

PROF. WALTER ANDRES PRADO

TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

El derecho a huelga en la actividad docente: Su impacto en las remuneraciones.

Universidad Empresarial Siglo XXI
Abogacía

Agradecimientos

Resumen

Después de décadas y décadas de lucha obrera, en el siglo XXI el derecho a huelga se encuentra ampliamente consagrado en todas las dimensiones normativas. Sin embargo en la actualidad tal como su constante construcción, surge la siguiente problemática: por un lado es legal el ejercicio del derecho a huelga siempre que se cumplan los pasos formales para su ejecución, por otro lado se encuentra el derecho del empleador de soportar la huelga pero no de financiarla, esto es abonar el día no trabajado en ocasión del día de huelga. Sin embargo, ¿es válido que un trabajador ejerciendo un derecho constitucional sufra un menoscabo salarial?

El presente es un trabajo de Investigación Aplicada que indaga respecto al derecho a huelga, analiza el concepto de huelga, su marco legal, las particularidades de su ejercicio en la actividad laboral docente, cuáles son las implicancias y alcances del derecho a huelga, así como también los límites a su ejercicio. Finalizando con el análisis de los principales argumentos a favor y en contra de los descuentos salariales por las jornadas de huelga.

Para lograr este objetivo será preciso un trabajo de investigación cualitativa, explorando las fuentes bibliográficas disponibles, no solo en cuanto a normativa sino también la elaboración doctrinaria y jurisprudencial.

Palabras claves: Derecho a huelga-Descuentos salariales

Abstract

After decades and decades of workers' struggle, in the 21st century the right to strike is widely consecrated in all normative dimensions. However, at present, as its constant construction, the following problem arises: on the one hand, it is legal to exercise the right to strike provided that the formal steps for its execution are complied with, on the other hand, the employer's right to support the strike but not to finance it, this is to pay for the day not worked on the day of the strike. However, is it valid for a worker exercising a constitutional right to suffer a salary loss?

The present is an Applied Research work that investigates the right to strike, analyzes the concept of strike, its legal framework, the particularities of its exercise in teaching work, what are the implications and scope of the right to strike, as well as also the

limits to its exercise. Finalizing with the analysis of the main arguments in favor and against salary discounts for the strike days.

To achieve this goal, a qualitative research work will be necessary, exploring the available bibliographic sources, not only in terms of regulations but also the doctrinal and jurisprudential.

Key boards: Right to strike- salary discounts

ÍNDICE

Agradecimientos

2

Resumen	2
Abstract	2
Introduccion general	¡Error! Marcador no definido.
Capítulo I	8
Introducción.	9
1 Nociones generales	10
1.1 El derecho a huelga: evolución histórica.	10
1.2 El derecho a huelga en la República Argentina	10
1.3 Derecho a huelga. Concepto	13
Conclusiones parciales	20
Capítulo 2	22
Introducción.	23
2.1 Marco normativo del derecho a huelga.	24
2.2 El derecho a Huelga en la actividad docente: particularidades.	25
2.3 Límites al ejercicio del derecho a huelga.	27
2.4 Límites formales	28
2.5 Límites sustanciales	28
2.6 ¿Es la educación un servicio esencial?	30
Conclusiones parciales	35
Capítulo 3	37
Introducción	38
3.1 El impacto de la huelga en el salario docente	39
3.2 Argumentos a favor de los descuentos salariales.	42
3.3 Argumentos en contra del descuento salarial	44
Conclusión general.	48
Bibliografía	54

Introducción general

En la República Argentina, de manera cíclica, particularmente un mes antes de cada inicio de ciclo lectivo, la opinión pública se concentra en un debate específico: las huelgas docentes en búsqueda de mejoras salariales. En las distintas jurisdicciones del país ocupan la primera plana de los periódicos y se convierten en el tema central en los programas de televisión que se hallan abocados a la actualidad política, tales como noticieros y programas de interés general. Los ejes del debate mediático por lo general son diversos, entre ellos el derecho a huelga de los docentes frente al derecho de los alumnos a recibir educación, la defensa y jerarquización de la educación pública ante el avance de la privatización de la educación, el desfinanciamiento del presupuesto educativo versus protección del poder adquisitivo de los docentes, el presentismo docente, solo por nombrar algunas aristas.

Cotidianamente a la par de los problemas de inseguridad, económicos, deficiencia en los servicios de salud, suele oírse que la educación se encuentra en crisis. Si bien las variables de esta crisis son diversas, existe un consenso en la opinión pública que los docentes de todo el país tienen salarios y condiciones laborales precarias. Santiago del Estero por ejemplo tiene la escala salarial más bajas del país (Braginsky, 2018), eso, sumado a las pésimas condiciones laborales, de infraestructura y pedagógicas conduce a generar una situación que provoca un descontento generalizado en los docentes pero que a su vez no se traslada en medidas de acción directa en pos de modificar la situación¹.

Ante la situación descrita, los docentes se encuentran en una paradoja: adherir a una medida de acción directa como un paro tiene como consecuencia inmediata el descuento del día trabajado, es decir que una acción destinada a lograr una mejora en su economía deriva indefectiblemente en un desmedro salarial, ante esto cabe realizarse la siguiente pregunta: ¿Es procedente el descuento en las remuneraciones por el hecho de ejercer un derecho ampliamente consagrado? *La hipótesis que orienta el presente trabajo*

¹ Entre el 2006 y el 2010 la provincia de Santiago del Estero fue la provincia de más baja conflictividad laboral docente. En el año 2006, 2007 y 2010 no hubo huelgas y en 2008 y 2009 se registraron 1(uno) paro por año, contrastando con provincias de la región como Catamarca y Chaco donde las jornadas docentes no trabajadas ascienden a 37 y 48 respectivamente en el mismo período analizado (Chiappe, M.M. 2012)

es la afirmación que, no debería tener impacto salarial el ejercicio del derecho a huelga ampliamente consagrado, siempre que su ejercicio no trascienda los límites establecidos de antemano por la ley, partiendo del principio que establece que “no existen derechos absolutos”. En ese mismo sentido el descuento del salario por el hecho de adherir a una medida de fuerza, legalmente constituida, se convertiría en una represalia encubierta, en tanto que el objetivo principal de estas huelgas es la mejora de la situación económica del trabajador y tiene como consecuencia directa el desmedro de sus ingresos lo que constituye a su vez una acción disuasoria de la acción gremial.

Se intentará analizar la controversia en la que se encuentran los trabajadores de la educación, indagando las bases jurídicas en las que se basan las decisiones de los tribunales para decidir en una dirección o en otra. En búsqueda de este objetivo será preciso indagar respecto de las leyes que amparan el derecho a huelga en general, dado que no existen normas específicas que regulen el derecho a huelga de los docentes por ser estas un conjunto de normas de fondo, de aplicación al conjunto de trabajadores, más allá de su rama específica. Por otra parte será preciso introducirnos en las limitaciones con las que estos se podrían encontrar y el impacto que tiene su ejercicio en las remuneraciones mensuales, analizando los fundamentos doctrinarios así como también la actualidad de los fallos en diversas jurisdicciones.

Para cumplir con este propósito, en el capítulo I se abordarán las nociones generales del derecho a huelga desde el punto de vista doctrinario, aproximándonos a las definiciones y su evolución histórica. Consideramos útil este enfoque histórico en la introducción, dado que el derecho a huelga, su concepción y ejercicio depende directamente con el contexto histórico, lo que nos permitirá a su vez analizar desde una perspectiva más amplia el estado actual de la jurisprudencia.

Posteriormente, en el capítulo II, procederemos a analizar la dimensión normativa de este instituto en el cual, trataremos de seleccionar una definición lo más abarcativa posible del derecho a huelga en una variada gama de definiciones realizadas por los estudiosos del tema, a los efectos de proseguir con los límites que todo derecho bien concebido corresponde tener, el objeto principal de este capítulo es establecer con claridad suficiente desde cuando podemos hablar del derecho a huelga legalmente ejercido y constituido.

Para finalizar, en el capítulo III, nos abocaremos al análisis jurisprudencial de los argumentos en favor y en contra del descuento salarial de los días de huelga, poniendo blanco sobre negro cuales son las tendencias actuales en los fallos judiciales para comprender meridianamente cual es el estado actual del debate y poder así llegar a comprobar o rechazar la hipótesis planteada.

El presente trabajo representa un instrumento útil a la hora de conocer y analizar la legislación vigente para que, una vez que se conozca el derecho con una claridad meridiana, se pueda pasar al correcto ejercicio del mismo, conociendo desde el primer momento, cuales son las consecuencias específicas que derivan de la adhesión a un paro. Por lo expuesto se considera muy significativo el resultado del trabajo, ya que del mismo se beneficiarán, en primer lugar los docentes, quienes son sujetos activos del derecho, en segundo lugar cualquier persona que se considere interesada en este tópico.

Capítulo I

Introducción.

En el desarrollo del presente capítulo, antes de buscar definir concretamente qué es el derecho a huelga e introducirnos en nociones generales del tema que nos atañe, se procederá a elaborar una síntesis histórica de este instituto con la intención de poder apreciar los avances y retrocesos que tiene este derecho, todavía hoy en constante construcción. En ese horizonte, se intentará abordar con una visión lo más amplia posible pero sin desviar de los objetivos del trabajo. Para ello, se toma como base el trabajo realizado por Santiago José Ramos denominado “El ejercicio del derecho a Huelga en la legislación argentina”², quien realiza un completo recorrido respecto del diverso tratamiento que tuvo el derecho a huelga a lo largo del tiempo y los principales cambios de concepción que este instituto analizado fue recibiendo.

Concluida la tarea precedente intentaremos acercarnos a una definición de huelga, tomando idea de varios autores los cuales desde un lugar u otro ponen énfasis en distintos elementos para llegar a una definición lo más clara posible con la intención de evitar imprecisiones conceptuales y confusiones de la misma índole. De esta manera, se acepta que como muchos términos de nuestra ciencia, el concepto analizado posee una variedad semántica de importancia relevante, ya que la definición que se adopte en uno u otro sentido condiciona el ejercicio y límites del mismo derecho.

Para finalizar el capítulo, en esta aproximación conceptual, se analizarán las posturas referidas a la titularidad del ejercicio ya que no existe unanimidad al respecto. Para ello se presentan las dos posturas antagónicas y la conclusión a la que llegamos a la luz del estado de la cuestión en la actualidad.

² Santiago José Ramos “El ejercicio del derecho a Huelga en la legislación argentina” Recuperado de www.saij.jus.gov.ar Id SAIJ: DACF09000 20/04/2017

1 Nociones generales

1.1 El derecho a huelga: evolución histórica.

En el ordenamiento jurídico tanto a nivel nacional como en el derecho comparado, históricamente la huelga ha tenido diversos tratamientos, como delito, como libertad, luego como derecho, que llevó a su prohibición, tolerancia o protección (Ackerman, 1990).

A nivel internacional podemos mencionar que desde fines de siglo XVIII por influencia del código penal francés, como en toda Europa, la huelga fue considerada delito hasta fines de siglo XIX, época en la que a la etapa de represión prosiguió un período de tolerancia de los ordenamientos jurídicos que culminó con el reconocimiento del derecho colectivo en todos los sistemas jurídicos, teniendo como antecedente directo la Constitución Mexicana que en 1917 fue la primera en consagrar a la huelga como un derecho.

El tratamiento por parte del Estado del fenómeno huelga ha ido evolucionando a lo largo de la historia. Tal como señala Borrajo Dacruz:

“en los sistemas liberales – individualistas, en sus instancias originarias, la huelga fue configurada jurídicamente como un delito o como una libertad, pero nunca como un derecho: en una primera etapa, común a los ordenamientos jurídicos europeos del siglo XIX, la huelga no fue admitida como lícita, pues por su origen y manifestación, claramente colectivos, constituía un atentado a los principios de individualismo; de ahí que fuese reprimida penalmente como un delito. En una segunda fase se aceptó como libertad, lo que dio lugar a que al ser calificable la conducta del trabajador como una falta voluntaria de asistencia al trabajo pudiese ser reprimida por el empresario y justificara el despido; es decir, la huelga como libertad individual juega exclusivamente en el marco de la relación, igualmente individual, de trabajo y provoca o puede provocar la ruptura de dicha relación; la orden sindical de huelga no cambia la naturaleza del acto del trabajador, que es calificado como incumplimiento de la obligación contractual de asistir al trabajo y realizarlo (BORRAJO DACRUZ, 1999, p. 170).

1.2 El derecho a huelga en la República Argentina

Las primeras normas sobre la materia en el país podemos encontrar en 1904, con la denominada Ley Nacional del Trabajo. En 1921 la ley 11.179 que sancionó el Código

Penal, en su capítulo IV en “Delitos contra la libertad del trabajo y asociación” reprimía en su artículo 158, acciones directas asociadas a las huelgas y lock out patronal.

A principios de 1945 el decreto-ley 536/45 incluyó a la huelga en ciertos ámbitos entre los “Delitos contra el estado y la seguridad nacional” y en general consideró delito a la acción “que hiciere cesar o suspender el trabajo por motivos ajenos al mismo” (art. 33°), este decreto fue derogado en 1955 por el gobierno de facto autodenominado “Revolución Libertadora”, Decreto Ley 4551/55. Hasta ese momento la constitución nada decía sobre el derecho a huelga, este período es lo que algunos autores sobre la materia denominan período de abstención legislativa (Ramos, 2009).

Bajo el epígrafe de “Derecho de defensa de los intereses profesionales” la reforma de la constitución aprobada en 1.949 se limitó a consignar que el “derecho de agremiarse libremente y de participar en otras actividades lícitas tendientes a la defensa de los intereses profesionales constituyen atribuciones especiales de los trabajadores que la sociedad debe respetar y proteger, asegurando su libre ejercicio y reprimiendo todo acto que pueda dificultar o impedirlo”.

Restablecida la vigencia de la constitución de 1.853 con las reformas de los años 1.860, 1.866 y 1.898, la convención Nacional Constituyente de 1.957 incorporó el denominado artículo 14 Bis donde estableció que: *“Queda garantizado a los gremios concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a conciliación y arbitraje; el derecho a huelga”*.

Pese a la legislación de tal garantía colectiva, tanto en los gobiernos de facto como de iure, el derecho a huelga fue objeto de suspensión general o limitada, de limitación directa o indirecta (Ramos, 2009).

El mismo año de consagración constitucional del derecho a huelga, se sancionó el decreto ley 10596/57 que determinó en su artículo 8° los requisitos para considerar lícita una huelga. Este fue derogado en 1958 y se sancionó la ley 14.786 -hasta hoy vigente- que para cualquier conflicto de trabajo exige el agotamiento de una instancia conciliatoria como condición previa al ejercicio legal de medidas de fuerza.

En 1.962 otro gobierno de facto dictó el decreto-ley 8.946/62 que amén de imponer el arbitraje obligatorio en todo conflicto que directa o indirectamente pueda ocasionar la suspensión, interrupción, paralización o negación de los servicios públicos esenciales – que el mismo decreto enumeraba- estableció también, los supuestos en los que la huelga y los paros patronales debían ser considerados ilegales –art 15- (derogado por ley 16.936).

En el año 1.966 el gobierno militar dictó dos leyes importantes: la ley 16.936 reguló el procedimiento de arbitraje obligatorio para ciertos conflictos de trabajo, sólo limitados a los de gravedad que pudieran poner en peligro la paz social o la economía nacional. Y la ley 17.183, con la que se facultó a las empresas u organismos del estado que presten servicios públicos o de intereses públicos; a intimar a su personal al cese de medidas de fuerza que pudieran entorpecer la prestación de servicios.

Esta ley que en su momento se había presentado como temporal, ya en su época suponía una contradicción con el derecho a huelga; pero justificado por que se podía hacer transitoriamente y en tanto existiera una situación de emergencia. Sin embargo el gobierno de Iure en 1.974 sancionó la ley 20.638 que eliminó la norma de transitoriedad, es decir que rigió de forma permanente. Nótese que la limitación, restricción o alteración del derecho a huelga no es una facultad exclusiva de los gobiernos de facto, ya que gobiernos democráticos también tuvieron esa orientación tendiente a coartar los derechos colectivos.

La dictadura militar que asumió el poder el 24 de Marzo de 1.976, no introdujo modificaciones en la ley 16.936 pero ese mismo día dictó la ley 21.261 que suspendió transitoriamente en todo el territorio nacional el derecho a huelga como así también el de toda otra medida de fuerza, paro, interrupción o disminución de trabajo o su desempeño en condiciones que de cualquier manera puedan afectar la producción, tanto por parte del trabajador como de empresarios o sus respectivas asociaciones u organizaciones³ (Art. 1°).

Con posterioridad la norma fue reforzada con la ley 21.400 del 03/06/1976 con la que además de ratificarse el art 1° de la ley 21.261 se incriminó como delito sancionable con pena de prisión “la instigación a la huelga y distintos comportamientos vinculados a ella” (Arts. 5° al 7°) norma claramente violatoria a la garantía constitucional del derecho a huelga y del principio de libertad sindical.

Pocos meses antes de la llegada de la democracia las leyes 21.161 y 21.400 fueron derogadas en 1.983 por el propio gobierno de facto.

A partir de allí, otra etapa de regulación del derecho a huelga comienza. Así en el año 1.990 el decreto 2.184/90 del 17 de Octubre de 1990 reglamenta el ejercicio del derecho a huelga en los servicios esenciales para la comunidad, dictado por el poder ejecutivo nacional como reglamentación de las leyes 14.786 y 16.936 (Ramos 2009).

³ Sumario del B. O. Nº 23.372

En el año 1994 se refuerza la garantía conferida al derecho de huelga por el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, en la que se otorga máxima jerarquía normativa a un grupo de tratados internacionales en virtud del artículo 75 inc. 22 2º párrafo.⁴

Entre los que se pueden mencionar:

- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)
- Convenio N° 87 de la OIT que participa también de la mayor jerarquía constitucional, ello porque ambos pactos mencionados precedentemente en sus artículos 8.3 y 22.3 respectivamente contienen reenvió expreso a este convenio internacional del trabajo que tutela el derecho a huelga como libertad sindical de acción.

1.3 Derecho a huelga. Concepto

Una vez apreciado la evolución histórica del derecho a huelga, podemos abordar la definición de huelga, tomando para ello diversos autores. Para comenzar podríamos partir con la definición que reza lo siguiente: “Huelga: es el medio lícito, que otorga la ley a los trabajadores para solucionar el conflicto, buscando a través de su realización la pertinente autocomposición de entre las partes sociales” (Martínez, 1990; p. 86)

Esta definición como las que se podrán leer en los párrafos subsiguientes reúne los elementos necesarios para definir a una huelga, comenzando con el carácter “*lícito*” del medio lo que lo distingue de un hecho susceptible ser penado o causal de despido. Continúa la definición con un aspecto importante “*que otorga la ley a los trabajadores*” esto representa una toma de posición que significa identificar al sujeto activo del derecho que son los trabajadores, ya que como se verá en capítulos siguientes, la concepción que aquí referimos no siempre fue así entendida considerando contrariamente que el derecho a huelga es una prerrogativa exclusiva de los gremios o sindicatos.

La huelga, sin perder su naturaleza de movimiento colectivo, es también un derecho individual; incluso no llega a ser lo primero si cada uno de los trabajadores que toman parte de ella no resuelve por sí su adhesión abandonando el trabajo. Y es este aspecto donde por

⁴ Constitución Nacional. Art. 75 inc. 22

tratarse de un derecho individual, debe respetarse la libertad personal de participar o no en la lucha declarada por el otro sujeto activo”. (Bidart Campos, 2004; p.146)

Se entiende por huelga la “Abstención concertada del trabajo para la tutela de un interés profesional colectivo” (Santos Passarelli, citado en Giugnien en su Derecho Sindical). Morando por su parte define a la huelga como “la abstención colectiva y concertada de la ejecución de la prestación laboral”.

También se puede mencionar a la huelga como “el acto de incumplimiento justificado de la prestación contractual de trabajo subordinado, colectivamente decidido como medio de presión sobre los empleadores, para hacer triunfar un interés profesional y también colectivo” (Justo José López “La huelga como acto jurídico colectivo”)

1.4 La huelga como derecho individual y colectivo

Una cuestión dinámica en el devenir del derecho es el debate respecto a la titularidad del derecho a huelga, ¿es un derecho individual o colectivo? Por supuesto que las concepciones fueron cambiando a través del tiempo, y si bien el objetivo del presente trabajo es otro, considero útil un breve abordaje al mismo.

Al respecto podemos sintetizar el tema en dos posturas fundamentales: la titularidad sindical estricta y la titularidad del derecho a huelga amplia.

Titularidad sindical estricta: los partidarios de esta postura encuentran su fundamento principal en el artículo 14 bis de nuestra carta magna:

ARTÍCULO 14 BIS.- *El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor; jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; 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.

De la simple lectura se puede observar que en el primer párrafo se deposita en “las leyes” la protección del trabajo “en todas sus formas”. Pero lo fundamental se observa en el segundo párrafo donde expresamente deja “garantizado” por sí mismo “a los gremios” recurrir a “a la conciliación y al arbitraje” y “el derecho de huelga”, esto es, sin la intermediación de instrumento alguno que emane del poder constituido. Esta es entonces el principal argumento en favor de la concepción estricta.

Sin embargo la misma carta magna con la reforma constitucional de 1994 habilita la concepción amplia de la titularidad del derecho a huelga cuando incorpora los tratados internacionales ratificados por la Argentina como normas propias del derecho interno de nuestro país, otorgándoles en general jerarquía superior a la ley (art. 75.22, primer párrafo) y distinguiendo especialmente a un conjunto de documentos internacionales, entre ellos y a los fines del presente tema cabe mencionar: El Convenio n° 87 de la OIT que alude al derecho de huelga en su art. 3.1, cuando garantiza la autonomía de las organizaciones de trabajadores para formular su “programa de acción”, remarcando en el art. 10 del propio instrumento que el término “organización” significa “toda organización de trabajadores (o de empleadores) que tenga por objeto fomentar y defender los intereses de los trabajadores...”.

De lo expresado precedentemente surge el basamento principal de la titularidad amplia del ejercicio del derecho a huelga a *todo conjunto de trabajadores, organizados institucionalmente en un sindicato o de manera informal, espontánea y transitoria como puede ser una coalición o una asamblea en el establecimiento, siempre que dicho agrupamiento se encuentre enderezado a la promoción o defensa del interés colectivo de los trabajadores.*

Conforme a la normativa citada, la titularidad amplia del derecho de huelga cuenta con fuertes garantías provenientes de las fuentes más elevadas del ordenamiento jurídico argentino.

Expresaba Guillermo López: “la huelga es -además de un derecho público subjetivo- la autotutela de los derechos e intereses de los trabajadores mediante el ejercicio

de medidas de acción directa que los usos y costumbres incorporan en las relaciones laborales, mientras que no entren en la esfera de lo ilícito penal”⁵ (CAUDAL).

El derecho a huelga pertenece a la categoría de los derechos colectivos “constituye uno de los medios indispensables de los que se vale las organizaciones sindicales para promover la defensa de los intereses sus miembros”⁶. “La huelga es un derecho reconocido a los gremios. Bajo legislación argentina la decisión de declararla debe emanar del gremio con personería gremial y disponerse luego de agotadas las instancias conciliatorias” (Gelli, .2008, p. 168). A lo cual es pertinente agregar que:

“La huelga, sin perder su naturaleza de movimiento colectivo, es también un hecho individual; incluso no llega a ser lo primero si cada uno de los trabajadores que toman parte de ella no resuelve por sí su adhesión, abandonando el trabajo. Y es este aspecto donde, por tratarse de un derecho individual, debe respetarse la libertad personal de participar o no en la huelga declarada por el otro sujeto activo” (Bidart Campos, 2004)

Para referirse al conflicto laboral se adopta como la definición más aceptada, la que expresa que es “la serie de eventos desencadenados a partir de una acción conflictiva realizada por una parte de un grupo de trabajadores o empleadores con el objeto de alcanzar sus reivindicaciones laborales” esta definición sigue las recomendaciones de la OIT en la XV Conferencia de Estadísticas del Trabajo.

Según Mauricio César Arese, se produce una colisión entre el derecho de huelga y los derechos de circulación, propiedad, vida, salud y seguridad de los ciudadanos. Manifiesta que existe un reconocimiento regional, el que se manifiesta en la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales de 1947 prevé en su art. 27: *“Los trabajadores tienen derecho a la huelga. La ley regula este derecho en cuanto a sus condiciones y ejercicio”*.⁷

⁵ López Guillermo “La Huelga y sus efectos sobre el contrato de trabajo” 1990 citado por Caudal Pablo en “El derecho a huelga y sus límites. La huelga en servicios esenciales” Revista de derecho.

⁶ OIT , 1985 p. 69

⁷ Arese(2013)-www.islssl.org-“Argentina la colisión” Documento web- //Argentina de Internet- Recuperado de Internet el 17-04-2017.

El art. 45 de la Carta de la Organización de Estados Americanos, reconocen los derechos de huelga y de negociación colectiva:

“Los Estados miembros, convencidos de que el hombre sólo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo, acompañado de desarrollo económico y verdadera paz, convienen en aplicación de los siguientes principios y mecanismos: “...c) Los empleados y trabajadores tanto rurales, como urbanos, tienen el derecho de asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses incluyendo el derecho de negociación colectiva y el de huelga por parte de los trabajadores, el reconocimiento de la personería jurídica de las asociaciones y la protección de su libertad e independencia, todo de conformidad con la legislación respectiva...”.

Por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos obliga a los estados miembros a adoptar las medidas necesarias para la plena efectividad de esos derechos. También se reconoce el derecho de huelga en el artículo 8° (1) (b) del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,⁸ que señala: “Los Estados partes garantizarán: (...) b. el derecho a la huelga”, en el marco de los derechos sindicales. Sin embargo se disponen ciertas restricciones a esas garantías: “. El ejercicio de los derechos enunciados precedentemente sólo puede estar sujeto a las limitaciones y restricciones previstas por la ley, siempre que éstos sean propios a una sociedad democrática, necesarios para salvaguardar el orden público, para proteger la salud o la moral públicas, así como los derechos y las libertades de los demás. Los miembros de las fuerzas armadas y de policía, al igual que los de otros servicios públicos esenciales, estarán sujetos a las limitaciones y restricciones que imponga la ley”.

La Declaración Socio laboral del MERCOSUR (10/12/98)⁹ consagra bajo el título de “Derechos Colectivos”: *“Todos los trabajadores y las organizaciones sindicales tienen garantizado el ejercicio del derecho de huelga, conforme a las disposiciones nacionales vigentes. Los mecanismos de prevención o solución de conflictos o la regulación de este derecho no podrán impedir su ejercicio o desvirtuar su finalidad”* (art. 11)

⁸ Convención Americana sobre Derechos Humanos. Art. 8

⁹ La Declaración Socio laboral del MERCOSUR (10/12/98)

Otra mención se encuentra en la Recomendación Nro. 92 de 1951 sobre conciliación y el arbitraje voluntarios, cuando indica que “si un conflicto ha sido sometido a un procedimiento de conciliación con el consentimiento de todas las partes interesadas, debería estimularse a las mismas para que se abstengan de recurrir a huelgas o lock-outs mientras dure el procedimiento de conciliación” (art. 4) y “si un conflicto ha sido sometido al arbitraje, con el consentimiento de todas las partes interesadas, para su solución final, debería estimularse a las partes para que se abstengan de recurrir a huelgas y a lock-outs mientras dure el procedimiento de arbitraje y para que acepten el laudo arbitral” (art. 6). También dos resoluciones de la Conferencia Internacional reconocen a la huelga 5 “(art. 26). “Desarrollo progresivo. Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.”

En el fallo “Baena” del 02/02/01, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) expresó que “la libertad de asociación, en materia sindical, consiste básicamente en la facultad de constituir organizaciones y poner en marcha su estructura interna, actividades y programa de acción, sin intervención de las autoridades públicas que limite o entorpezca el ejercicio del respectivo derecho”.

Eugenio Biafore, se ha referido acerca del tema de la huelga expresó:

“Estamos reflexionando sobre el derecho a huelga no desde un ámbito abstracto, o académico. La Corte Suprema está debatiendo en su seno a partir de una pregunta en la cual invitó a las organizaciones sindicales a partir de un debate el 10 de Septiembre sobre quien es el titular del derecho a huelga. ...Y esto particularmente nos ha hecho temer en el resultado de una decisión tan crítica para el conjunto de trabajadores cuando la Corte tiene que decidir en una opción en donde los trabajadores no tienen. Y es si esto pertenece a los trabajadores en particular o la titularidad les pertenece a los sindicatos con personería gremial. Y deja de ser una discusión en abstracto y pasa a ser una discusión histórica en los tiempos que se

*viven en donde notamos que mundialmente y nacionalmente hay un embate de las patronales para limitar el derecho a huelga”.*¹⁰

En un régimen liberal de corte social la huelga por su parte se conforma de manera abiertamente como un derecho, lo que conduce a una doble consecuencia:

a) Por un lado, que su ejercicio no puede ser sancionado por el poder público estatal pues no hay injusticia cuando se usa un derecho; el trabajador en huelga no puede ser despedido, el contrato de trabajo se suspende pero no se rompe. De otro lado, dicho derecho es reconocido por el Estado quien tras su reglamentación lo expone a una eventual limitación. La primera acción limitante del derecho de huelga suele hacerse efectiva en los más elevados estamentos normativos tras la delimitación jurídica del sujeto titular. El legislador al determinar en cabeza de quién radicará el derecho de huelga, delimita el campo tutelar, otorgándole de forma exclusiva y excluyente no sólo la prerrogativa de apelar al más importante instrumento de defensa de los intereses de la clase sino que, además, lo dota de una protección especial ante las posibles represalias ejercidas por el empleador como consecuencia de la interrupción del contrato que los une.

¹⁰ Agencia CTA Charla-Debate: ¿Quiénes pueden ejercer el Derecho a Huelga -Río Cuarto: Formación y capacitación <http://www.agenciaacta.org>

<http://islssl.org/wp-content/uploads/2013/03/Tratamiento-Juridico.pdf>

Conclusiones parciales

Durante el desarrollo del presente capítulo se ha dejado definido el derecho a huelga, se ha analizado su dimensión, como derecho colectivo tanto como derecho individual. Parcialmente se puede concluir este capítulo sosteniendo que el derecho a huelga, si bien en el día de hoy tiene una aceptación unánime en todos los ordenamientos jurídicos de occidente, el mantenimiento de este derecho es una construcción permanente, por que independientemente de que sea un gobierno democrático o de facto, un gobierno de corte liberal o no, está latente la intención de restringir, alterar o modificar este derecho que tanto costó conseguir. Como se pudo observar a lo largo de este capítulo que en la historia jurídica argentina -y por qué no- mundial el derecho a huelga, como lo expresa Ackerman, fue concebido “como delito, libertad, luego como derecho, que llevó a su prohibición, tolerancia o protección” pero no de una manera lineal ni homogénea, por que se podría pensar que se trata de evolución y que estos tratamientos dependen si se tratan de gobiernos democráticos o de facto. Se pudo apreciar que en gobiernos de facto se reconocieron derechos, como en la autoproclamada “Revolución libertadora” del año 1955 y en el 1957 cuando se reforma la constitución y se incorpora el artículo 14 bis, como así también en gobiernos democráticos como en 1975 se restringió el derecho a huelga a través de la ley 17.183. Si bien hoy en día el derecho a huelga posee jerarquía constitucional y es un derecho reforzado por pactos y convenios internacionales, la actualidad muestra que hasta hoy continúa esa tensión permanente entre garantizar el derecho a huelga y a su vez limitarlo directa o indirectamente.

En el desarrollo del presente, se ha conceptualizado concretamente el derecho a huelga desde el punto de vista dogmático, entendido como un derecho colectivo pero también como un derecho individual y más precisamente no llega a ser un derecho colectivo sin antes respetar la autonomía individual de cada trabajador de ejercer su

derecho a huelga al respecto en la actualidad es la opinión dominante y en su respectivo tratamiento se presentaron los argumentos y las bases jurídicas que sustentan esta postura. El derecho a huelga no es de los gremios exclusivamente sino de “todo conjunto de trabajadores, organizados institucionalmente en un sindicato o de manera informal, espontánea y transitoria como puede ser una coalición o una asamblea en el establecimiento, siempre que dicho agrupamiento se encuentre enderezado a la promoción o defensa del interés colectivo de los trabajadores”.

De esta manera se logra cumplir con el objetivo propuesto consistente en indagar respecto al derecho a huelga y su evolución histórica, finalizando con la afirmación citada anteriormente, en la que el derecho a huelga hoy es concebido como derecho (individual/colectivo) debido a que fue mutando a lo largo de la historia, considerado como delito, como libertad y como derecho, la concepción dominante, lo que va a depender de los momentos históricos y las condiciones sociales que permitan tolerar en cierta forma el ejercicio de este derecho fundamental en la sociedad liberal-capitalista.

Capítulo 2

Introducción.

Partiendo del principio general que establece que ningún derecho es absoluto, se procede a desarrollar el capítulo 2. En el capítulo precedente se realizó una aproximación al derecho a huelga desde el enfoque doctrinario, tomando para ello diversos autores que trabajaron a la huelga como entidad, su conformación histórica y su titularidad.

En el presente capítulo se intenta adoptar un enfoque puramente normativo, explorando las diversas leyes que consagran positivamente este instituto, con el objetivo de que finalizada la lectura se pueda apreciar el amplio abanico de herramientas jurídicas que existen al respecto. Pero esta tarea no basta en sí misma para lograr una cabal comprensión del problema jurídico, consideramos atinado, conocer cuáles son los límites al ejercicio del derecho a huelga dando por sentado que ningún derecho es absoluto y pensar en un derecho sin limitaciones es pensar en algo contrario a la convivencia social.

En la segunda parte del capítulo, se analizarán las particularidades que lleva el ejercicio de derecho a huelga en la actividad docente y el debate respecto a considerar a la educación como servicio esencial, esta cuestión no es menor debido a que su inclusión o no como servicio esencial va a dotar de mayores o menores limitaciones a su ejercicio. Su contenido está dirigido a comprender acabadamente cuales son los límites al ejercicio del derecho a huelga y cuáles son las condiciones que debe cumplir un conjunto de trabajadores para ejercer debidamente su derecho a huelga.

En su tercera parte, el presente apartado aborda los límites particulares que tienen los servicios públicos, distinguiendo especialmente los servicios esenciales, los cuales tienen restricciones mayores al común de los trabajadores dada la importancia de la actividad de la que se habla en la cual es aquel cuya interrupción “podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de las personas en toda o en parte de la población”.

2.1 Marco normativo del derecho a huelga.

El derecho a huelga es un derecho con raigambre constitucional y establecido en diversos pactos internacionales, los cuales integran el bloque constitucional de la Nación Argentina en virtud del artículo 75 inc. 22, como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XXII) y en el Pacto de San José de Costa Rica Artículo 16:

3.1 Libertad de asociación

Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole.

El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o el orden públicos o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.

Lo dispuesto en este artículo no impide la imposición de restricciones legales y aun la privación del ejercicio del derecho de asociación, a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía”.

Se puede encontrarlo también en la Constitución Nacional en el artículo 14° donde reza: *“el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que aseguran al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor; jornada limitada; descanso y vacaciones pagados retribución justa; salario mínimo vital y móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control en la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; 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 a huelga”.

Asimismo en el artículo 5° de la Constitución Nacional establece que “cada provincia dictará para sí una constitución bajo el sistema republicano, representativo y federal, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución

Nacional”. Consecuentemente y en armonía con la Constitución Nacional, la Constitución de la provincia de Santiago del Estero garantiza el derecho a huelga en su cuerpo normativo artículo 20° cuyo texto transcribimos.

Artículo 20.- Protección laboral. El trabajo es un derecho y un deber social y como tal gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador los siguientes derechos:

*6. A la defensa de los intereses profesionales, individuales y colectivos.
8. A asociarse libre y democráticamente en defensa de sus intereses económicos, sociales y profesionales en sindicatos que puedan federarse o confederarse del mismo modo. Queda garantizado a los gremios concertar convenios colectivos de trabajo, recurrir a la conciliación y al arbitraje y 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.*

Por otro lado, la ley de Educación Nacional N° 26.206 reconoce en su artículo 67 incisos L) y M) como derecho: *“a la negociación colectiva nacional y jurisdiccional; y a la libre asociación y respeto integral de todos sus derechos como ciudadano”*.¹¹

En ese mismo sentido se expresa el Estatuto del Docente de Santiago del Estero, vigente desde 1958 donde en su artículo 5° inciso L) manifiesta *“los docentes tienen el derecho inviolable e imprescriptible de asociarse libremente sin necesidad de autorización previa y gozarán de todas las facultades que son propias y asumirán por sí o por delegación en los casos que lo creyeren conveniente, la defensa en los alegatos gestiones y reclamos de los docentes”*.¹²

2.2 El derecho a Huelga en la actividad docente: particularidades.

“La educación se encuentra entre los sectores que prevalece un comportamiento sindical orientado hacia el conflicto con elevada intensidad característica de los sindicatos del sector público en el que persisten factores que bloquean la negociación y dificultan la

¹¹ Ley Nacional de Educación nro. 26.206

¹² Estatuto del Docente de Santiago del Estero de 1958, Art. 5.

gestión del conflicto laboral por carencia de canales tripartitos de mediación institucional” (Palomino, 2009 citado por Chiappe, 2012).

Durante mucho tiempo en el ámbito público, predominó la concepción que consideraba que la relación con el empleo debía ser regulada unilateralmente por el empleador, es decir por el estado; esta concepción se denomina, Unilateralismo estatal, el estado empleador regula la relación con el empleo sin intervención de otra parte. Esta concepción excluye toda hipótesis de conflicto entre el interés profesional del empleado y el interés general expresado por la administración de la que aquél es un servidor (Rial, 1999 citado por Chiappe, 2012)

Después de 1945 en el marco del constitucionalismo social, la juridicidad del derecho sindical de los empleados públicos se consolidó definitivamente en 1948, el convenio de la OIT, por primera vez no excluía ni discriminaba al empleado público de las negociaciones colectivas.

Cabe recordar que, como se mencionó anteriormente, el convenio de la OIT N° 87 posee jerarquía constitucional por que tanto el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales Culturales (PIDESC) como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos en sus artículos, 8.D y 22.3 respectivamente contienen un reenvío expreso a este convenio internacional del trabajo que tutela el derecho a huelga como libertad sindical de acción y la garantía de ese derecho conforme a la legislación nacional.

El convenio establece lo siguiente:

- 1) Impone la abstención de toda injerencia que tienda a limitar la autonomía de las organizaciones o a entorpecer su ejercicio
- 2) Veda la posibilidad de sujetar la adquisición de personalidad jurídica a concesiones de su autonomía en las libertad de su de constitución, de organización y de acción.
- 3) Prohíbe a las legislaciones nacionales y a los órganos encargados de aplicarlas, todo menoscabo de sus garantías.
- 4) Alude al derecho de huelga en el artículo 3°.1 cuando garantiza la autonomía de los trabajadores para “formular su programa de acción”.

2.3 Límites al ejercicio del derecho a huelga. El ejercicio del derecho en servicios públicos.

El derecho a huelga tiene una particularidad propia de los servicios públicos ya que, al decir de Palomino, el comportamiento sindical es en general de elevada intensidad, una característica propia de los sindicatos del sector públicos en la que persisten factores que bloquean la negociación y dificultan la gestión del conflicto laboral ya que a diferencia del sector privado en donde los conflictos se componen de tres partes: Patronal, Trabajadores y Ministerio de Trabajo Empleo y Seguridad Social, en la conflictividad docente no hay canales tripartitos, pues es el estado a la vez que empleador, es árbitro de las negociaciones colectivas” (Palomino, 2009 citado por Chiappe, M.M. 2012).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha acordado que el ejercicio de derecho a huelga no puede afectar sustancialmente la continuidad de los servicios públicos ni el orden en la paz pública, valores cuya tutela se halla a cargo del estado por una imposición constitucional que supone reconocerle las facultades que fuesen necesarias para asegurarlas, ello es así -ha dicho- porque sería contrario al entendimiento común asignarlo al derecho constitucional de huelga en rango superior a la serie de deberes y correlativas facultades del estado, también de raíz constitucional, que se vinculan con la adecuada concreción de los fines expresados (fallos 250:418, 251:56, 259:218 y acordada del 21 de mayo de 1985).

Según lo dispone la Constitución de la Nación Argentina las fuentes para definir válidamente los límites al ejercicio del derecho a huelga son: la propia constitución, la ley y la autonomía colectiva (sindical y bilateral de las partes).

La regulación de este derecho tiene dos carriles de regulación uno de índole procesal o formal y otro de fondo o sustancial. El andarivel formal o procesal se encuentra instrumentado por ley N° 14.786 y el de fondo aplicable a la huelga en los servicios esenciales, constituido por el artículo 24 de la ley 25877, y su decreto reglamentario N° 272/06 y la doctrina de los organismos de control de la ley de libertad sindical de la OIT.¹³

¹³ Ley 25877 Art. 24, Decr. Reglamentario 272/06.

2.4 Límites formales

La ley 14.786 ordena el sometimiento obligatorio de los conflictos de interés a un procedimiento administrativo de conciliación, que se tramita ante la “Dirección Nacional de Relaciones de Trabajo” dependiente del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, la ley prevé un plazo de duración del trámite de 15 días hábiles prorrogables a otros 5 (art. 11), en el cual, la autoridad de aplicación interviene como mediadora entre las partes con facultades especiales para intimar al cese inmediato de la ejecución de las medidas (art. 8), proponerles fórmulas conciliatorias incluyendo la invitación a someter la resolución del diferendo a un arbitraje voluntario (art. 3) y disponer que el estado de cosas se retrotraiga al momento previo de origen del conflicto (art 10).¹⁴

El comité de libertad sindical ha expresado que son requisitos aceptables para considerar legal una huelga los siguientes puntos:

- ✓ La obligación de dar un preaviso (párrafos 502-504)
- ✓ La obligación de recurrir a procedimientos de conciliación, mediación y arbitraje voluntario en los conflictos colectivos como condición previa a la declaración de huelga, en la medida que sean: adecuados, imparciales y rápidos, se exige además que las partes puedan participar en cada etapa (párrafos 501 y 502)
- ✓ La obligación de respetar un determinado quórum y de obtener el acuerdo de una mayoría (Art. 506 y 513).
- ✓ La celebración de un escrutinio secreto para decidir la huelga.
- ✓ La adopción de medidas para respetar los reglamentos de seguridad para la prevención de accidentes (Art. 554-555).
- ✓ El mantenimiento de un servicio mínimo en determinados casos. (Art 556-558).
- ✓ La garantía de libertad de trabajo de los no huelguistas. (OIT 1996)

2.5 Límites sustanciales

La ley 25.250 en su artículo 34 había previsto la derogación de normas que bajo pretexto de reglamentar la huelga en los servicios esenciales imponía sin habilitación legal ni constitucional, restricciones que implicaban la prohibición de la huelga en todos los

¹⁴ Ley 14.786, Arts. 3, 8 y 10.

servicios públicos¹⁵. La nueva ley 25.877, también la ley 17183 (derogada) permitía a cualquier organización del estado intimar la interrupción de las medidas de fuerza bajo apercibimiento de aplicar sanciones que incluían la cesantía del personal involucrado en ellas.

Actualmente la ley 25.877 regula la huelga en sus servicios esenciales, en su artículo 24° establece la garantía de servicios mínimos que obstan a la interrupción que involucren actividades que puedan ser consideradas servicios esenciales, deberá garantizar la prestación de los servicios mínimos para evitar su interrupción.¹⁶

2° párrafo: “los servicios sanitarios y hospitalarios, la producción y distribución de agua potable energía eléctrica, gas y control de tráfico aéreo.

3° párrafo: admite que “una actividad no comprendida” en la numeración de servicios esenciales plasmada en el segundo párrafo del artículo, pueda ser “calificada excepcionalmente como servicio esencial por una comisión independiente integrada según establezca la reglamentación” previa apertura del procedimiento de conciliación previsto en la legislación en los siguientes presupuestos:

- ✓ Cuando por la duración y extensión territorial de la interrupción de la actividad, la ejecución de la medida pudiere poner en peligro, la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población.
- ✓ Cuando se tratare de un servicio público de importancia trascendental conforme a los criterios de los organismos de control de la OIT.
- ✓ El decreto 272/06 (B:O: 13/03/06), reglamentario de la ley 25877 ¹⁷regula la conformación y funciones del órgano independiente para ampliar al ámbito de aplicación a otras actividades en determinadas circunstancias excepcionales que obviamente no podía ser la autoridad administrativa de trabajo en la que tuviera dicha facultad y la denominada comisión de garantía.

¹⁵ Ley 25.250, Art. 34

¹⁶ Ley 25.877 Art. 24

¹⁷ Decreto 272/06 (B:O: 13/03/06), reglamentario de la ley 25877

Para compatibilizar el ejercicio de derecho a huelga con los demás derechos reconocidos en la constitución nacional el art 2° del decreto inciso b), faculta a la comisión para asesorar a la autoridad de aplicación para la fijación de servicios necesarios cuando las partes no lo hubieran así acordados o cuando los acuerdos fueron insuficientes para compatibilizar el ejercicio del derecho a huelga, aunque la norma dice “asesorar” la función de la comisión no es consultiva sino arbitral por disposición del artículo 24 donde en su primer párrafo donde deriva la obligación de garantizar los servicios mínimos a la autorregulación de las partes que decida la adopción en la medida de conflicto y no al ministerio de trabajo. El artículo 10 reza: “El ministerio de trabajo conforme a su política intervencionista tiene no sólo la facultad de fijar servicios mínimos, sino también ampliar los que fueron acordados por las partes” facultades desbordantes y contrarias a las disposiciones de la OIT y al art 14 bis.

2.6 ¿Es la educación un servicio esencial?

Anualmente, en los inicios de ciclo lectivo de aquellas jurisdicciones que poseen un alto índice de conflictividad docente -Buenos Aires, Jujuy, Santa Cruz-, las autoridades locales como forma de regular o limitar las medidas de acción directa, realizan el intento de declarar a la educación como un servicio esencial, “El vicegobernador de la provincia de Buenos Aires, Gabriel Mariotto deslizó esta semana la posibilidad de considerar la educación como un servicio público esencial, lo cual reglamentaría el derecho a huelga de los docentes, propuesta que los representantes gremiales rechazaron tajantemente. En esa provincia se aplicarán descuentos a los maestros que vienen haciendo paro, y no descartan multar a los gremios que no acaten la conciliación obligatoria” (Hagelstrom, 2014)

¿Es la educación un servicio esencial? Para responder esta cuestión se sigue a la autora María Rosa Rodríguez quien en su trabajo denominado “El ejercicio del derecho a huelga en servicios esenciales” aborda la temática que si bien algunos temas ya fueron analizados con mayor profundidad en el presente capítulo, la autora referida, realiza otro enfoque, un tanto más específico y más útil a los fines de develar la pregunta formulada.

El derecho a huelga en los servicios esenciales pone en juego dos intereses jurídicos, por un lado la necesidad de no interrumpir ciertas actividades consideradas indispensables por la sociedad y por el otro el respeto de un derecho fundamental con raigambre constitucional como lo es el derecho a huelga.

Y esto es así porque la huelga en los servicios esenciales tiene efectos que trascienden a la relación bilateral entre patronal-empleados y terminan extendiéndose a terceros ajenos al conflicto.

Además si bien el derecho a huelga como ya se ha dicho posee jerarquía constitucional, esto no significa que sea absoluto e irrestricto su ejercicio no puede afectar otros derechos de igual rango como preservación de la vida, la salud, la seguridad, la libertad, etc.

Cuando se trata de huelga en los servicios públicos esenciales está de por medio el interés de la sociedad, esto es, el interés público que incluye también el de los propios huelguistas.

Tissenbaun señalaba que el problema esencial de los servicios públicos es el de mantener la regularidad de su prestación, pues su interrupción, por cualquier causa y con mayor razón por la huelga, provoca un estado de evidente alteración en el funcionamiento de la vida colectiva, provocando un malestar social superior por su trascendencia a la paralización del trabajo que genera como hecho directo la huelga.

El derecho a huelga tiene una particularidad propia de los servicios públicos ya que, al decir de Palomino el comportamiento sindical es en general de elevada intensidad, una característica propia de los sindicatos del sector públicos en la que persisten factores que bloquean la negociación y dificultan la gestión del conflicto laboral ya que a diferencia del sector privado en donde los conflictos se componen de tres partes: Patronal, Trabajadores y Ministerio de Trabajo Empleo y Seguridad Social, en la conflictividad docente no hay canales tripartitos, pues es el estado a la vez que empleador, es árbitro de las negociaciones colectivas” (Palomino, 2009 citado por Chiappe, M.M. 2012).

Ahora bien, ¿Qué se entiende por servicios esenciales? Un concepto restringido de la OIT entiende que “es aquel cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de las personas en toda o en parte de la población” (Rodríguez, 2010)

Sin embargo la concepción de lo que es un servicio esencial puede variar de sociedad en sociedad e inclusive en una misma sociedad en distintas épocas puesto que lo que puede ser esencial para unos puede no serlo para otros por ejemplo es innegable que la salud es un servicio esencial en cualquier sociedad en cualquier tiempo, pero el servicio

militar, o los servicios de defensa pueden ser esenciales en una sociedad con hipótesis de conflictos y puede no serlo en sociedades pacíficas sin problemas de límites y sin posibles guerras como por ejemplo Costa Rica que no posee ejército militar puesto que no es un servicio esencial y puede prescindir de ello; no así un estado como el de Israel que está en situación beligerante, el servicio militar es un servicio esencial del cual no se puede prescindir.

Por lo expuesto, la determinación de lo que es un servicio esencial es subjetivo entonces la calificación de un servicio esencial es una decisión política.

En nuestro país la tipificación de los servicios esenciales se encontraba enumerada en virtud del decreto 2184/90. Este fijaba un sistema de guardias mínimos a fin de que los servicios, cuya interrupción total o parcial pudiera responder en peligro la salud, libertad o la seguridad de las personas siguieran operando a pesar de la medida de acción directa dispuesta. El decreto detalla cuáles servicios se encontraban amparados: sanitarios y hospitalarios, transporte, producción y distribución de agua potable, energía eléctrica, gas y otros combustibles, telecomunicaciones, educación primaria, secundaria, terciaria y universitaria, administración de justicia y en general a todos aquellos en los cuales la extensión duración u oportunidad del servicio o actividad pudiera poner en peligro la vida, la salud, la libertad, o la seguridad de toda la comunidad o parte de ella lo cual sería calificado por el ministerio de trabajo, empleo y formación de recursos humanos.¹⁸

La ley 25.250 (02/06/2000) derogó el decreto 2184 y dispuso en su artículo 33 que en los casos en que las partes en razón de un conflicto de trabajo decidan acciones de huelga, deberán garantizar la prestación de servicios mínimos que impidan su interrupción. A su vez, faculta al Ministerio de trabajo para disponer, mediante intimación la fijación de los servicios mínimos que deberá mantener en cada establecimiento o empresa cuando las partes hayan agotado la instancia tendiente al cumplimiento.

A la definición estricta de servicio esencial referida en párrafos anteriores es razonable agregar: aquellas huelgas cuya extensión y duración pudieran provocar una situación de crisis nacional aguda tal que las condiciones normales de existencia de la

¹⁸ Ley 25.250, decreto 2184

población pudieran estar en peligro. Este criterio cuantitativo establece que la calidad de esencial se adquiere también por la prolongación temporal de la huelga.

El Dto. 843/00 ordena: se consideraran servicios esenciales en sentido estricto únicamente a las actividades siguientes:¹⁹

- a) Los servicios sanitarios y hospitalarios.
- b) La producción y distribución de agua potable y energía eléctrica.
- c) Los servicios telefónicos.
- d) El control de tráfico aéreo.

Sin embargo en la segunda parte del artículo 2° expresa: "el Ministerio de Trabajo Empleo y formación de recursos, podrá, mediante la resolución fundada, calificar como servicio esencial una actividad no incluida presentemente cuando se dieren algunas circunstancias:

- a) La extensión y duración de la interrupción de la actividad que se tratase pudiere poner en peligro la vida la salud o la seguridad de la persona en toda o parte de la comunidad
- b) La actividad afectada constituye un servicio público de importancia trascendental o de utilidad pública
- c) La interrupción o suspensión del servicio que pudiere provocar una situación de crisis nacional aguda que hiciere peligrar las condiciones normales de existencia de la nación.

Comparto lo expresado por la Lic. Ana Rosa Rodríguez que considera al inciso B como inconstitucional por haberse excedido el ejecutivo en sus facultades reglamentarias (art 2 inc. 2 de C.N) y alterar irrazonablemente un derecho constitucional y lesionar la supremacía de la carta magna (Rodríguez, 2010).

El procedimiento indica que la acción directa debe ser comunicada con 48 hs de anticipación a la autoridad de aplicación el ejercicio de medidas de acción directa y otras 24 para acordar los servicios mínimos. El ministerio del ramo no tiene potestad para declarar la ilegalidad de la huelga.

¹⁹ Decreto 843/00

Por último la ley 25.877 en su artículo 24° prevé que cuando por un conflicto de trabajo alguna de las partes decida la adopción de medidas legítimas de acción directa que involucren actividades que pudieran considerarse servicios esenciales deberá garantizar la prestación de servicios mínimos para evitar su interrupción. Considera esenciales los servicios sanitarios y hospitalarios, la producción y distribución de agua potable, energía eléctrica, gas, control del tráfico aéreo.

También puede considerarse excepcionalmente de esencial por una comisión independiente una actividad en los siguientes supuestos:

- a) Cuando por la duración y extensión territorial de la interrupción de la actividad la ejecución de la medida pudiera poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población
- b) Cuando se trate de un servicio público de importancia trascendental conforme a los criterios de los organismos de control de la OIT.

A su vez el mismo decreto ordena la creación de una Comisión de Garantías integrada por representantes, empresarios, sindicalistas y académicos que asegure la realización de guardias y prestaciones mínimas que eviten la paralización total de los servicios. Fija el establecimiento de sanciones por incumplimiento que van desde multas, hasta la posibilidad de quitar la personería gremial.

Conclusiones parciales

Finalizado el segundo capítulo, podemos afirmar que hoy en día es indiscutible la existencia de la huelga como derecho, se ha dejado en claro en el enfoque del marco legal del derecho a huelga, que es una prerrogativa que se encuentra garantizada en todos los niveles jurídicos, desde los pactos internacionales con jerarquía constitucional (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en el Pacto de San José de Costa Rica Artículo, Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales Culturales, como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos), la propia Constitución Nacional, el convenio de OIT N° 87 (con jerarquía constitucional), la Constitución Provincial, la ley Nacional de educación (ley 26.206), el estatuto del docente de Santiago del Estero, etc.. Todos estos instrumentos legales se presentan como un bloque homogéneo en donde a simple vista, no parece haber contradicciones que pudieran suscitar alguna discrepancia entre diferentes órdenes.

El enfoque que distingue al presente trabajo, su nota característica, es que analiza el derecho a huelga en la actividad docente y es aquí donde se ha procurado analizar las particularidades del derecho a huelga en el sector mencionado, partiendo de la idea de que no es lo mismo el ejercicio del derecho a huelga de un obrero en el sector privado en donde para resolver las divergencias con la patronal se encuentra el estado como árbitro del conflicto, la situación se va complejizando cuando los trabajadores pertenecen al sector público como es el caso de los docentes, en donde el mismo estado que es árbitro en otras situaciones, en estos conflictos desempeña un doble rol de juez y parte ya que tiene intereses en los mismos. El gremio docente como rama particular de trabajadores está dotado de cierta estabilidad laboral para sus miembros y gran soporte sindical que le da la posibilidad a los docentes ser -como se indicó en su momento- un grupo de trabajadores de alta conflictividad laboral, muy activos a la hora de tutelar sus propios intereses.

Otro aspecto que indica la particularidad del ejercicio del derecho a huelga en la actividad docente es el hecho que al ser el grupo más importante de empleados estatales, las mejoras salariales que puedan alcanzar, luego se hace extensiva a la totalidad del sector público, es por ello que las autoridades y medios de comunicación le asignan especial importancia.

Si bien en el apartado se observa claramente que el derecho a huelga está ampliamente consagrado, cumplimos con el objetivo de apreciar cuales son los límites al ejercicio del derecho a huelga en general y en particular a los docentes, a los cuales se intentó declarar la actividad como “servicio esencial” un dato no menor ya que la declaración de “servicio esencial” limita el ejercicio de derecho a huelga y reduce las posibilidades reales de presionar al gobierno en búsqueda de sus reivindicaciones sociales.

Las conclusiones a las que arribamos en este capítulo son a la vez, lo que nos servirá de como herramienta base para el progresivo análisis del objeto central de este trabajo como lo es los fundamentos legales a favor y en contra del descuento de los días trabajados que a continuación examinaremos.

Capítulo 3

Introducción

La mera consagración del derecho a huelga, sus límites, el análisis de sus particularidades y la búsqueda constante de su equilibrio en colisión con otros derechos no basta para comprender su aplicación efectiva en conflictos laborales. En el presente capítulo se presentan los diferentes argumentos que se utilizan en favor o en contra de la aplicación de descuentos salariales derivados del ejercicio de derecho a huelga por parte de los docentes. Este análisis nos permitirá responder afirmativa o negativamente nuestra hipótesis teniendo en cuenta que si bien esta ampliamente consagrado el derecho a huelga. ¿Es legal el descuento salarial que sufre el trabajador por el mero hecho de ejercer un derecho constitucional?

En el desarrollo se inicia analizando los efectos de la huelga en el contrato de trabajo, ya que si bien la huelga es una abstención concertada, su efecto no es inocuo en la relación laboral.

En el análisis jurisprudencial y estudio de los argumento a favor o en contra del descuento salarial de los días de huelga, es preciso distinguir los argumentos puramente jurídicos, de aquellos que son éticos o morales, ya que de acuerdo a los fines y naturaleza del presente trabajo importan los fundamentos legales teniendo en cuenta su aplicación en el ejercicio profesional. Sin embargo no se trata de descartar los argumentos morales o éticos ya que estos elementos influyen en la formación de las leyes, se observó en el capítulo uno como las concepciones respecto al derecho a huelga fueron mutando a través del tiempo y lo que antes podía parecer un delito o algo injusto tranquilamente en el futuro puede no llegar a serlo y es precisamente esa dinámica lo que hace que el Derecho como rama de conocimiento específico es tan atractivo y rico en variantes.

3.1 El impacto de la huelga en el salario docente

El contrato laboral jurídicamente posee los caracteres de ser bilateral y conmutativo, bilateral, porque posee dos extremos en la relación jurídica, empleador-trabajador y conmutativo porque supone entre estos extremos prestaciones recíprocas, trabajo-remuneración, siendo por lo tanto equivalente las prestaciones debidas entre las partes.

Dentro de los efectos que produce la huelga es importante mencionar como el principal efecto la suspensión, reducción o alteración del débito laboral normal, habitual por parte del trabajador de acuerdo al Art. 84 Ley de Contrato de Trabajo²⁰ que establece: *“El trabajador debe prestar el servicio con puntualidad, asistencia regular y dedicación adecuada a las características de su empleo y a los medios instrumentales que se le provean”*²¹. Esta suspensión se encuentra justificada dado que “cuando los trabajadores hacen huelga no es porque no quieren trabajar sino porque pretenden hacerlo en mejores condiciones.

Correlativamente, el empleador, ante la falta de prestación del servicio debido a su contraparte, se ve liberado del pago de la remuneración correspondiente a tales labores omitidas o reducidas, dado que los días que no se presta servicio o se reduce; se modifica el salario, que es la contraprestación por excelencia, debe seguir el mismo ritmo lo que emerge claramente del precepto de los artículos 103° de la LCT:

“A los fines de esta ley, se entiende por remuneración la contraprestación que debe percibir el trabajador como consecuencia del contrato de trabajo. Dicha remuneración no podrá ser inferior al salario mínimo vital. El empleador debe al trabajador la remuneración, aunque éste no preste servicios, por la mera circunstancia de haber puesto su fuerza de trabajo a disposición de aquél”. Por una cuestión lógica, si el salario es la

²⁰ Ley 20.744 en adelante LCT LEY N° 20.744 - Decreto 390/1976 Bs. As., 13/5/1976

²¹ Art. 84 –Deberes de diligencia y colaboración <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/25552/texact.htm>

contraprestación de un debito laboral, los días que no se presta servicio o se reduce por el ejercicio del derecho a huelga como directa consecuencia se modifica el salario, que es la contraprestación por excelencia.

La doctrina dominante establece que “el empleador debe respetar la huelga pero no financiarla, ya que los trabajadores y asociaciones sindicales que lo representan, deberían saber que estas medidas de acción directa, conllevan consigo el sacrificio o pérdida del salario. La razón, es que aquí no medió el presupuesto fáctico de su percepción, esto es, la puesta a disposición del empleador de la fuerza de trabajo del modo exigible contractualmente por parte del dependiente, existiendo en la doctrina nacional y en la jurisprudencia, un amplio consenso al respecto (Amarilla, 2014).

El comité de libertad sindical sostuvo que el NO pago de los días de huelga no genera controversia con los principios de libertad sindical. Son este entonces, los principales argumentos y hasta la fecha la opinión mayoritaria de la doctrina y la jurisprudencia.

Sin embargo se advierten ciertos avances y cambios, especialmente en la rama de trabajadores que el tema nos ocupa, al respecto: Federico Dalponte, abogado laboralista, subraya que “el único caso en el que es procedente el descuento salarial o alguna sanción, de acuerdo a la ley 14.786, es si continúa la huelga después de dictada la conciliación obligatoria”. Ese es “el único mecanismo coercitivo que tiene el Estado” (Mayor, 2017).

Dicho de otra forma “el ejercicio regular de un derecho no puede ser objeto de una represalia”. Si la medida fue convocada por un sindicato formalmente constituido, tal como exigió la Corte en el reciente fallo Orellano²², no habría razón para sancionar su ejercicio se trata de un pilar de la teoría jurídica y más aún de un principio lógico.

Continúa Dalponte señalando que es importante diferenciar dos aspectos en este tema: El primero tiene que ver con “la decisión individual de adherir a la medida”. Es que según el artículo 14 bis de la Constitución, “sólo el gremio puede convocar a la huelga”, pero la adhesión individual es siempre su consecuencia natural y necesaria. Partiendo de esa premisa “si el empleador amenaza con descontar el día de paro, está atentando de hecho contra la medida de fuerza, lo que configura una actitud anti sindical”.

²² Fallo citado en capítulo 1

Otro aspecto a señalar es que si una acción sindical que se encuentra motivada por la escasez del salario para afrontar la vida cotidiana, el descuento del día de paro no trabajado dejaría al trabajador en una posición económica aún más baja que en la que se encontraba antes de iniciar una acción sindical por lo tanto, el autor citado concluye que “además de ser ilegal, el descuento del día no trabajado, alienta el no ejercicio de una prerrogativa constitucional”

En esta dirección, existe un caso jurisprudencial en la provincia de Río Negro donde el Superior Tribunal de Justicia en el marco de un conflicto colectivo de trabajo entre los docentes de esa provincia y ante el no inicio del ciclo lectivo de 2009 por la huelga un mes y sin que la paritaria provincial se reuniera ni existiera ofrecimiento alguno de mejoras salariales por parte de la patronal, mediante una acción de amparo se hizo prevalecer el derecho fundamental a la educación de los niños y a través de este ordenando al poder ejecutivo provincial a reanudar las negociaciones con el gremio y a llegar a una solución de todos los puntos de discusión y a los docentes por su parte a levantar la medida de fuerza mientras dure la paritaria y se abstenga el estado provincial a realizar descuentos de haberes por los días de huelga²³

En otros fallos judiciales se ordena al estado devolver a los trabajadores los salarios descontados por los días de huelga, generados a partir del reclamo por aumentos salariales, argumentándose que “incumbe al poder legislativo, proveer recursos y modo de inversión de las ventas, disponiendo de medidas necesarias para posibilitar el cese de medidas de fuerza por cuanto el objeto de las mismas tiene su causa en el retraso injusto de haberes que sufren jueces y empleados, además de reclamos por mejores condiciones de trabajo” (Amarilla, 2013)

El ejercicio del derecho a huelga de manera lícita, conlleva a la causación de un daño hacia el empleador e incluso hacia terceros, el que se exterioriza con la abstención, suspensión o reducción de la prestación del débito laboral, en la búsqueda de mejoras a nivel profesional; ahora este daño debe limitarse a la mera paralización o reducción de la

23 “No corresponde que el Estado provincial descuenta a los docentes los días de huelga hasta que la negociación y conciliación colectiva no se agote en jurisdicción provincial o nacional”. ST-Río Negro, marzo 30-2009 Frank, Silvia S.Amparo, TySS,09-340.

producción o servicios para encontrar protección como legítimo ejercicio de este derecho de linaje constitucional.

El problema se suscita cuando el derecho constitucional se ejerce fuera del marco descripto, haciéndolo de manera abusiva y anti funcional con respecto al resto de las facultades que la carta fundamental establece a favor del empleador y de todos los habitantes del país.

En la jurisprudencia se ha reconocido el deber de reparar daños que causen las huelgas ilegales, se trata de responsabilidad extracontractual derivada de un hecho ilícito que viola “el deber de no dañar”. Los daños producidos por la extralimitación de los trabajadores son incompatibles con el derecho constitucional reconocido por el artículo 14 bis (Amarilla, 2013).

3.2 Argumentos a favor de los descuentos salariales.

El descuento de los días de paro, es una de las herramientas preferidas que utilizan los gobiernos y patronales a los fines de derrotar las luchas de los trabajadores. El argumento principal (expresado ut supra) es el derecho del empleador a no pagar lo días de paro, pues no existe contraprestación.

Afirma Juan José Etala (h), que si bien el derecho a huelga se encuentra ampliamente consagrado debe ejercerse de conformidad con las leyes que reglamenten su ejercicio pero a su vez, existe escasa regulación (Conciliación obligatoria y servicios esenciales), ni si quiera la Organización Internacional del Trabajo se refiere al respecto con la intención que cada país regule el derecho a huelga de modo tal que no impida su ejercicio. En el caso que nos ocupa, debe determinarse la legalidad o ilegalidad de una huelga y concluye “los días de huelga no deben ser pagados: el salario es la contraprestación del trabajo, pero no del “no trabajo”. El empleador debe soportar la huelga mas no financiarla” (Etala, 2010).

Confirmando lo expresado por Etala, en un fallo el juez Luis Francisco Lozano expresó lo siguiente: “el ejercicio del derecho a huelga no genera por sí la obligación de pago del salario correspondiente, ni libera al empleador de cumplir con el pago. La normativa mencionada, que consagra el derecho, no zanja esa cuestión y tampoco existen

normas de rango inferior que, al regular el derecho a huelga, establezcan una solución al respecto”²⁴.

De acuerdo a lo expresado y ante la inexistencia de una ley que regule la cuestión, este tema pasa a consideración de los jueces que en ocasión deban resolver esta discrepancia.

En contra de esta postura se encuentra también José E. Tiburcio quien afirma que “no existe norma legal, ni en nuestro país ni en el ámbito internacional, que establezca el pago de salarios por el tiempo que dure la huelga”

El comité de libertad sindical de la OIT, puntualiza que no existe objeciones desde el punto de vista de la libertad sindical para que se descuenten los salarios por los días de huelga, siempre que la deducción se circunscriba al tiempo de inactividad (debería ir el fallo de 1/30)

Siguiendo la doctrina clásica de Santoro Pasarelli y de Gino Giuni “la huelga es una medida de fuerza que supone la simple abstención colectiva y concertada del deber de trabajar, promovida por un sindicato representativo y con un objeto o fin laboral de naturaleza colectiva” imponer el pago de salarios caídos, cuando los dependientes que trabajan durante la medida de fuerza se le pague el salario por que cumplieron con su tarea y a los que adhirieron a una huelga también constituye un acto injusto e inequitativo”²⁵.

El profesor, Julián A de Diego, Profesor Ordinario de Derecho del Trabajo en la UCA es tajante en su posición, sostiene “Si la huelga fuera remunerada se constituiría en una obligación sin causa. La huelga es un derecho constitucional que justifica un daño: el de no producir suspendiendo las tareas (simple abstención) cuando la misma se funde:

- En causa legal
- Huelga declarada legal
- Por sindicato con personería

Cumpliendo además con los procedimientos legales de conciliación, de autocomposición e integrando guardias mínimas cuando se trate de servicios esenciales.

²⁴ <http://cij.gov.ar/nota-5152-Ratifican-descuento-de-haberes-por-d-as-de-paro-a-docentes-de-la-Ciudad-de-Buenos-Aires.html>

²⁵ Etala J. J. (h), www.elcronista.com “Según la jurisprudencia, la huelga no genera derecho al salario” 04/06/2010 recuperado el 04/03/2017.

Los dirigentes sindicales parten de que la huelga legal no genera pérdida de salarios en base a un silogismo que lleva a una falacia “*la huelga al ser legal no puede importar un daño para el trabajador*”. La sola circunstancia de haber cesado en la prestación del servicio en ejercicio del derecho a huelga no determinara la pérdida derechos emergentes del contrato de trabajo, pero tampoco constituye un medio de adquirir derechos, dado que la remuneración, se adquiere por haber estado dispuesto a ejecutar un servicio, si con la huelga el trabajador puso su trabajo a disposición del empleador, no adquiere el derecho de verlo retribuido (C. Ap. Civil, Comercial, Laboral y de minería de Caleta Olivia o 13/08/2012 o APAP “Las Heras c/ Municipalidad de las Heras s/ Amparo o La ley Online o AR/JUR/80330/2012) (Diego, 2010)

Otro tanto ocurrió al desestimarse la acción deducida por Unión de Empleados del Poder Judicial de la Nación con fundamento en el art. 47 de la ley N° 21.551 a fin de que ordene al referido poder judicial a cesar la práctica de descuentos salariales efectuados con motivo de días no trabajados por adhesión a una huelga, en tanto los trabajadores no tienen derecho a percibir los salarios que se devengan durante el conflicto en el que participaron mediante una acción concertada de prestar servicios rigiendo el principio según el cual “no corresponde salario sin trabajo”²⁶ (C. Nac. Ap. Trabajo, Sala IX o 19/11/2009 o Unión de Empleados de la Justicia de la Nación o D.T 2010 (Mayo),pág. 1196, José Tiburcio o A.R. Jur²⁷.

3.3 Argumentos en contra del descuento salarial

Aunque la tendencia actual se orienta hacia la legalidad del descuento de los días no trabajados en ocasión al ejercicio del derecho a huelga, son varios los argumentos en contra del descuento, en sus afirmaciones se pueden encontrar fundamentos de orden moral, éticos pero también jurídicos. Como se observará en el presente apartado, existen tendencias actuales, sobre todo de tribunales inferiores que encuentran en el descuento salarial del día de huelga “una alteración, restricción o limitación del derecho a huelga de manera ilegal” ya que –continúa el razonamiento- el ejercicio del derecho a huelga cumpliendo los ordenamientos de fondo y de forma, no debería causar ningún daño, de acuerdo al principio

²⁶ <https://www.cronista.com/impresageneral/Segun-la-jurisprudencia-la-huelga-no-genera-derecho-al-cobro-de-salarios-20100604-0035.html> Copyright © www.cronista.com

²⁷ <https://www.cronista.com/opinion/La-huelga-no-da-derecho-al-cobro-de-salarios-por-el-tiempo-de-inactividad-20140820-0085.html> Copyright © www.cronista.com

que establece que el ejercicio normal de un derecho no puede ser causal de una represalia económica, como lo puede ser el descuento salarial del día no trabajado.

Con fecha 04/10/2010 el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires “ratifica el descuento de haberes por días de paro a docentes de CABA” según los jueces “el ejercicio de derecho a huelga, no genera obligación de pago de salario”.

La disidencia del fallo estuvo a cargo de la jueza Alicia Ruiz expresó que:

“el descuento de haberes por no poner a disposición la fuerza de trabajo incide en el salario que hace a la subsistencia del trabajador y de su grupo familiar y tiene carácter alimentario... afectar la retribución de los trabajadores sin dar cuenta de circunstancias que justifiquen esa privación, como sucede en estos actuados, es una violación inaceptable de un derecho consagrado en la CN, con el agravante de que esa lesión conlleva, un plus intimidatorio tendiente a desalentar futuros reclamos. Tanto más significativo cuando es el estado-empedor, a través del Poder Ejecutivo, en el caso, el que pone en marcha prácticas disuasorias y anti sindicales descontando los haberes a los trabajadores que adhirieron a la medida”²⁸.

En Marzo de 2017 un fallo judicial ordenó al gobierno de la provincia de Buenos Aires “se abstenga de aplicar descuentos en los haberes docentes de aquellos agentes que se adhirieron a los paros en la provincia y pidió que no pague ningún tipo de plus salarial a los maestros y dictaron clases en vez de sumarse a las medidas de fuerza. El fallo dictado por la Jueza María Ventura de Martínez, titular del juzgado contencioso administrativo N°4 de La Plata, a favor de seis gremios que integran el Frente de Unidad Docente (AMET, FEB, SADO, SUTEBA, UDA, Udocba) el fundamento de la magistrada reside en que “las acciones de la administración aquí analizadas (en alusión a los descuentos salariales y premios al presentismo) son actos que alteran, restringen, limitan o afectan la libertad de los trabajadores y de sus entidades gremiales en las negociaciones colectivas; con lo cual deberán abstenerse de realizarlos”

La jueza Ventura Martínez destacó en su fallo la importancia de que "la elección entre adherir o no a una huelga sea un dilema a resolver por cada individuo en su fuero interno de acuerdo a lo que le dicte su propia conciencia, sus principios y su escala de

²⁸ TSJCABA Expte. N° 7180/10 - “Asociación Docentes ADEMYS c/ GCBA s/ amparo (art. 14, CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido” 04/10/2010

valores y no, contrariamente, se vea coaccionado por influencias, acciones y medidas externas y con efecto persuasivo sobre su autonomía espiritual"²⁹

Como se puede observar en estos dos fallos, consideran las acciones del gobierno como actos tendientes a limitar de forma velada el ejercicio del derecho a huelga, si embargo estas posturas continúan siendo hoy minoritarios y son rechazadas en los tribunales de alzada imponiéndose los argumentos señalados en el título que nos antecede.

Es preciso agregar un tema también abordado en el capítulo 1 y 2, ya que en el caso de los docentes estatales se encuentran en una dificultad mayor, debido a que se da la particularidad que quien es el patrón y debe negociar los salarios, es también el árbitro de la cuestión y el agente represor, hablamos por supuesto del estado. Al respecto existe un fallo que expone la situación:

“El fallo del Superior Tribunal de Justicia de Rio Negro reconoce la inexistencia de una parte imparcial que medie en el conflicto entre los docentes empleados estatales y el mismo estado que es a su vez empleador y arbitro del conflicto por lo cual es una cuestión pendiente de resolución y se impone en la negociación la voluntad del estado con juez y parte, rompiendo el equilibrio que debería haber en la negociación. Así como en el argumento citado en el cual se intenta argüir la doctrina de los actos propios en el cual no se puede asimilar en pie de igualdad el poder negociador del empresario o patronal con el trabajador, cuya continuidad laborar se relaciona directamente con su subsistencia y el de su grupo familiar” (Amarilla, 2013).

Por consiguiente no existe un equilibrio en las negociaciones docente-estado y mientras no exista un ente independiente que resuelva los conflictos de esta naturaleza se perpetuará la voluntad del estado, violando un principio laboral que le otorga al trabajador algunas prerrogativas a los fines de reducir el claro desequilibrio que hay en una negociación entre la patronal y los trabajadores, siendo el ejercicio del derecho a huelga la principal herramienta con la que cuenta el trabajador.

La provincia de Buenos Aires por ejemplo hace 23 años que tiene pendiente la creación de un órgano imparcial para resolver estas cuestiones y en otras jurisdicciones esta cuestión sencillamente no se encuentra analizada. Al respecto en Marzo y Julio de 2017 el

²⁹ <https://www.lanacion.com.ar/1998791-impiden-descontar-los-dias-de-paro-y-premiar-el-presentismo>

juez en lo Contencioso y administrativo de la ciudad de la Plata emitió algunos fallos teniendo en cuenta lo expresado y en favor de los docentes al expresar:

“En el fallo, Arias advirtió al gobierno bonaerense que no pueda realizar ningún acto "que altere, restrinja o menoscabe el derecho a huelga" y lo fundamentó en que "hace más de 22 años" que la Constitución provincial consagró la existencia de un tribunal independiente para dirimir los conflictos entre el Estado y los trabajadores.

Asimismo, sostuvo que para el caso de no arribar a un acuerdo de partes *"la solución del conflicto deberá recaer en algún órgano imparcial que sea creado transitoriamente de común acuerdo y al solo efecto de resolver la negociación paritaria"*³⁰.

El derecho a huelga incluye la percepción del salario completo: el descuento del día no trabajado representa una acción coercitiva del estado para inhibir cualquier conducta tendiente a la mejora en las condiciones laborales del trabajador ya que –entienden algunos autores citados precedentemente- primariamente el trabajador no deja de trabajar por su simple voluntad, sino con la intención de negociar mejores condiciones de trabajo, siendo la huelga posiblemente su única herramienta de presión, ante esta situación no estaríamos ante una hipótesis de incumplimiento de contrato laboral sino ante una suspensión del contrato, una suspensión legal y concertada de la obligación del trabajador de poner al servicio del patrón su fuerza laboral, por lo tanto (consideran algunos) el razonamiento “no hay salario sin prestación” quedaría desvirtuado, ya que existen casos, también legales, en donde “hay salario sin prestación” como lo es el caso de las vacaciones pagas y los diferentes casos de licencias siendo el ejercicio del derecho a huelga una hipótesis más de suspensión de trabajo previsto por ley.

³⁰https://www.clarin.com/sociedad/paro-docente-fallo-juez-exigio-vidal-respetar-derecho-huelga_0_HkMhXPo5g.html

Conclusión general.

Teniendo en cuenta una breve síntesis histórica respecto del derecho a huelga en el país, se ha observado cómo fue cambiando la concepción del mismo, en algunos momentos criminalizando la huelga, en otros tolerándola en el marco de la libertad y en la mayoría de los casos reconociéndola como derecho. Quedó evidenciado que estos cambios de concepción, no indican una evolución lineal sino que nos encontramos ante una situación de tensión permanente de avances y retrocesos en donde los trabajadores deben mantener los logros obtenidos y por su parte, tanto la patronal como el estado en su rol de empleador, intentan limitar el ejercicio de la huelga que perjudica sus intereses.

Una vez finalizado esta retrospectiva, se desarrolló la tarea de definir el derecho a huelga desde un punto de vista dogmático, tomando varias definiciones las cuales cada una desde su perspectiva aportan elementos para comprender acabadamente este derecho visto desde su dimensión colectiva como desde su dimensión individual. De la cual se entiende como la definición más pertinente la de Justo José López que es “el acto de incumplimiento justificado de la prestación contractual de trabajo subordinado, colectivamente decidido como medio de presión sobre los empleadores, para hacer triunfar un interés profesional y también colectivo”. Esta definición reúne todos los elementos de la huelga ya que se refiere a un “incumplimiento justificado (amparado por la ley)”, “trabajo subordinado” (tipificante de un contrato de trabajo) “colectivamente decidido” (dimensión colectiva) “para hacer triunfar un interés profesional (dimensión individual)”.

Una vez que se procedió a efectuar y concluir la indagación dogmática, en el capítulo 2 se desarrolló la tarea de investigar las leyes de fondo que consagran la huelga en general, como resultado de este trabajo se citan instrumentos internacionales con jerarquía constitucional, Pacto de San José de Costa Rica, Pacto de Derechos Civiles y Políticos,

Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales, la Constitución de la Nación Argentina, Constitución de la Provincia de Santiago del Estero, Convenio de la OIT N° 87, Ley Nacional de Educación, Estatuto del docente de Santiago del Estero, etc. Todas estas leyes de acuerdo al principio de supremacía constitucional poseen coherencia y relación entre sí, de modo que se convierte en un plexo normativo sólido en donde no quedan dudas del reconocimiento Internacional, Nacional y Provincial del derecho analizado.

Sin embargo en el desarrollo del trabajo pudimos observar también que la sola consagración normativa del derecho a huelga no significa que su ejercicio se encuentre exento de limitaciones, afirmar eso, sería pensar en un derecho incompatible con la sociedad, en este sentido la nuestro máximo tribunal es claro al respecto

De acuerdo a la opinión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: “el ejercicio de derecho a huelga no puede afectar sustancialmente la continuidad de los servicios públicos ni el orden en la paz pública, valores cuya tutela se halla a cargo del estado por una imposición constitucional que supone reconocerle las facultades que fuesen necesarias para asegurarlas, ello es así -ha dicho- porque sería contrario al entendimiento común asignarlo al derecho constitucional de huelga en rango superior a la serie de deberes y correlativas facultades del estado, también de raíz constitucional”.

Es preciso abocarse al tema de la reglamentación del derecho a huelga, establecer sus límites, es por ello que se disponen las condiciones para que una huelga se considere legal son entre otras a saber : La obligación de dar un preaviso; La obligación de recurrir a procedimientos de conciliación, mediación y arbitraje voluntario en los conflictos colectivos como condición previa a la declaración de huelga; la celebración de un escrutinio secreto para decidir la huelga; el mantenimiento de un servicio mínimo en determinados casos; la garantía de libertad de trabajo de los no huelguistas.

Aun así, existen actividades que por su naturaleza e importancia en la sociedad tienen un mayor grado de restricciones a las cuales la ley le asigna la denominación de “servicios esenciales”, estos se encuentran determinados taxativamente por ejemplo: Los servicios sanitarios y hospitalarios, la producción y distribución de agua potable y energía eléctrica, los servicios telefónicos, el control de tráfico aéreo

Sin embargo en la segunda parte del artículo 2° expresa:”*el Ministerio de Trabajo Empleo y formación de recursos, podrá, mediante la resolución fundada, calificar como*

servicio esencial una actividad no incluida presentemente cuando se dieran algunas circunstancias:

- a) La extensión y duración de la interrupción de la actividad que se tratase pudiese poner en peligro la vida la salud o la seguridad de la persona en toda o parte de la comunidad
- b) La actividad afectada constituye un servicio público de importancia trascendental o de utilidad pública
- c) La interrupción o suspensión del servicio que pudiese provocar una situación de crisis nacional aguda que hiciera peligrar las condiciones normales de existencia de la nación.

Es el inciso b el que abre la posibilidad que el derecho a huelga en la actividad docente sea restringido, ya que se refiere a un servicio público de importancia trascendental o de utilidad pública, lo cual es aplicable a la educación cuando en jurisdicciones conflictivas se desarrollan planes de lucha que incluyen muchos días de paro.

Estas herramientas legales y conceptuales nos ayudan a responder nuestra hipótesis en dos partes: el ser y el deber ser.

Ante la hipótesis que motiva el presente trabajo: la afirmación que, no debería tener impacto salarial el ejercicio del derecho a huelga ampliamente consagrado, siempre que su ejercicio no trascienda los límites establecidos de antemano por la ley, partiendo del principio que establece que “no existen derechos absolutos”. En ese mismo sentido el descuento del salario por el hecho de adherir a una medida de fuerza, legalmente constituida, se convertiría en una represalia encubierta, en tanto que el objetivo principal de estas huelgas es la mejora de la situación económica del trabajador y tiene como consecuencia directa el desmedro de sus ingresos lo que constituye a su vez una acción disuasoria de la acción gremial.

La respuesta desde “el ser” es en sentido negativo, debido a que tal como se desarrollo en el capítulo 3 la doctrina y la jurisprudencia es mayoritaria en el sentido de afirmar que es legal y corresponde el descuento de los días no trabajados en ocasión de una huelga legalmente declarada, los argumentos son de índole contractual, económicos, se basan también en la doctrina de los actos propios (el descuento es el resultado no querido pero consciente de una acción sindical) en cuestiones de discriminación, aduciendo que no se puede abonar el día trabajado de igual forma tanto a quienes se adhieren a la medida de

fuerza como a aquellos trabajadores que efectivamente prestaron servicio en el cumplimiento diario de la tarea, el descuento del día de huelga sería entonces, según estos una cuestión de justicia. Al respecto la doctrina es pacífica existiendo coincidencia tanto en los fallos de la Suprema Corte de Justicia como en el Comité de Libertad Sindical de la OIT quien expreso que el NO pago del día trabajado no atenta contra el ejercicio de la libertad sindical. Por último y no menos importante es el vacío legal al respecto en tanto que no existe norma específica al respecto que subsane esta cuestión, ni a favor ni en contra, por lo tanto la decisión de estas controversias queda en manos de los jueces teniendo en cuenta las resoluciones de los entes mencionados precedentemente.

Esto último me lleva a resignificar los contenidos del primer capítulo, que se vincula con el concepto del derecho a huelga y su mutación en el tiempo, al decir de Ackerman “como delito, como libertad, luego como derecho, que llevó a su prohibición, tolerancia o protección, entiendo que nos encontramos transitando este camino inacabado, incompleto y es tarea de las próximas generaciones tal vez, modificar esta visión imperante que permite el descuento de los días de huelga, a personas que paradójicamente llevan a cabo estas acciones para mejorar su situación económica, siendo el resultado directo el desmedro de su salario, representando estas decisiones, medidas legales de coacción por que limitan la libertad de las personas de ejercer su derecho a huelga.

Volviendo a la hipótesis del “deber ser”, si bien minoritarios, existen algunos atisbos que van en contra del pensamiento conservador, mayoritario y pro patronal. Esta corriente que no se queda puramente en un reproche ético y moral de las decisiones, afirma que el ejercicio del derecho a huelga no debería derivar en un descuento del día no trabajado, ya que la huelga es para el obrero su único medio de presión sobre la patronal poderosa que puede imponer su voluntad, con ayuda del estado, máxime si como en el caso de los docentes es el mismo estado empleador, juez, parte y a su vez dispone del poder de policía para resolver el conflicto laboral, con lo cual claramente se rompe el equilibrio entre las partes y una se impone sobre la otra. En contra de los preceptos del derecho laboral que intenta a través de prerrogativas otorgadas a los trabajadores, reducir la brecha existente en la relación patrón-empleados. Una posible salida es la conformación de un ente imparcial y no dependiente del gobierno que pueda resolver de forma mas practicas las controversias entre el estado y sus agentes, pero como se pudo ver, son proyectos que en algunas jurisdicciones hace más de dos décadas que se encuentran suspendidos, me atrevo a decir que con la intención de seguir manteniendo este desequilibrio de poder en favor del estado.

Los argumentos legales, aunque insuficientes, no son pocos, hemos observado y analizado que el derecho a huelga incluye “la percepción íntegra del salario” de otra forma sería un serio condicionamiento para su ejercicio, teniendo en cuenta además, lo expresado en algunos fallos que le otorgan al salario el carácter de alimentario, y por ende no susceptible de disminución. La intangibilidad de los salarios se convierte en una garantía de la libertad del individuo para ejercer su derecho a huelga y a la vez inmuniza al obrero de posibles acciones de la patronal o el estado tendientes acciones que “alteran, restringen, limitan o afectan la libertad de los trabajadores”

Ante el razonamiento: “no corresponde salario si no existe contraprestación” hemos observado como claramente existen presupuestos facticos en donde “corresponde salario aún sin la existencia de contraprestación” tal es el caso de las licencias por maternidad o paternidad, por enfermedad, vacaciones y en Santiago del Estero existe el artículo 30° previsto en el Convenio Colectivo de Trabajo 173/91 que otorga al personal femenino un día de licencia por mes con goce íntegro de haberes, el que se justificará con la sola presentación de la solicitud respectiva”. Por lo tanto el ejercicio del derecho a huelga, tanto más ampliamente consagrado se constituye en una hipótesis más, quizá excepcional de la “no contraprestación laboral” siendo una causa legal mas de excepción al extremo laboral trabajo-salario.

Respecto de la postura que señala el pago de salarios a los obreros que realizan huelga de igual forma que los que no se adhieren se convierte en un acto de discriminación, es preciso señalar que claramente esta “No discriminación” favorece lo que algunos autores señalan como la paradoja de acción colectiva que en términos simples podría explicarse de la siguiente manera: “ante una hipótesis de conflicto laboral, el obrero desde el punto de vista individual tiene dos opciones: acompañar la medida de fuerza y exponerse a sanciones y represalias o no acompañar la medida y beneficiarse de igual manera, en tanto que el éxito de la acción sindical, un aumento de sueldo por ejemplo, lo beneficiaría tanto al que adhiere como al que no adhiere. Es decir desde el punto de vista individual conviene no adherir puesto que de igual manera se beneficia, pero desde el punto de vista colectivo, si todos pensarán de la misma manera la acción sindical perdería fuerza y en consecuencia no cumpliría sus objetivos por la escasa o nula adhesión que podría tener. Esto favorece el estado actual de las cosas y no incentiva a acciones dirigidas en pos de conquistar derechos y buscar mejoras laborales.

Para finalizar, si bien el presente es un trabajo jurídico, considero que la respuesta a

la hipótesis dada, debe tener en cuenta otros elementos que influyen en la conformación de las leyes y en la toma de decisiones judiciales, por lo expuesto creo que la posición dominante desde el punto de vista judicial y doctrinario, tiene relación directa con la concepción actual del derecho a huelga, con una visión conservadora en favor del estado y de las patronales que en definitiva son factores de poder muy importantes e influyen en la sanción de leyes y en su ejecución, es preciso entonces, entender que no por mayoritaria y legal, el estado de las cosas sean necesariamente justas, lo justo y lo legal no siempre van de la mano, mas aun lo legal tiene que ver con cuestiones de poder y no con la justicia.

Bibliografía

- Amarilla, S. M. (2014). Los efectos de la huelga sobre el contrato de trabajo. *Revista de derecho laboral y seguridad social*, 1189-1196.
- Mayor, S. (17 de 04 de 2017). <https://notasperiodismopopular.com.ar/2017/04/05/hacer-huelga-legal-descontar-dia-no/>. Recuperado el 10 de 10 de 2017, de Notas periodismo popular: <https://notasperiodismopopular.com.ar/2017/04/05/hacer-huelga-legal-descontar-dia-no/>
- Ackerman, M. E. (1990). *Reglamentación del derecho a huelga*. Santa Fé: D.T.
- Bidart Campos, G. (2004). *Tratado elemental de derecho constitucional*. Buenos Aires.
- Borrajo Dacru, Efrén (1999) *Introducción al derecho del trabajo*. Madrid:Tecnos.
- Bravo, F.(1996) “*Una confrontación de relevancia: El derecho a Huelga vs El derecho de aprender*” 1º Edición Buenos Aires Argentina. Academia Nacional de Educación.
- Campos, G. B. (2004). “*Tratado elemental de derecho constitucional*”. Buenos Aires.
- Chiappe, M. M. (2012). “*La conflictividad laboral entre los docentes públicos provinciales en el periodo 2006-2010*”. Buenos Aires: Dirección de estudios de relaciones de trabajo, SSPT y MTE y SS.
- Ermida Uriarte, Oscar, (1996) “*Apuntes sobre la huelga*”, 2da edición, Fundación de Cultura Universitaria, Colección JVS N° 22, Montevideo.
- García, Héctor (2007) “*Estado, sindicatos y normas internacionales en la regulación del derecho de huelga en la Argentina*”, *Revista Derecho del Trabajo*, 2007-A, Buenos Aires,
- Gelli, M. A (2008) “*Constitución de la Nación Argentina*” Bs. As. Argentina Ed. La Ley
- Fernández Madrid, Juan Carlos, “*Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*”, 3ª edición actualizada y ampliada, Buenos Aires: La Ley.
- Hagelstrom, J. (16 de 03 de 2014). www.perfil.com. Recuperado el 25 de 11 de 2014, de <http://www.perfil.com/sociedad/El-mapa-del-conflicto-docente-dos-semanas-con-aulas-vacias-en-mas-de-diez-provincias-20140316-0013.html>:

<http://www.perfil.com/sociedad/El-mapa-del-conflicto-docente-dos-semanas-con-aulas-vacias-en-mas-de-diez-provincias-20140316-0013.html>

- Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C y Baptista Lucio, P. (2003). *Metodología de la Investigación*. México, D.F.: Mc Graw Hill Interamericana.

-Martínez, R. G. (1990). “*La huelga y el contrato de trabajo*. *Revista de derecho de trabajo*.

-Ramos, J. S. (2009). *INFOJUS*. – Documento web -www.saij.jus.gov.ar: <http://www.infojus.gov>- Recuperado de Internet el 15 de Noviembre de 2014.--

-Pérez Del Castillo, Santiago(1993) “*El Derecho de la Huelga*”, 1ª edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria..

-Rodríguez, A. R. (2010). “*El ejercicio del derecho a huelga en los servicios esenciales*”. *CIFRA N°5*, 85-99.

-Yuni J. A. y Urbano C. A. (2006) “*Técnicas para investigar: Recursos Metodológicos*” *Volumen I*. 2º Edición Bs As. Argentina: Ed. Brujas

Legislación

Constitución Nacional de la República Argentina.

Constitución de la Provincia de Santiago del Estero.

Convención Americana de Derechos Humanos Pacto San José de Costa Rica.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Estatuto del Docente de Santiago del Estero.

Ley de Asociaciones Sindicales N° 23.551

Ley Nacional de Educación N° 26.206

Jurisprudencia

Juzgado de 1° Instancia Civil y Comercial de Río Grande Tierra del Fuego “C.D y otros C/ provincia de Tierra del Fuego” (2010)

OIT Caso Número 2942 “Cisadems C/ Estado Provincial Santiago del Estero”(2013)
References

Braginski, R. (2018, April 04). Santa Cruz y Tierra del Fuego son las provincias donde más ganan los docentes: El ranking completo. Retrieved from

<https://www.cronista.com/impresageneral/Segun-la-jurisprudencia-la-huelga-no-genera-derecho-al-cobro-de-salarios-20100604-0035.html> Copyright © www.cronista.com

Falta mencionar jurisprudencia