

# Modelo argentino de interdicción de discriminaciones antisindicales (a propósito del caso Fontana, Fernando vs. Club de Regatas Santa Fe)

César Augusto Carballo Mena\*

## Sumario

### Introducción

#### 1. Descripción del caso

**2. Criterios judiciales** 2.1. *Primera instancia (Juzgado de 1ra. Instancia de Distrito 1 en lo Laboral de la 2da. Nominación de Santa Fe)* 2.2. *Segunda instancia (Sala Segunda de la Cámara de Apelación en lo Laboral de Santa Fe)* 2.3. *Resumen*

**3. Apuntes sobre los criterios emanados del Tribunal de Segunda Instancia** 3.1. *En el ámbito organizativo* 3.2. *En el ámbito funcional* 3.3. *En el ámbito tuitivo o inmunitario*

## Introducción

En el presente ensayo serán esbozados algunos criterios judiciales proferidos con ocasión de la solicitud de nulidad de despido pretendidamente discriminatorio por razones de antisindicalidad (Fontana, Fernando vs. Club de Regatas Santa Fe).

---

\* **Universidad Católica Andrés Bello**, Jefe del Departamento de Derecho Social, Jefe de la Cátedra de Derecho Colectivo del Trabajo, profesor de Derecho Colectivo del Trabajo en la Facultad de Derecho y profesor de Conflictos Colectivos de Trabajo en la Especialidad en Derecho del Trabajo. [carballomena@gmail.com](mailto:carballomena@gmail.com).

En particular, se debatió si la presunta víctima ostentó efectivamente el carácter de “representante sindical” o, en todo caso, fue víctima de despido por virtud de sus actividades sindicales. En ambos supuestos devendría nulo el acto extintivo del vínculo laboral, por trasgresión de la inamovilidad o estabilidad reforzada que dimana del fuero sindical, en el primer caso, y por discriminación contraria al derecho fundamental a la libertad sindical, en el segundo.

A través del conflicto intersubjetivo descrito se pretende, finalmente, aproximar al lector a las peculiaridades más trascendentes del modelo argentino de interdicción de discriminaciones antisindicales.

## 1. Descripción del caso

El actor, quien se desempeñaba como salvavidas o guardavidas en un club, fue despedido por supuesto incumplimiento de los deberes dimanantes del contrato de trabajo, entre los cuales destaca la constante separación del puesto de trabajo en ejercicio de la condición –rechazada por el empleador– de “delegado sindical”.

En atención a lo antes expuesto y de conformidad con lo previsto en los artículos 47 y 52 de la Ley N° 23.551 (Amparo Sindical) y 1 de la Ley N° 23.592 (Interdicción de Discriminaciones), fue incoada demanda para recabar la nulidad del despido estimado como discriminatorio por razones sindicales, atendiendo al criterio expuesto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (sentencia de 07 de diciembre de 2010, Álvarez, Maximiliano y otros vs. Cencosud, S.A.):

Corresponde descartar la pretendida inaplicabilidad de la Ley N° 23.592 al ámbito del derecho individual del trabajo, ya que nada hay en el texto de la ley ni en la finalidad que persigue que indique lo contrario, la proscripción de la discriminación no admite salvedades o ámbitos de tolerancia, que se reprobaban en todos los casos, y porque la prestación de uno de los celebrantes, el trabajador, está constituida nada menos que por la actividad humana, la cual resulta, *per se*, inseparable de la persona humana y, por lo tanto, de su dignidad<sup>1</sup>.

Como antes se indicó, el patrono imputó al actor múltiples incumplimientos de sus obligaciones laborales, los cuales justificaron la extinción del contrato de trabajo:

1) (...) participación activa en dificultar la conducción interna de los directivos en lo relacionado con el natatorio. 2) Reuniones permanentes con personas que estaban en el agua. 3) Continuo incumplimiento de asistencia y vigilancia en la pileta a su cargo pese a las advertencias y sanciones que constan en su legajo, conducta que aún persiste. 4) Pretender ocupar un cargo de delegado de personal en representación de una supuesta entidad gremial<sup>2</sup> desconocida por el Club de Regatas, siendo que hace aportes a UTEDYC<sup>3</sup> y usted mismo manifestó tal situación en reclamo ante el Ministerio de Trabajo en exp. 01603-0061272 año 2010 y sabiendo que en esta institución no se llevó a cabo ningún acto eleccionario (artículo 41 inc. a<sup>4</sup>), que no existe el número mínimo de personas de la actividad que permitan la designación de delegado según ley vigente (artículo 45<sup>5</sup>), que no tiene la antigüedad de un año como afiliado a la entidad que pretende representar, que no se ha efectuado designación que cumpla los requisitos legales (artículo 49<sup>6</sup>)...

En los términos expuestos en los párrafos precedentes, el debate judicial versó sobre: i. En primer lugar, la pretendida condición de “delegado sindical” del actor y, por tanto, su consecuencial “fuero sindical” *ex* artículo 52 de la Ley N° 23.551 (caso en el cual procedería la declaratoria de nulidad del despido por no haberse recabado autorización judicial previa<sup>7</sup>); y ii. en el supuesto de

<sup>1</sup> Ver: Rial, Noemí *et alter*: **Manual para representantes sindicales**. Rubinzal – Culzoni Editores. Santa Fe, 2011, p. 329.

<sup>2</sup> Sindicato Único de Guardavidas y Afines de la República Argentina (SUGARA): <http://www.sugara.org/>.

<sup>3</sup> Unión de Trabajadores de Entidades Deportivas y Civiles: <http://www.utedyc.org.ar/>.

<sup>4</sup> Refiere a la Ley N° 23.551 (Asociaciones Sindicales).

<sup>5</sup> Ídem.

<sup>6</sup> Ídem.

<sup>7</sup> Equivalente a la autorización previa que se exige ante los inspectores del trabajo para el despido de trabajadores en goce de fuero sindical (entre otras causales de inamovilidad), de conformidad con lo previsto en los artículos 422 al 424 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras.

declararse la inexistencia del pretendido estatus de “delegado sindical”, el eventual carácter “discriminatorio” del despido por razones de antisindicalidad (caso en el cual procedería la nulidad del despido por vulneración del derecho fundamental a la libertad sindical *ex* artículo 1 de la Ley N° 23.592).

## 2. Criterios judiciales

### 2.1. *Primera instancia (Juzgado de Ira. Instancia de Distrito 1 en lo Laboral de la 2da. Nominación de Santa Fe)*

El actor no gozaba de tutela sindical toda vez que su elección como delegado de SUGARA se realizó con sustracción de las formas requeridas legalmente:

... ya que hasta donde se conoce, no medió convocatoria ni publicidad, como tampoco postulación, oficialización ni comunicación previa al empleador. De allí que en oportunidad del despido (... el accionante) no gozaba de tutela sindical porque, y como es sabido, para que surtan efecto las garantías provenientes de la misma, el artículo 49 de la Ley N° 23.551 impone que la designación del dirigente sindical se haya efectuado cumpliendo con los recaudos legales, caso contrario la protección no es oponible al principal que no ha sido puesto en conocimiento de la realización del comicio. No había entonces para el empleador, condicionamiento alguno para despedir al dependiente; ora sin causa contra el pago de la indemnización del artículo 245 de la Ley N° 20.744 (Régimen de Contrato de Trabajo), ora con causa, si resultaba ésta impediendo de la prosecución del vínculo, quedando en tal caso liberado de responsabilidad indemnizatoria –artículo 242 de la Ley N° 20.744–...

No obstante, se considera que el actor fue víctima de una “discriminación antisindical”, toda vez que el patrono le recriminó sus actividades sindicales y no logró probar los incumplimientos contractuales que, en su decir, justificaron el despido:

... debía demostrar la accionada que eran razones valederas las que esgrimió para despedir a un trabajador que contaba con 15 años de antigüedad al servicio de la institución. Pero ha sido magra su actividad probatoria,

cobrando color por contrapartida la versión del accionante, de que en realidad el distracto obedeció a motivación vinculada con su actividad sindical (...) Queda claro que el activismo sindical del dependiente, fue determinante pero además causa expresa de su desvinculación, incursionando incluso la empleadora en tema de encuadre sindical que hasta allí no se había planteado siquiera entre los gremios supuestamente involucrados –SUGARA y UTEDYC–. De todos modos, resulta absolutamente legítimo que un sindicato aspire a representar a un colectivo de trabajadores, y en tal sentido, la puja intersindical entre los gremios no puede ser obstaculizada por la empleadora, sin perjuicio de que en resguardo de sus propios intereses, está legitimada para intervenir (ser oída, argumentar y formular peticiones en la forma y por las vías adecuadas) en el debate acerca del encuadramiento sindical de los trabajadores bajo su dependencia (CSJN, 13-08-1996, Sindicato de Trabajadores de la Industria de la Alimentación vs. Ministerio de Trabajo, DT, 1996-B-2057), habiéndose dictado con tal propósito el Decreto N° 1040/01. Pero de allí a dejar al dependiente por tal motivo sin empleo hay largo trecho, si se repara que fue una actividad que al decir de los testigos se desarrollaba en clima de tirantez, debido al destrato y hostigamiento de la Directiva de entonces para con los trabajadores del sector –guardavidas–, y fue desplegada por el actor manteniendo buena relación con los compañeros de trabajo, sin interferir en la conducción de la Comisión, y haciendo reclamos que a estar a las constancias de autos tenían que ver con pago de adicional por título, horarios de trabajo o falta de guardavidas en la pileta chica, evidenciantes de preocupación por las condiciones de labor y la seguridad de los usuarios de la piscina, asumiendo una representación que se hallaba legitimada por la decisión de sus compañeros de ungirlo delegado, según da cuenta el acta del 28.01.10 (doc.act.), donde junto al contenido, reconocieron todo los testigos la firma estampada al pie.

En consecuencia, se declara la nulidad del despido y se ordena la reinstalación del accionante en su puesto de trabajo:

... acreditado el carácter discriminatorio el despido es acto nulo, cuya reparación en el *sub-lite* no es otra que la de restituir al dependiente a su

puesto de trabajo tal como fuera peticionado. Ello así porque de conformidad a lo dispuesto por los artículos 14 *bis* y 16 de la Constitución de la Nación, 81 RCT, 1 de la Ley N° 23.592 y 1044 y 1056 del Código Civil, un acto discriminatorio produce los efectos de un acto ilícito –artículo 1071 del Código Civil–.

## 2.2. *Segunda instancia (Sala Segunda de la Cámara de Apelación en lo Laboral de Santa Fe)*<sup>8</sup>

El debate en torno a la eventual lesión de la libertad sindical ofrece un doble nivel de análisis, de ámbito colectivo e individual<sup>9</sup>:

... primero, la cuestión colectiva respecto a la capacidad de representación del sindicato de guardavidas (SUGARA) frente a la empresa demandada; y el segundo en relación a la violación del derecho de libertad sindical del actor, con la consideración como discriminatorio del despido comunicado por la empleadora.

En el plano colectivo, se reconoce la personería gremial de SUGARA y su derecho a representar los intereses de los guardavidas que presten servicios en el ámbito del club que organiza el patrono accionado:

El Club Regatas reconoce como la entidad sindical que representa a sus empleados a UTEDYC, considerando aplicable el Convenio Colectivo del Trabajo 462/06 (...) A su vez, el actor reclama la representación de los trabajadores que cumplen tareas de “guardavidas” en la institución demandada, a través del SUGARA e invoca la aplicación del Convenio Colectivo

<sup>8</sup> Ponencia del Dr. Sebastián César Coppoletta, voto concordante del Dr. Julio César Alzueta, y abstención del Dr. José Daniel Machado (*ex* artículo 26 de la Ley N° 10.160).

<sup>9</sup> Por virtud de la “pluriofensividad” que suelen entrañar las conductas antisindicales, lesionando al mismo tiempo intereses individuales y colectivos, el artículo 54 de la Ley N° 23.551 prevé que en caso de “prácticas desleales” podrán ejercer la acción destinada a restituir la situación jurídica infringida tanto la organización sindical concernida como el damnificado, actuando conjunta o separadamente.

del Trabajo 179/91. En esta norma colectiva, el club empleador no encuentra una representación patronal. Se produce de esta forma, un típico conflicto de encuadramiento sindical, entre el sindicato vertical –UTEDYC– y el horizontal –SUGARA– por los trabajadores que cumplen tareas de guardavidas en el club demandado (...) Es evidente, pero vale la pena aclararlo, que ambos sindicatos cuentan con personería gremial y que ambos convenios colectivos regulan la tarea desarrollada por el actor (...) La preeminencia del sindicato horizontal sobre el vertical, en este caso, cumple además con la garantía de la libertad sindical en los términos del artículo 2 del Convenio N° 87 de la OIT (...) el empleador no puede simplemente “desconocer” la actividad gremial y con ello pretender imposibilitar la actividad sindical del SUGARA. Para ello, en caso de que lo considere pertinente, tiene habilitadas las vías del artículo 59 de la Ley N° 23.551 y artículo 3 del Decreto N° 1040/01. Así lo ha decidido esta Sala II en la sentencia en el caso “Luque vs. SMATA” de fecha 25 de marzo de 2013. Como corolario, entiendo que el SUGARA tiene capacidad suficiente para representar colectivamente a los trabajadores guardavidas en el Club Regatas.

En el plano individual, se verifica: Aunque el actor aparece afiliado a una organización sindical con personería gremial no puede atribuírsele la condición de delegado, toda vez que fueron incumplidos los requisitos previstos en la Ley N° 23.551:

El actor es afiliado a un sindicato con personería gremial, pero en el establecimiento donde presta servicios (Club Regatas) los trabajadores representados por este sindicato no llegan al número de diez requerido por el artículo 45 inc. a) de la Ley N° 23.551 para la actividad de un delegado (...) Y es aquí donde juzgo relevante los artículos 3 y 4 del Convenio N° 135 de la OIT pues, decididamente se hace referencia a representantes electos por algún comicio regulado por las leyes domésticas, siendo claros los textos normativos que la legislación puede determinar qué clase de representantes tendrán derecho a la protección convencional. En consecuencia, la decisión legislativa de limitar la existencia de un delegado a partir de un universo mínimo de diez trabajadores no parece incumplir el mandato

constitucional-convencional (...) Esto es determinante para la solución de la causa: el trabajador no tiene derecho al cargo de delegado pues no se cumplen en el caso los requisitos legales.

El accionante, considerado exclusivamente en su carácter de “trabajador”, es decir, al margen de la frustrada condición de “delegado”, tampoco aparece como víctima de discriminación antisindical:

... en la fundamentación del despido, no observo consideraciones respecto a sancionar al actor por actividad sindical más allá a la referencia al cargo de delegado. Por lo tanto, tampoco encuentro en la decisión de la empleadora una conducta contraria al Convenio N° 98 de la OIT (...) Y así, considerar la conducta del empleador como discriminatoria en los términos de la Ley N° 23.592 es una trampa. Ello en tanto, al invocar la aplicación de la Ley N° 23.592, el actor debe considerarse comprendido en una situación en la que es titular de un derecho o garantía fundamental y ese ejercicio es impedido, obstruido, restringido o de algún modo menoscabado. Y en el caso de autos, el actor no puede invocar ser titular del derecho de libertad sindical individual de acceder a un cargo de delegado. Por lo demás, tampoco se ha demostrado una conducta antisindical más allá de la oposición al ejercicio del cargo de delegado gremial, que pueda considerarse violatoria del Convenio N° 98 de la OIT o de la Ley N° 23.592 en cuanto a “opinión gremial”. Y aún más, entiendo que la imposibilidad del actor de acceder al cargo de delegado obsta a una solución efectiva a través de la reinstalación. Ello en tanto, si se reinstala al actor conforme la decisión del *a quo*, nada impide que el empleador lo despida inmediatamente sin invocación de causa. Y no se le puede otorgar al actor una suerte de estabilidad propia que no tiene en la Ley N° 20.744; ni tampoco se puede supeditar su estabilidad propia en forma temporaria a una elección sindical, ello en tanto esa elección no está habilitada por la propia ley.

### 2.3. Resumen

i. Ambas sentencias declararon que el actor jamás ostentó la condición de delegado de una asociación sindical, por inobservancia de los requisitos previstos en la Ley N° 23.551.



ii. No obstante, el juzgador de primera instancia estimó que el accionante –en su condición de mero trabajador– fue víctima de un despido antisindical, toda vez que el patrono: a. No alcanzó a probar los incumplimientos que –en su decir– justificaron la extinción del vínculo laboral; y b. entre las causas que supuestamente justificaron el despido destaca la pretensión del actor de “ocupar un cargo de delegado de personal en representación de una supuesta entidad gremial desconocida...”.

iii. Por su parte, el juzgador de segunda instancia rechazó la hipótesis de discriminación antisindical al considerar que la única actividad sindical impugnada por el patrono fue precisamente aquella asociada a la –inexistente– condición de delegado que el actor se adjudicó.

### **3. Apuntes sobre los criterios emanados del Tribunal de Segunda Instancia**

La libertad sindical entraña el derecho de trabajadores y patronos a organizarse en la forma que estimen conveniente y sin autorización previa para la mejor defensa de sus derechos e intereses, con plena garantía de indemnidad, según la Constitución Nacional argentina:

**Artículo 14 bis-**. El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: (...) organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial. Queda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo...

El Convenio N° 87 de la Organización Internacional del Trabajo, establece:

**Artículo 2.-** Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas.

**Artículo 10.-** En el presente Convenio, el término organización significa toda organización de trabajadores o de empleadores que tenga por objeto fomentar y defender los intereses de los trabajadores o de los empleadores.

**Artículo 11.-** Todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo para el cual esté en vigor el presente Convenio se obliga a adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores y a los empleadores el libre ejercicio del derecho de sindicación.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, señala:

**Artículo 8.1.a.-** El derecho de toda persona a fundar sindicatos y afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de las organizaciones correspondientes, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales. No podrá imponerse otras restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias para una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos o libertades ajenos.

Como se observa, la libertad sindical entraña tres componentes inescindibles e interdependientes<sup>10</sup>: i. Estático u organizativo (derecho a organizarse en la forma que se estime conveniente, sin autorización previa ni injerencias externas); ii. dinámico o funcional (promoción y defensa de los derechos e intereses de clase o categoría); y iii. inmunitario o tuitivo (eficaz protección contra conductas antisindicales, cualquiera fuese el agente).

La sentencia comentada ofrece relevantes criterios en torno a los aludidos componentes de la libertad sindical, a propósito del conflicto intersubjetivo sometido a su escrutinio:

---

<sup>10</sup> Carballo Mena, César Augusto: **Libertad sindical. La perspectiva de los derechos fundamentales**. CACM, editor. Caracas, 2012, pp. 165-167.

### 3.1. En el ámbito organizativo

El empleador, en observancia de los derechos dimanantes de la libertad sindical, está obligado a reconocer –y eventualmente, interactuar con– las organizaciones sindicales que representen legítimamente los derechos e intereses de sus trabajadores.

En el caso concreto coexisten dos organizaciones sindicales, una de “actividad” (Utedyc), y otra –a la que afilia el demandante– de “profesión u oficio” (Sugara); ambas titulares del atributo de personería gremial que les confiere la representación de los intereses colectivos de las categorías profesionales concernidas. En consideración a lo antes expuesto:

... el empleador no puede simplemente “desconocer” la actividad gremial y con ello pretender imposibilitar la actividad sindical del Sugara. Para ello, en caso de que lo considere pertinente, tiene habilitadas las vías del artículo 59 de la Ley N° 23.551 y artículo 3 del Decreto N° 1040/01.

Incluso, en la esfera de un hipotético encuadramiento sindical<sup>11</sup>, habría de reconocerse “legitimación preferente” al sindicato de “profesión u oficio”, toda vez que su “personería gremial” se fundamenta, *ex artículo 30 de la Ley N° 23.551*, en el reconocimiento de “intereses profesionales diferenciados”, cuya promoción y tutela colectiva le corresponde ejercer monopólicamente:

Se produce de esta forma, un típico conflicto de encuadramiento sindical, entre el sindicato vertical –Utedyc– y el horizontal –Sugara– por los trabajadores que cumplen tareas de guardavidas en el club demandado. La empresa solo reconoce la actividad sindical de Utedyc, y en favor de esta entidad gremial juega la representación colectiva del empleador. Sin embargo, el Sugara cuenta a su favor con la especialidad en la representación sindical de los trabajadores de la profesión de guardavidas (...) La preeminencia del

<sup>11</sup> El caso concreto no refleja un conflicto intersindical por la representación de una determinada categoría de trabajadores. Se trata, más bien, de la pretensión del actor de ser reconocido como “sujeto sindical unipersonal” y, como consecuencia de ello, víctima de despido discriminatorio.

sindicato horizontal sobre el vertical, en este caso, cumple además con la garantía de la libertad sindical en los términos del artículo 2 del Convenio N° 87 de la OIT...

Dentro del perímetro comentado se inserta también lo concerniente al derecho de las organizaciones sindicales a designar “delegados” para que, actuando como “sujetos colectivos unipersonales”, defiendan y promuevan los derechos e intereses de sus representados en un determinado establecimiento o centro de trabajo.

El artículo 45.a de la Ley N° 23.551 condiciona dicha designación de “delegados”, entre otros requisitos<sup>12</sup>, a la existencia en el respectivo establecimiento de, por lo menos, diez trabajadores susceptibles de representación gremial.

Por la circunstancia expuesta, en el caso dirimido judicialmente se negó al actor el pretendido estatus de “delegado sindical”:

El actor es afiliado a un sindicato con personería gremial, pero en el establecimiento donde presta servicios (Club Regatas) los trabajadores representados por este sindicato no llegan al número de diez requerido por el artículo 45 inc.

---

<sup>12</sup> Destacan entre tales requisitos (artículo 41 de la Ley N° 23.551) los referentes a las “formalidades del proceso eleccionario” (convocatoria por parte de la organización sindical legitimada y celebración mediante voto directo y secreto, en el centro de trabajo y durante horas laborables) y a los “atributos del delegado” (como mínimo 18 años de edad y por lo menos un año de afiliación sindical y de antigüedad al servicio del patrono). En relación con el lapso de afiliación sindical (análogo a la antigüedad mínima al servicio del patrono), cabe advertir que: “Una disposición que exige como requisito para ser dirigente sindical tener una antigüedad como miembro del sindicato no inferior a seis meses supone una limitación importante al derecho de las organizaciones de trabajadores de elegir libremente sus representantes”. Organización Internacional del Trabajo: **La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT.** 5ª, Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra, 2006, p. 414. De otro lado, el juzgador de primera instancia destaca el incumplimiento del deber de comunicación al patrono de la designación del delegado, como condición para el goce de las facilidades y prerrogativas que la legislación consagra (artículo 42 de la Ley N° 23.551).

a) de la Ley N° 23.551 para la actividad de un delegado. Es por ello, que el actor no es electo en la forma ordinaria y regular de elecciones sindicales, simplemente porque según esta norma no puede haber elecciones de delegados en esa empresa porque no se cumple con el requisito mínimo. Y es aquí donde juzgo relevante los artículos 3 y 4 del Convenio N° 135 de la OIT<sup>13</sup> pues, decididamente se hace referencia a representantes electos por algún comicio regulado por las leyes domésticas, siendo claros los textos normativos que la legislación puede determinar qué clase de representantes tendrán derecho a la protección convencional. En consecuencia, la decisión legislativa de limitar la existencia de un delegado a partir de un universo mínimo de diez trabajadores no parece incumplir el mandato constitucional-convencional.

Estimo –coincidiendo con el juzgador de segunda instancia– que someter la designación del “delegado sindical” a un mínimo de trabajadores representados en su esfera espacial de actuación, no luce –*prima facie*– contrario a la idea de libertad sindical, sobre todo si se repara en las facilidades y prerrogativas que dicho estatus traduce (crédito horario, facilidades locativas, reuniones frecuentes con el empleador, libre acceso a las áreas del establecimiento, incoación de reclamos, estabilidad reforzada<sup>14</sup>, etcétera).

<sup>13</sup> Convenio N° 135 OIT sobre los representantes de los trabajadores: “**Artículo 3.-** A los efectos de este Convenio, la expresión representantes de los trabajadores comprende las personas reconocidas como tales en virtud de la legislación o la práctica nacionales, ya se trate: a. De representantes sindicales, es decir, representantes nombrados o elegidos por los sindicatos o por los afiliados a ellos; o b. De representantes electos, es decir, representantes libremente elegidos por los trabajadores de la empresa, de conformidad con las disposiciones de la legislación nacional o de los contratos colectivos, y cuyas funciones no se extiendan a actividades que sean reconocidas en el país como prerrogativas exclusivas de los sindicatos”. “**Artículo 4.-** La legislación nacional, los contratos colectivos, los laudos arbitrales o las decisiones judiciales podrán determinar qué clase o clases de representantes de los trabajadores tendrán derecho a la protección y a las facilidades previstas en el presente Convenio”.

<sup>14</sup> Refiere a la prohibición del despido, suspensión o alteración de las condiciones de trabajo de ciertas categorías de dirigentes y militantes sindicales sin que medie previa autorización judicial (artículo 52 de la Ley N° 23.551). Como antes se apuntó, dicho modelo resulta análogo al previsto en la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, aun cuando en este último instrumento normativo se atribuye potestad jurisdiccional a los inspectores del trabajo (artículos 422-424).

A favor de la tesis expuesta cabe mencionar –analógicamente– el criterio del Comité de Libertad Sindical de la OIT a propósito de la exigencia de un número mínimo de afiliados como condición de existencia de organizaciones sindicales:

287. Aunque el requisito de una afiliación mínima a nivel de empresa no es en sí incompatible con el Convenio N° 87, el número mínimo debería mantenerse dentro de límites razonables para no obstaculizar la constitución de organizaciones. Este concepto puede variar en función de las condiciones particulares en que las restricciones se imponen<sup>15</sup>.

292. El número mínimo de 20 miembros para la constitución de un sindicato no parece constituir una cifra exagerada ni, por consiguiente, un obstáculo de por sí para la formación de sindicatos<sup>16</sup>.

680. La disposición de una ley según la cual un sindicato deba ser disuelto cuando sus efectivos descendan a menos de 20 o de 40 miembros, según se trate de un sindicato de empresa o de un sindicato profesional, no puede ser considerado de por sí una violación del ejercicio de los derechos sindicales, siempre que la disolución vaya acompañada de las garantías legales necesarias para impedir toda posibilidad de abuso en la interpretación de tal disposición: a saber, el derecho de recurrir ante un tribunal de justicia<sup>17</sup>.

En síntesis, atendiendo en particular al requisito del número mínimo de trabajadores representados en el establecimiento<sup>18</sup>, el actor no ostentó la condición de “delegado sindical” *ex* Ley N° 23.551 y, por tal virtud, no resultaban procedentes las facilidades y prerrogativas asociadas a dicho estatus.

Por último, conviene advertir que el desconocimiento al actor del estatus de “delegado sindical” no supone negarle, en tanto trabajador, el derecho funda-

<sup>15</sup> Organización Internacional del Trabajo: ob. cit., p. 64.

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 65.

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 146.

<sup>18</sup> El juzgador de primera instancia advirtió también el incumplimiento de las formalidades asociadas al proceso eleccionario.

mental a la libertad sindical, incluyendo la eficaz tutela contra conductas antisindicales (ver *supra*).

### 3.2. *En el ámbito funcional*

La sentencia comentada sostiene acertadamente que “el ejercicio de la libertad sindical individual va mucho más allá de ocupar un cargo de delegado”. Así, rechazado el estatus de “sujeto colectivo unipersonal” pretendido por el actor, se advierte que éste, dentro del perímetro de su relación de trabajo, es titular de los derechos que comprende la libertad sindical en su plano individual, los cuales merecen eficaz tutela judicial.

Entre los contenidos de la libertad sindical individual destacan los derechos a organizarse en la forma que se estime conveniente para defender y promover los intereses de clase o categoría (artículos 14 *bis* de la Constitución de la Nación, 2 del Convenio N° 87 de la OIT y 4.a de la Ley N° 23.551); afiliarse, desafiliarse o no afiliarse a sindicatos y demás organizaciones de representación colectiva de intereses de clase o categoría (artículos 2 y 10 del Convenio N° 87 de la OIT, 4.b y 12 de la Ley N° 23.551); elegir y ser electo como representante sindical (artículo 3 del Convenio N° 87 de la OIT y 4.d de la Ley N° 23.551); ejercer actividades sindicales tales como asistir y participar en las asambleas y demás actos sindicales (artículos 3 y 10 del Convenio N° 87 de la OIT, 4.c y 8.c de la Ley N° 23.551); y –particularmente relevante en el caso que se analiza– gozar de eficaz protección contra conductas antisindicales (artículos 11 del Convenio N° 87 de la OIT, 1 y 2 del Convenio N° 98 de la OIT, 7 y 47 de la Ley N° 23.551, y 1 de la Ley N° 23.592).

En el plano colectivo se alude –solo tangencialmente, pues no resulta relevante para dirimir la controversia sometida a escrutinio judicial– a las prerrogativas asociadas a la “personería gremial”, por contraposición a la “mera inscripción”, y su compatibilidad con la concepción de libertad sindical que encarna el Convenio N° 87 de la OIT:

En el caso concreto, las dos organizaciones sindicales involucradas, Utedyc y Sugara, gozan de personería gremial, razón por la cual escenifican, como antes fue señalado, un potencial conflicto intersindical de encuadramiento.

La personería gremial reconocida a la organización horizontal (SUGARA) supone la existencia de intereses profesionales, de oficio o categoría merecedores de tutela sindical específica, en los términos del artículo 30 de la Ley N° 23.551. A este respecto, la sentencia comentada destaca el cuestionamiento que ha merecido de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT el modelo argentino de “unidad sindical promovida”<sup>19</sup>, a partir de la preferencia normativa por las organizaciones “verticales o de actividad”.

En todo caso, la acción judicial<sup>20</sup> ha estrechado las diferencias funcionales planteadas legislativamente entre organizaciones con personería gremial y las simplemente inscriptas, privilegiando a las primeras, en los términos que ha sostenido el Comité de Libertad Sindical de la OIT, solo en materia de representación en negociaciones colectivas, consultas con los gobiernos y designación de delegados ante organismos internacionales:

346. El Comité indicó que en diversas oportunidades, y en particular a propósito de la discusión del proyecto de Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, la Conferencia Internacional del Trabajo había evocado la cuestión del carácter representativo de los sindicatos y admitido, hasta cierto punto, la distinción que a veces se hace entre los diferentes sindicatos de acuerdo con su grado de representatividad. La Constitución de la OIT en el párrafo 5 del artículo 3, consagra la noción de “organizaciones profesionales más representativas”. Por consiguiente, el Comité estimó que el simple hecho de que la legislación de un país establezca una distinción entre las organizaciones sindicales más representativas y las demás organizaciones sindicales no debería ser en sí criticable. Sin embargo, es necesario que una distinción de este género no tenga como consecuencia conceder a las organizaciones más representativas –carácter que se deriva de

<sup>19</sup> Ver Rial: ob. cit., pp. 324-326.

<sup>20</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, sentencias de 11 de noviembre de 2008, ATE vs. Ministerio del Trabajo, y 09 de diciembre de 2009, Rossi, Adriana vs. Estado Nacional-Armada Argentina.



un número más elevado de afiliados—privilegios que excedan de una prioridad en materia de representación en las negociaciones colectivas, consultas con los gobiernos, o incluso en materia de designación de los delegados ante organismos internacionales. En otras palabras, tal distinción no debería tener por consecuencia el privar a las organizaciones sindicales, que no hayan sido reconocidas como las más representativas, de los medios esenciales para defender los intereses profesionales de sus miembros ni del derecho de organizar su gestión y su actividad y de formular su programa de acción, previsto por el Convenio N° 87<sup>21</sup>.

### 3.3. *En el ámbito tuitivo o inmunitario*

La libertad sindical conjuga mecanismos de “autotutela”, desplegados por los propios sujetos colectivos mediante modos autonómicos de acción, y de “heterotutela”, ejercidos por los órganos estatales a través de eficaces mecanismos “preventivos” (como la inamovilidad<sup>22</sup> o estabilidad reforzada *ex* artículo 52 de la Ley N° 23.551), “reparatorios” (como el amparo sindical *ex* artículo 47 de la Ley N° 23.551 o la interdicción de conductas discriminatorias *ex* artículo 1 de la Ley N° 23.592) y “sancionatorios” (como las multas previstas en el artículo 55 de la Ley N° 23.551).

En relación con los representantes gremiales, el artículo 14 *bis* de la Constitución Nacional argentina dispone el goce “de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo”. De este modo se estatuye un “fuero sindical”, entendido como el conjunto de prerrogativas y facilidades destinado a garantizar el pleno y eficaz ejercicio de la libertad sindical.

<sup>21</sup> Organización Internacional del Trabajo: *ob. cit.*, p. 78.

<sup>22</sup> Esta es la denominación —por demás gráfica— que se le atribuye en el ordenamiento jurídico venezolano al mecanismo preventivo contra despidos, traslados o alteraciones de las condiciones de trabajo por razones de antisindicalidad, cuyo conocimiento es adjudicado a instancias administrativas (artículos 95 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y 418 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras).

En sentido análogo, el Convenio N° 135 de la OIT<sup>23</sup> dispone que los representantes de los trabajadores deben gozar de eficaz protección<sup>24</sup> contra conductas antisindicales (artículo 1) y de facilidades apropiadas<sup>25</sup> para permitirles el desempeño rápido y eficaz de sus funciones (artículo 2).

Por su parte, la Ley N° 23.551 garantiza a los representantes sindicales, en sintonía con lo antes expresado, tanto “medidas de protección” destinadas

---

<sup>23</sup> Venezuela no ha ratificado este convenio internacional.

<sup>24</sup> El numeral 6 de la Recomendación N° 143 de la OIT sobre los representantes de los trabajadores incluye entre las medidas de “eficaz protección” las siguientes: “a. Definición detallada y precisa de los motivos que pueden justificar la terminación de la relación de trabajo de los representantes de los trabajadores; b. Exigencia de consulta, dictamen o acuerdo de un organismo independiente, público o privado, o de un organismo paritario antes de que el despido de un trabajador sea definitivo; c. Procedimiento especial de recurso accesible a los representantes de los trabajadores que consideren que se ha puesto fin injustamente a su relación de trabajo, o que sus condiciones de empleo han sido modificadas desfavorablemente, o que han sido objeto de trato injusto; d. Por lo que se refiere a la terminación injustificada de la relación de trabajo de los representantes de los trabajadores, el establecimiento de una reparación eficaz que comprenda, a menos que ello sea contrario a los principios fundamentales de derecho del país interesado, la reintegración de dichos representantes en su puesto, con el pago de los salarios no cobrados y el mantenimiento de sus derechos adquiridos; e. Imponer al empleador, cuando se alegue que el despido de un representante de los trabajadores o cualquier cambio desfavorable en sus condiciones de empleo tiene un carácter discriminatorio, la obligación de probar que dicho acto estaba justificado; f. Reconocer la prioridad que ha de darse a los representantes de los trabajadores respecto de su continuación en el empleo en caso de reducción del personal”.

<sup>25</sup> La Recomendación N° 143 de la OIT sobre los representantes de los trabajadores prevé como “facilidades apropiadas” para garantizar el pleno y eficaz ejercicio de las actividades de representación de los trabajadores: a. Licencia remunerada para ejercer actividades en el centro de trabajo (numeral 10) y participar en reuniones, cursos de formación, seminarios, congresos y conferencias sindicales (numeral 11); b. autorización para ingresar a todos los lugares del centro del trabajo (numeral 12); c. mecanismos adecuados de comunicación con el patrono o sus representantes (numeral 13); d. derecho al cobro periódico de las cuotas sindicales en el centro de trabajo (numeral 14); e. derecho a comunicarse con sus representados mediante fijación de avisos o distribución de documentos en el centro de trabajo (numeral 15); y f. provisión patronal de facilidades materiales e información necesarias para el ejercicio de sus funciones (numeral 16).

a prevenir conductas antisindicales (estabilidad reforzada *ex* artículo 52) como “facilidades” orientadas a asegurar el eficaz ejercicio de las funciones de representación de intereses colectivos (participación en inspecciones organizadas por las autoridades administrativas de trabajo *ex* artículo 43.a; celebración de reuniones periódicas con el patrono *ex* artículo 43.b; incoación de reclamaciones ante este *ex* artículo 43.b; disfrute de licencia sin goce de haberes *ex* artículo 48; e información sobre la nómina de trabajadores con ocasión de elecciones sindicales *ex* artículo 53.k).

La enfática tutela que merecen los representantes sindicales, en el plano de las referidas normas internas e internacionales, se explica por la trascendencia de sus funciones, en tanto encarnan a las organizaciones sindicales como sujetos que promueven y defienden intereses colectivos, y como consecuencia de ello, por el mayor riesgo al que se encuentran expuestos de ser víctimas de conductas antisindicales de origen patronal.

Al margen de la protección reforzada que merecen los representantes sindicales, cabe advertir, como se muestra en la sentencia objeto de comentarios, la imperativa interdicción de las conductas, cualquiera sea el agente, que tengan por objeto o efecto impedir u obstruir el pleno y eficaz ejercicio de la libertad sindical que titularizan los trabajadores y sus organizaciones.

En el sentido expuesto, el Convenio N° 98 de la OIT dispone: “los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo” (artículo 1.1); destacando que dicha protección deberá ejercerse especialmente contra los despidos o perjuicios de cualquier especie que sean infligidos como retaliación por la participación de los trabajadores en actividades sindicales “fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo” (artículo 1.2.b).

Por su parte, el artículo 1 de la Ley N° 23.592 declara la interdicción de las conductas discriminatorias y al restitución de la situación jurídica infringida a solicitud del damnificado, incluyendo aquellas que se susciten en el ámbito de la relación de trabajo y, de modo más específico, por razones de antisindicalidad.

Es en este contexto normativo donde se produce la disparidad de criterios entre los juzgadores del caso Fontana, Fernando vs. Club de Regatas Santa Fe: mientras que en primera instancia se estimó que la referencia patronal a la actividad sindical del actor en su pretendida condición de delegado sindical, como justificación del despido, constituía evidencia de discriminación anti-sindical, el juzgador de alzada desechó tal conclusión a partir de la constatación de que el actor nunca exhibió el carácter de representante de los trabajadores y, por tanto, no podría estimarse como víctima de discriminación en el ejercicio de funciones para las cuales no estaba legalmente investido.

En efecto, el patrono, en la oportunidad de justificar el despido del actor, alegó que éste incurría en constantes separaciones del puesto de trabajo con la excusa de ejercer la –inexistente– condición de delegado sindical. Por tanto, al verificarse judicialmente que el actor jamás ostentó la condición de delegado sindical, sus reiteradas “separaciones” del puesto de trabajo no se encontraban amparadas por las facilidades y prerrogativas que la libertad sindical impone para garantizar su pleno y eficaz ejercicio sino que, en tales circunstancias, configuraron incumplimientos de los deberes dimanantes del contrato de trabajo, susceptibles de sancionarse –*prima facie*– con despido disciplinario.

En este sentido, conviene advertir que el Convenio N° 98 de la OIT considera como discriminación antisindical el despido provocado por la participación del trabajador en actividades sindicales “fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo” (artículo 1.2.b). De tal modo que, por argumento *a contrario sensu*, el despido que tuviese por causa las actividades sindicales ejercidas durante las horas de trabajo y sin autorización patronal, no podría considerarse arbitrario, enervándose el supuesto de discriminación antisindical.

En síntesis, el ejercicio de funciones de representación de intereses colectivos durante horas laborables y sin cumplir con los requisitos legales para recabar el estatus de delegado sindical, implicó que el actor incurriese en violación de obligaciones derivadas del contrato de trabajo, enervándose así la hipótesis despido discriminatorio por razones de antisindicalidad.

\* \* \*

**Resumen:** El autor comenta un caso decidido por los tribunales argentinos donde se discute la discriminación por razón de actividades sindicales y en consecuencia el despido. En definitiva, el colaborador aspira evidenciar cómo funciona el modelo argentino de interdicción de discriminaciones anti-sindicales. **Palabras clave:** antisindicalidad, actividades sindicales, libertad sindical. Recibido: 11-02-2015. Aprobado: 01-03-2015.

