luego, las que dejaban sin protección sindical especial a dirigentes de un sindicato sin personería (caso Rossi); y finalmente las que impiden a una asociación sin personería llevar adelante una actividad colectiva (en el caso una demanda judicial colectiva en defensa de los derechos de los trabajadores, descalificando el art. 31-a de la LAS).

53. Esta tendencia revisora se dio también en la jurisprudencia de grado, empezando muy poco antes del primer fallo ATE de la CSJN. En esta, también se desarrolló una repentina corriente de decisiones favorables a una mayor apertura del panorama sindical, menos resonante, pero quizá más eficaz o más práctica que la de la CSJN²⁴.

²⁴“ATE c/ Municipalidad de Salta s/ Recurso de Inconstitucionalidad”.

24 La CNAT resolvió: 1) que un sindicato de primer grado con personería gremial que se desfedera de otro de segundo grado, que era el firmante del convenio colectivo de la actividad, “se lleva” la aptitud para negociar colectivamente en la zona menor, aptitud que pierde la federación (CNAT, Sala II, sentencia 94681 del 26/12/06, “MT c/ Federación de Sindicatos de Trabajadores de la Carne y Afines de la República Argentina”; CNAT, Sala VI, 17/09/08, “MT c/ Sindicato de Personal de Industrias Químicas y Petroquímicas”); 2) que es inconstitucional el artículo 29 LAS en cuanto inhibe la existencia de un sindicato menor, de empresa o aún menor, cuando preexiste uno mayor de actividad que abarca al lugar en donde está la empresa (CNAT, Sala IV, 14/05/10, “MT c/ Asociación Personal Universidad Católica”; CNAT, Sala IV, 30/06/11, “M.T c/ Asociación Sindical del Sanatorio Dr. José Méndez”; CNAT Sala II, 29/09/11, “MT c/ Unión Aviadores de Líneas Aéreas”); 3) que los trabajadores tienen derecho de dar a los sindicatos la forma que les parezca mejor (por ejemplo, de partes de una empresa o de un oficio dentro de una empresa) y no sólo una de las previstas en el art. 10 LAS (los cit. de “Asociación del Personal del Sanatorio José Méndez” y de “Unión de Aviadores de Líneas Aéreas”, y CNAT, Sala V, 31/08/11, “MT c/ Nueva Organización de Trabajadores Estatales”); 4) que el Ministerio de Trabajo no puede demorar los trámites de inscripción sindical sin dar, o sin tener motivo para ello (CNAT, Sala IX, 14/09/10,

En estos fallos de la CNAT se decidió que un sindicato de primer grado con personería gremial, que se desfedera de otro de 2º grado que era el firmante del convenio colectivo, “se lleva” la aptitud para negociar colectivamente en la zona menor, aptitud que pierde la federación; o que es inconstitucional el artículo 29 LAS en cuanto inhibe la existencia de un sindicato menor, de empresa o aun menor, cuando preexiste uno mayor, cuando preexiste uno mayor de actividad que abarca al lugar en donde está la empresa; o que los trabajadores tienen derecho de dar a los sindicatos la forma que les parezca mejor (por ejemplo, de partes de una empresa o de un oficio dentro de una empresa) y no solo una de las previstas en el art. 10 LAS; o que el Ministerio de Trabajo no puede demorar los trámites de inscripción sindical sin dar (o sin tener) motivo para ello.

54. Todos estos fallos, y el mismo hecho de que se los haya dado y difundido después de tantos años de estar el tema de la libertad sindical ausente de los hechos y de la jurisprudencia nacionales, darían cuenta, en efecto, de una tendencia que de algún modo se separa de la “clásica” adaptación sin contradicciones a la reconcentración de todo nuestro derecho colectivo del trabajo. Y es cierto que en la medida en que se siguiese en esa línea, lo que parece es que se podría llegar a una mayor libertad en lo esencial, que es el derecho a negociar colectivamente, en el momento en que los hechos “proveyesen” o provean a los tribunales la materia para resolver ese aspecto fundamental de la cuestión.
55. Sin embargo, hay señales de que no es así; de que la tendencia jurisprudencial a una mayor libertad sindical viene con elementos que, si no cambian en el momento en que haya que decidir sobre eso, están poniéndole límites

²⁵“Asociación Gremial de Trabajadores de Subterráneo y Premetro c/ MTEySS”.

capaces de inutilizarla. Es así porque en sus fallos –sobre todo en los dos fallos ATE– la CSJN viene repitiendo una cita de opiniones de los organismos que en la OIT se ocupan de la aplicación más que nada del convenio 87, según la cual no es legítimo admitir a favor de la entidad sindical más representativa otras diferencias o “privilegios” que no sean –entre pocos otros, los demás irrelevantes– el de la exclusividad para negociar colectivamente. Lo cual, puesto a contrario, sin mucho esfuerzo lleva a que esa ventaja, o esa exclusividad si puede admitirse, “para encontrar un justo equilibrio entre la imposición de la unidad sindical y la fragmentación de las organizaciones”²⁵. O sea, que es jurídicamente posible excluir de la negociación colectiva a toda organización que no sea la más representativa, no importa cuál sea el tamaño de las demás o sus características, o las de la situación de que se trate.

56. Esta cita de la doctrina de los órganos internacionales de aplicación la viene haciendo la CSJN sin que esté puesto a decisión el tema de si la aptitud excluyente para negociar es legítima (constitucionalmente y para los tratados internacionales, en la concreta situación nacional) o no lo es, con lo cual es preciso asumir que o se trata de una cita no bien reflexionada (cosa difícil de pensar sobre un fallo de la CSJN) o, de lo contrario, es un preanuncio de que cuando se llegue a tener que resolver sobre el elemento central de la libertad sindical, es posible que se convalide el sistema nacional tal como es, sin perjuicio de las contradicciones formuladas por los citados fallos de la CSJN, que si es así, quedarán más en lo declarativo o en lo tendencial que en lo operativo.

(25) Voto único de CSJN en el caso ATE del 11/11/08, 8° considerando, 3er párrafo citando al Comité de Libertad Sindical. Y 4° considerando en el caso ATE del 18/06/13, citando a la Comisión de Expertos.

57. En todo caso, esas citas de “jurisprudencia” internacional necesitarían antes de convertirse en un elemento de decisión, integrarse con una base de análisis más compleja, porque de hecho son una formulación que se da presuponiendo una pluralidad sindical que acá no existe, y que la realidad y las normas presentes bloquean; y porque como “jurisprudencia”, esto es parte de un contexto de más alcance, en el que, para admitir que una organización se considere mayoritaria, se requiere asegurar la participación real de las personas a través de un recuento frecuente y, por supuesto, de un recuento hecho en condiciones tales que no quiten a cada individuo la real libertad de elegir el sindicato que prefiera²⁶.

58. Con lo cual, pese a esta jurisprudencia “aperturista”, por el momento se vuelve al comienzo, o sea, a que en las condiciones presentes de la estructura sindical no puede afirmarse que en nuestro medio haya suficiente libertad para negociar colectivamente²⁷, y que esto depende de toda una situación de hecho establecida a lo largo de muchos años, que contiene fortísimos elementos que le permiten resistir al cambio hacia una mayor libertad, entre ellos, este que ahora aporta nuestra CSJN con el reiterado señalamiento de que el monopolio de la negociación colectiva a favor de la entidad con personería gremial es aceptable, dicho esto en un medio en el que entre el formato de las leyes y el poder que de hecho tienen los sindicatos

(26) Sobre opiniones de los órganos de la OIT que contextuaron esta que cita la CSJN, ver mi ponencia al “XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad” organizado por la AADT en Bs. As. Mayo '12.

(27) Por no sobrecargar el texto, que trata de poner de manifiesto sobre todo una situación de hecho, no se hace mención allí de las normas específicas vigentes. Pero en esta llamada recuerdo, más de lo que señalo, que esta situación está apuntalada por la reforma de la ley 25.877 en los arts. 18 y 19 de la ley 14.250, que es explícitamente se propuso reforzar la reconcentración de las estructuras sindical y negocial en nuestro medio.

presentes, la estructura sindical hace prácticamente imposible la competencia intersindical, tanto por razones de hecho como hasta por razones, digamos así, procesales.

59. Puede ser que la tendencia señalada cambie y se confirme la apertura jurisprudencial hacia una libertad sindical realmente creciente. También puede ser que no o aun que se incorporen elementos de juicio o hechos que en este momento no se alcancen (o no alcanzó) a ver o prever. Pero en la medida que por la vía a que apunta, entre nosotros, la cita aislada de la doctrina de organismos de la OIT, se confirme el cerramiento del sistema, creo que se estará frente a una oportunidad perdida

y con riesgo de que el sistema refuerce su rígida capacidad de autodefensa: el sistema de personería gremial, como toda monopolización de poderes en cualquier actividad o área que sea, es posible que se haya justificado como medio para sostener la defensa de unos derechos laborales que necesitaban, en su momento, de un refuerzo de emergencia, en la medida en que esa haya sido o se haya percibido la situación en el origen del sistema. Pero hoy, setenta años después, no es posible ver las cosas de esa manera, y esta acumulación de poderes jurídicos y sociales es, más que nada, desequilibrante y limitativa de la libertad sindical entendida, sobre todo, como libertad de negociar colectivamente.