



TRABAJO FINAL DE GRADUACION

Percepcion del salario durante la huelga.

LOMBARDELLI VICTORIA

DNI 31.607.669

Abogacia

2019

Tutora: Verri Romina.

RESUMEN

Ante un conflicto laboral los trabajadores, nucleados en un sindicato, pueden tomar la decisión de aplicar una medida de acción directa, como puede ser ejercer el derecho a huelga. Esta decisión provoca efectos para ambas partes de la relación laboral, aunque se presenta una consecuencia que pone en “pie de guerra” a los trabajadores: el no pago de sus salarios durante la huelga.

La finalidad del trabajo de investigación está dirigida a dilucidar si la falta de pago del salario al trabajador por haber participado de una huelga transgrede derechos constitucionales reconocidos a éste.

Para lo cual será necesario recurrir a la legislación, doctrina y jurisprudencia nacional, como así también explorar la institución jurídica de la huelga, partiendo del significado de las normas que la reglamentan; buscando además ahondar en su conocimiento con espíritu crítico.

Palabras claves: derechos- salario- huelga- conflictos- trabajadores.

ABSTRACT

In the event of a labor dispute, the workers, grouped in a union, can take the decision to apply a measure of direct action, such as exercising the right to strike. This decision causes effects for both parties to the labor relationship, although there is a consequence that puts the workers "on the war footing": the non-payment of their salaries during the strike.

The purpose of the research work is to clarify whether the failure to pay the worker's salary for having participated in a strike violates constitutional rights recognized to him.

For which it will be necessary to resort to the national legislation, doctrine and jurisprudence, as well as to explore the legal institution of the strike, starting from the meaning of the norms that regulate it; looking also to deepen their knowledge with a critical spirit.

Keywords: rights- salary- strike- conflicts- workers.

INDICE

Introducción.....	6
Capítulo 1: Conflictos colectivo de trabajo.....	9
Introducción.....	9
1.1 Definición del conflicto laboral.....	9
1.2. Derecho colectivo.....	9
1.3. Medidas de acción directa: clasificacion.....	11
1.4. Sistemas de solución de conflictos colectivos.....	12
Conclusiones parciales.....	14
Capítulo 2: El derecho a huelga. Antecedentes y recepción normativa.....	16
Introducción.....	16
2.1. Antecedentes históricos y jurídicos.....	16
2.2. Definición y naturaleza jurídica de la huelga.....	18
2.3. Legitimados para convocar la huelga.....	19
2.3.1. Jurisprudencia.....	21
2.4. Finalidad de la huelga.....	22
2.5. Restricciones al ejercicio del derecho de huelga.....	22
2.6 Los servicios mínimos garantizados.....	24
2.7. Contrato de personal en reemplazo de trabajadores.....	25
Conclusiones parciales.....	28
Capítulo 3: Percepción del salario durante la huelga. Análisis doctrinario y jurisprudencial.....	30
Introducción.....	30
4.1. Concepto y naturaleza jurídica del salario.....	30
4.2. Efectos en el contrato individual durante la huelga.....	32

4.3. Percepción del salario durante la huelga. Jurisprudencia.....	34
Conclusiones parciales.....	37
CONCLUSIONES FINALES.....	38
Bibliografía.....	40

INTRODUCCION

El derecho a huelga es un recurso que poseen los trabajadores para hacer valer sus derechos ante un conflicto con su empleador. Este instituto y su regulación legislativa han pasado por varias instancias a lo largo de la historia argentina para posibilitar el desarrollo de la legislación laboral, entre ellos la represión, la intolerancia y la falta de protección a la parte más débil de la relación laboral, es decir, el obrero.

Si bien carece de definición legal, está receptada a nivel nacional en la Constitución Nacional en el Art. 14 bis. Además, a través del Art. 75 inc. 22 CN, se le reconoce jerarquía constitucional en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Art. 8 inc. 1 d; la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales en su art. 27; el Convenio 87 de la OIT, los cuales receptan el derecho a huelga, el derecho de asociarse.

La huelga exterioriza un conflicto, el cual, habiendo agotado las instancias de conciliación y arbitraje, no ha arrojado un resultado positivo, sin dejar más opciones que recurrir a dicho instrumento. Como contrapartida, y a los fines de desalentar su ejercicio, el empleador no paga el salario correspondiente al tiempo que duró la medida.

A su vez, en el momento que la huelga es llevada a cabo, la sociedad entera se puede ver afectada por sus consecuencias -debiéndose tal vez, por la extensión o la crudeza de las medidas tomadas-. Es allí donde interviene el Estado para lograr obtener un orden en la interacción social de los habitantes, regulando –escasamente- ciertos elementos necesarios para la paz social, como los servicios esenciales que deben estar garantizados.

Es dable aclarar en primer término que el derecho de huelga, al igual que todos los demás derechos, no es absoluto; deben darse todos los presupuestos necesarios para

que ese conflicto laboral tenga relevancia jurídica, a decir, es necesario que las partes tengan un vínculo o relación jurídica, que sean sujetos legitimados y que el conflicto verse en un interés colectivo concreto.

En este escenario, la no percepción del salario durante el tiempo que dure la medida, abre el interrogante de si se transgrede un derecho constitucional reconocido al trabajador, ya que luego de ejercerlo se encuentra impedido del goce pleno de los derechos que le aseguren un nivel de vida adecuado para su subsistencia y la de su grupo familiar (art 16 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; y arts. 7 y 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Además, es la razón por la cual el empleado pone a disposición del empleador su fuerza de trabajo.

El trabajo de investigación propuesto hace uso del tipo de estudio descriptivo, el que, siguiendo a Hernández Sampieri, Fernández Collado y Baptista Lucio (2006) tiene como propósito seleccionar una problemática, recoger información adecuada y luego realizar una descripción de esta. A su vez, se utiliza el tipo de estudio correlacional el que permite medir el grado de relación entre dos o más variables para analizar la vinculación que las une. El método elegido para el presente trabajo es el cualitativo.

El primer capítulo versa sobre los conflictos colectivo de trabajo y los sistemas de solución de estos. A tal fin se analizan la definición de los mismos, y los presupuestos que se tienen que dar para que prosperen las medidas de acción directa. Para concluir se clasifican las distintas medidas de acción directa y los sistemas de solución de conflictos colectivos.

El capítulo segundo aborda el instituto del derecho a huelga, indagando sobre los antecedentes históricos y jurídicos, su definición y naturaleza jurídica. A través de distintos fallos se analiza quiénes son los legitimados para convocarla y cuál es su

finalidad. Además, se describen cuáles son las restricciones de su ejercicio, analizando la ilegalidad, las consecuencias de una huelga ilícita y cuáles son los servicios mínimos que deben estar garantizados durante el transcurso de esta.

El tercero, y último capítulo, consiste en la problemática que impulsó el presente trabajo, la percepción del salario durante la huelga. Se inicia con la conceptualización del salario y la naturaleza jurídica, cuáles son los efectos en el contrato individual durante la huelga. A través de la jurisprudencia se examina si procede o no la percepción del salario.

Por último, considerando el desarrollo de los tres capítulos, se elaboran las conclusiones finales.

La justificación y relevancia del presente trabajo radica en poder aportar teóricamente a una cuestión debatida en la doctrina y la jurisprudencia; es importante recordar que este recurso con el que cuentan los trabajadores, es considerado de última instancia para poder acceder a sus prerrogativas laborales. Así mismo, es de resaltar que, aunque la problemática no es novedosa, si es actual.

Capítulo 1

Conflictos colectivos de trabajo.

Introducción.

El proceso de producción de bienes y servicios y la obtención ganancias es el fin de la empresa por medio del cual, los empleados perciben su salario y beneficios; esto es el interés común, pero qué sucede cuando surge un interés contrapuesto, cuando los empleados desean mejorar esos salarios y beneficios y, por lo general, el empleador se opone; o cuando, por ejemplo, hay derechos, condiciones de trabajo y empleo en riesgo por cambios legislativos.

En el presente capítulo se aborda lo referido a esos conflictos, permitiendo identificar cuándo se torna colectivo, como así también, cuáles puede ser las distintas medidas de acción directa que pueden tomar los trabajadores, culminando necesariamente con el desarrollo de los métodos de resolución de conflictos.

1.1. Definición del conflicto laboral.

Un conflicto laboral se desata cuando hay en pugna derechos o intereses de las dos partes que conforman la relación laboral, por un lado, el empleador y por el otro los trabajadores nucleados en un sindicato.

Grisolía afirma que: “Los conflictos colectivos de trabajo son un correlato de los conflictos sociales, y tienen por objeto defender determinados derechos, condiciones de trabajo y empleo, e incluso oponerse o apoyar cambios legislativos que puedan afectar sus intereses” (2011, p.627).

Para que ese conflicto laboral tenga relevancia jurídica es necesario que las partes tengan un vínculo o relación jurídica, que sean sujetos legitimados y que el conflicto verse en un interés colectivo concreto.

1.2. Derecho colectivo.

Es el conjunto de principios y normas que regulan las relaciones entre las asociaciones sindicales entre sí, las asociaciones sindicales con las cámaras empresariales, las asociaciones sindicales con los trabajadores y el Estado (como autoridad administrativa – Ministerio de Trabajo- y a veces, como empleador). Esta parte del derecho del trabajo versa sobre la organización sindical, la negociación y los conflictos colectivos de trabajo. (Grisolía, 2016)

Según Etala (2007), el derecho colectivo está contenido por las asociaciones sindicales reguladas de acuerdo con su constitución y funcionamiento en la ley 23.551 y el decreto reglamentario 467/88, garantizadas por la C.N en el Art. 14 bis¹, una organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial.

Las negociaciones colectivas que fueron otorgadas como derecho a los gremios esta receptado en el Art. 14 bis de la C.N, reglamentada por la ley 14.250 y 23.546, modificadas por la ley 25.877.

El Art. 14 bis de la C.N garantiza a los gremios el derecho de huelga y de recurrir a conciliación y arbitraje, la ley 14.786 versa sobre normas de conciliación

¹ Art.14 bis C.N:” 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. El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna.”

obligatoria y arbitraje voluntario. El Art. 24² de la ley 25.877 y el decreto 272/06 sobre los servicios esenciales mínimos que deben garantizarse (2007, p. 7).

El derecho colectivo encuentra sus fuentes en la C.N, en los Tratados Internacionales tales como los Convenios de OIT (convenio 87, 98, 135, 151, 154), los Informes de la Comisión de Expertos, las decisiones del Comité de Libertad Sindical, las convenciones colectivas de trabajo, los laudos, la voluntad de las partes, los reglamentos de empresas, usos y costumbres, leyes, decretos reglamentarios, resoluciones ministeriales, resoluciones de organismos paritarios, principios generales de derecho colectivo del trabajo, jurisprudencia y doctrina.

1.3. Medidas de acción directa. Clasificación

Todo lo referido específicamente a la huelga, será tratado con profundidad en el capítulo dos del presente trabajo, aquí solo se realizará una clasificación.

Ante el reclamo de trabajadores suelen generarse diferentes situaciones y formas de protestas, las más temida por los empleadores son aquellas que atentan con la continuidad de las prestaciones.

Las medidas de acción directa utilizadas por los trabajadores surgen como modo de presión ante la negativa del empleador de negociar, o que al hacerlo no logran arribar a un acuerdo. La C.N recepta que los trabajadores recurran a la huelga.

² Ley 25.877, Art. 24: "Cuando por un conflicto de trabajo alguna de las partes decidiera la adopción de medidas legítimas de acción directa que involucren actividades que puedan ser consideradas servicios esenciales, deberá garantizar la prestación de servicios mínimos para evitar su interrupción.

Se consideran esenciales los servicios sanitarios y hospitalarios, la producción y distribución de agua potable, energía eléctrica y gas y el control del tráfico aéreo.

Una actividad no comprendida en el párrafo anterior podrá 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 supuestos:

a) 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.

b) Cuando se tratare de un servicio público de importancia trascendental, conforme los criterios de los organismos de control de la Organización Internacional del Trabajo.

El PODER EJECUTIVO NACIONAL con la intervención del MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL y previa consulta a las organizaciones de empleadores y de trabajadores, dictará la reglamentación del presente artículo dentro del plazo de NOVENTA (90) días, conforme los principios de la Organización Internacional del Trabajo."

Según De Diego la huelga es: “la abstención colectiva y concertada del deber de trabajar promovida por un sindicato con personería gremial y fundada en una causa laboral de naturaleza colectiva” (2002, p.815).

De acuerdo con Fernández Madrid en el *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, la huelga puede ser clasificada en: huelga política; revolucionaria; general; de protestas; solidaria; intermitente; turnante o rotativa; tapón, trombosis o neurálgica; de brazos caídos; de ocupación; de trabajo lento; activa; de quite y retracción de colaboración; de trabajo a desgano; de advertencia, simbólicas o de demostración; trabajo a reglamento (a celo).

La retención de tareas por falta de pago y la negativa a realizar horas extras no se configuran como huelga (2007, p.609 y ss.).

Según Recalde, dentro de las otras medidas legítimas de acción sindical se encuentran las medidas acción directa irregular: piquetes, boicot o lista negra, sabotaje y ocupación del establecimiento.

Según Ekmekdjian, incluye en la clasificación el label sindical. Esta medida de acción directa se la puede considerar como la “invitación efectuada a los consumidores a comprar en determinados establecimientos indicados por el sindicato, por ser aquellos respetuosos de sus obligaciones laborales” (1994, p. 78).

1.4. Sistemas de solución de conflictos colectivos.

El ³Centro Internacional de Formación de la Organización Internacional del Trabajo expresa en las directrices para la mejora del rendimiento (2013) que la prevención y resolución de conflictos ha crecido a nivel mundial, por ser de vital importancia mantener relaciones laborales sólidas y productivas.

Normativamente en nuestro país, coexistían distintos métodos de solución de conflictos colectivos: la mediación, el arbitraje (voluntario y obligatorio, ley 16.936) y

³ recuperado de https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---dialogue/documents/publication/wcms_337941.pdf

la conciliación (ley 14.786). La ley 25.250 derogó la ley 16.936 de Arbitraje, ratificada por la ley 25.877 (BO del 19/03/2004).

Según Ekmekdjian (1994) conciliar es que ambas partes al renunciar parcialmente a intereses iniciales pueden llegar a un acuerdo que solucione el conflicto.

El procedimiento de conciliación obligatoria receptada en la ley 14.786 prevé que antes de recurrir a medidas de acción directa a causa de un conflicto laboral, se debe avisar a la autoridad administrativa para formalizar los trámites de la instancia obligatoria de conciliación.

El Ministerio puede actuar de oficio si las circunstancias así lo ameritan. Se realizarán todas las audiencias necesarias para arribar a un acuerdo. En caso de negativa, la autoridad administrativa puede realizar investigaciones, recabar asesoramiento de instituciones públicas o privadas y ordenar cualquier medida para ampliar el conocimiento de la cuestión planteada.

Si luego, la nueva fórmula conciliatoria propuesta no fuere aceptada, se invita las partes a someterse a arbitraje; si no es aceptado se publica un informe con sus causas, resumen de la negociación, fórmula conciliatoria propuesta por la parte y quién la rechazo. El fin es dar a conocer a la opinión pública de los futuros inconvenientes que se puedan generar por el conflicto.

Las partes al aceptar la fórmula conciliatoria deben suscribir un compromiso con el nombre del árbitro, los puntos de discusión, si se ofreció o no pruebas. La sentencia arbitral se dictará en el plazo de diez (10) días hábiles prorrogables, con vigencia de seis (6) meses, contra ella se admite recurso de nulidad.

El tiempo que dure la conciliación queda prohibido ejercer medidas de acción directas, quien así no lo hiciere, será pasible de perder la remuneración correspondiente al periodo de cesación de trabajo.

El arbitraje es un método por el cual un árbitro designado evalúa las posiciones de las partes y las pruebas ofrecidas. El fallo arbitral da por terminado el conflicto y es recurrible (como se mencionó más arriba).

Cuando las partes, voluntariamente, se someten a un arbitraje bajo un árbitro y pactan un avenimiento se denomina compromiso arbitral y el laudo tiene un efecto de convenio colectivo. Es un arbitraje obligatorio cuando las partes son obligadas a someterse a ese método de solución de conflicto.

Conclusiones parciales

En toda relación laboral se producen conflictos, es un tanto lógico, las mismas transcurren por distintos factores que las pueden tornar insostenibles para los trabajadores, y cuando cobran especial dimensión pueden optar por exteriorizar el conflicto a través de diversas medidas colectivas. Para que procedan es necesario que los trabajadores sean representados por un gremio, de esa manera se elige qué medida se llevará a cabo; estas no se encuentran reguladas, pero pertenecen a normas operativas y su ejercicio tiene restricciones, sin olvidar que como derecho no es absoluto.

Cuando se llega a esta instancia del conflicto genera un clima de tensión entre las partes, pudiendo llegar a afectar a la sociedad, como se ha visto reiteradas veces en la práctica. Es sabido que, como resultado, provocan distintas consecuencias para los actores, el empleador se verá disminuido en la producción o prestación del servicio y para los trabajadores impactará directamente en sus salarios. Motivo de sobra para que se trabaje constantemente por la paz social, por lo que, considerar el conflicto desde otro punto de vista refleja un crecimiento de la sociedad, toda vez que se lo pueda ponderar como punto de unión entre las partes al reconocer un objeto de discordia común. Es importante destacar que, si se cuenta con un sistema eficaz de resolución de conflictos

se podrá contener dentro de los límites económicos y sociales aceptables, favoreciendo la equidad social.

Todo lo relacionado con la huelga será expuesto en el próximo capítulo.

Capítulo 2

El derecho a huelga

Antecedentes y recepción normativa

Introducción.

La huelga para el derecho sindical es una herramienta de vital importancia, un logro producto de varios años de lucha obrera, la punta de flecha con la que han podido conquistar derechos laborales, no sin antes pasar por varios estadios, de ser considerado prohibido, un delito, a un derecho de raigambre constitucional con reconocimiento internacional.

Ante todo, es necesario comprender de mano de la doctrina cuál es el concepto y la naturaleza jurídica de la huelga, como así también la legitimidad de convocarla, tema que ha sido motivo de varios pleitos judiciales y de constantes discusiones ya que, quien convoque a huelga lo estará haciendo representando el interés colectivo, que es el modo de ser del sindicato. Para evaluar la legitimidad de la huelga se tiene en cuenta la finalidad y restricciones de esta, pero qué sucede si no se cumplen tales presupuestos.

Una vez corroborados que todos los requisitos se hayan cumplido, resta investigar qué ocurre con los servicios esenciales para la sociedad mientras dure la huelga y qué postura puede tomar el empleador si quiere continuar produciendo o prestando sus servicios.

2.1. Antecedentes históricos y jurídicos.

Recién desde la mitad del siglo XIX se comenzó a hacer referencia a la libertad de huelga y finalmente en el siglo XX se habla del derecho de huelga, pues se transforma en un derecho solamente cuando no se prohíbe, sino que se la admite y hasta se la consagra expresamente en diferentes textos legales (art. 14 bis, CN, por ejemplo).

En septiembre de 1878 en Argentina, tiene lugar la primera huelga, llevada a cabo por los tipógrafos, exigían aumento salarial y reducción de la jornada laboral. En la década del 80 se forman varios sindicatos, pero no fueron reconocidos por patronos ni el Estado. Y en 1896 se dio la huelga ferroviaria por 120 días, reclamando por una jornada laboral de 8 horas sin reducción en el salario, fueron reprimidos por el Ejército y la Marina.

Con la aprobación de la ley 4.144 “de Residencia” en noviembre de 1902 se dieron varias huelgas que provocaron la deportación, persecución y cárcel para miles de dirigentes obreros y trabajadores. Se sucedieron varias protestas más terminando en violentas represiones como ocurrió durante la Semana Trágica (1919) y en la Patagonia, en 1920 y 1921.

El 4 de enero 1936 se resolvió convocar a huelga general para el día 7 de enero que se extendió un día más para reclamar la liberación de los albañiles detenidos el día anterior. A principios de 1945, el decreto 536/45 incluyó a la huelga de los servicios públicos como “delitos contra el Estado y la seguridad nacional”, considerando delito a toda acción que hiciera cesar o interrumpir el trabajo por motivos ajenos al mismo. Este decreto se derogó en 1955, bajo un gobierno de facto, el decreto 4551/45.

Hasta esa fecha no se hizo referencia al derecho de huelga, pero en la constitución que se aprobó en 1949 se menciona derechos individuales y colectivos del trabajador, pero no a la huelga. Con el derrocamiento de Peron en el 1955 se derogó la constitución del 49', reestablecieron la Convención Constituyente de 1957, introduciendo el Art. 14 bis, el cual garantizaba a los gremios concertar convenios colectivos de trabajo, recurrir a la conciliación y al arbitraje, el derecho a huelga.

Entre 1976 y 1983 durante el último gobierno de facto, a través de las leyes 21.400 y la 22.105 se anuló la acción sindical. La ley 21.400 autorizaba al poder

ejecutivo suspender medidas de acción directa de empleadores y trabajadores en situación de emergencia o cuando se hubiere declarado el estado de sitio. Esta ley fue derogada por la ley 22.825. La ley 22.105 de las asociaciones gremiales, ratificó la suspensión del ejercicio del derecho a huelga en todo el territorio nacional, consideraba delito sancionable con pena de prisión la instigación a la huelga y todo comportamiento relacionado con ella.

Con el retorno a la democracia en nuestro país, se comienza a delinear cambios a favor del trabajador, cabe citar cuando el senado en 1986 aprobó el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales, el pacto internacional de derechos civiles y políticos y el protocolo facultativo del pacto internacional de derechos civiles y políticos. En 1994 con la reforma de la constitución se receptó en el Art. 75 inc. 22⁴ aprobar o desechar tratados internacionales, con lo que la garantía conferida al derecho de huelga por el Art. 14 bis de la Carta Magna argentina queda reforzada por la legislación internacional a partir de entonces.

2.2. Definición y naturaleza jurídica de la huelga.

Si se intentara definir la huelga a nivel local lo primero que habría que señalar es que el vocablo no es unívoco, ni en doctrina ni jurisprudencia como en aquellas

⁴ C.N, Art 75 inc. 22: “Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.”

legislaciones del derecho comparado que la tipifican, tal el caso de México (Ley Federal del Trabajo, de 1970), por nombrar a modo meramente ilustrativo.

Se suele señalar que la huelga es un medio de coacción colectiva de que se valen los trabajadores, para impeler al empleador para que acceda a las pretensiones que dieron origen al conflicto (Martorell, 1991).

Siguiendo a Kemelmajer de Carlucci (1990), en sentido amplio, la huelga alude a la abstención colectiva y temporal del trabajo por parte de los trabajadores para secundar la pretensión planteada (pág. 12 y ss.).

Ahora bien, para Ernesto Krotoschin (1993), la huelga es la suspensión concertada y solidariamente ejecutada por parte de un número de trabajadores por un fin determinado (pág. 353 y ss.).

Grisolía la define de la siguiente manera:

Es un derecho que la Constitución concede a los gremios, y consiste en la abstención colectiva y concertada de la prestación laboral, con carácter temporal y con abandono de lugar de tareas, como forma de presión sobre la voluntad del empleador, con el propósito de conseguir un beneficio mediante la sanción de una nueva disposición o la reforma de una vigente, o bien el cumplimiento de una en vigor (2016. Pág. 836).

En la noción restrictiva la huelga también se configura mediante otro tipo de medidas de acción directa; el objetivo ha de ser reivindicar las condiciones laborales o profesionales, sin presencia alguna de contenidos políticos, con un destinatario que no será otro que el empleador, y que se sustenta en la declaración por una asociación sindical o profesional de trabajadores (Garrido Cordobera, 2017).

2.3. Legitimados para convocar la huelga.

La titularidad para convocar a huelga esta receptado en el art. 14 bis de la C. N.⁵ Este derecho presenta al trabajador una doble potestad como beneficiario de la libertad

⁵ Art. 14 bis C.N: “**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

sindical, por un lado, posee libertad colectiva de participar en concertación y decisión de convocatoria o declaración de huelga; por el otro lado, la libertad individual de decidir involucrarse o no en la medida colectiva.

Desde la reforma constitucional de 1957 se titulariza a las asociaciones sindicales el derecho de huelga, aun así, aunque la norma reconoce facultad a determinado titular no se lo niega a otros, por lo tanto, un grupo de trabajadores o una asociación sin personalidad gremial pueden declarar y conducir una huelga, acompañados por el gremio, como sostiene Bidart Campos (2001, pág. 518).

La ambigüedad del concepto “gremio” da lugar a la polémica sobre la titularidad del derecho a huelga. La doctrina y jurisprudencia mayoritaria exigen como requisito válido, que sea llevada a cabo por una asociación sindical con personería gremial.

Aunque un sector minoritario sostiene que es suficiente que sea concertada por un grupo de trabajadores de la misma actividad u oficios unidos por una causa.

El Convenio N° 87 de la OIT en el Art. 3.1 versa sobre la garantía de autonomía de las organizaciones de trabajadores para formular su programa de acción, aclarando en el Art.10 al concepto de organización, al hacer referencia de este como toda organización de trabajadores (o empleadores), que tenga por objeto fomentar y defender los intereses de los trabajadores.⁶

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. El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna.

⁶ Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87) Art. 8 inc. 1:” 1. Al ejercer los derechos que se les reconocen en el presente Convenio, los trabajadores, los empleadores y sus organizaciones respectivas están obligados, lo mismo que las demás personas o las colectividades organizadas, a respetar la legalidad.”

2.3.1. Jurisprudencia.

En junio de 2016, la Corte Suprema resolvió la causa "Orellano, F. D. c/ Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/ juicio sumarísimo"⁷, en la que, concedió a la demandada la apertura de la queja por el recurso denegado por la cámara. La empresa planteó que las reuniones en el lugar de trabajo afectaron el normal desarrollo de la labor operativa, las cuales no pudieron ser consideradas como medidas de acción directa por la falta de sindicato que la impulse.

La Corte resolvió que la titularidad del derecho a declarar una huelga le pertenece de forma exclusiva a un colectivo de trabajadores organizados en función de intereses comunes (los sindicatos con personería gremial y los sindicatos reconocidos mediante la simple inscripción en un registro especial) pero no le pertenece bajo ningún supuesto de hecho al trabajador en forma individual ni a cualquier grupo informal de trabajadores.

En sentido diferente, Chartzman Birenbaum sostiene que la doctrina sentada en "Orellano" causa un retroceso al tomar como referencia la propia ley sindical argentina y los tratados internacionales, a lo que en fallos anteriores este mismo tribunal se remitió a favor de los trabajadores.

Este razonamiento se ve receptado en la causa "Rossi M.A c/ Estado Nacional - Armada Argentina s/ sumarísimo"⁸, en la que la Corte Suprema declaró inconstitucional la norma que limita sólo a los representantes de sindicatos con personería gremial la protección contra suspensiones o despidos. Sostuvo que el diferente grado de tutela reconocido a los representantes gremiales, según provengan de sindicatos simplemente

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

⁷ C.S.J.N, Buenos Aires, (7 de junio de 2016), "Orellano, Francisco Daniel c/ Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/ juicio sumarísimo".

⁸ C.S.J.N, Buenos Aires, (09 de diciembre de 2009), "Rossi Adriana María c/Estado Nacional - Armada Argentina s/ sumarísimo"

inscritos o de sindicatos con personería gremial, mortificaba dicha libertad respecto de los primeros y de los trabajadores en general.

Así las cosas, la tutela sindical con rango constitucional no se agota en el Art. 14 bis de la C.N ya que se encuentra fortalecida por los Convenios Internacionales en los que se receptan la protección especial contra los hechos de discriminación sindical dirigida a los trabajadores.

2.4. Finalidad de la huelga.

El fin es netamente profesional, ya que buscan mejorar las condiciones de trabajo, que el empleador acepte los reclamos, que se reconozca un nuevo derecho o que no se vulnere uno ya existente. Como lo indica la ley 23.551 en sus Art. 2 y 3⁹, la defensa de los intereses de los trabajadores, todo lo que se relaciones con las condiciones de la vida y el trabajo.

Según la Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT¹⁰, sostienen que defienden no sólo la obtención de mejores condiciones de trabajo o las reivindicaciones colectivas de orden profesional, sino que también soluciones a las cuestiones de política económica y social, a los problemas que se plantean en la empresa que interesan a los trabajadores.

2.5. Restricciones al ejercicio del derecho de huelga.

El derecho de huelga, receptado en la Constitución Nacional, es parte de las normas operativas, las cuales no necesitan del dictado de ninguna ley para efectivizar el derecho a los habitantes, al igual que los demás derechos no es absoluto, por lo que el ejercicio de este tendrá restricciones.

⁹ Ley 23.551 Asociaciones Sindicales. Art. 2: “Las asociaciones que tengan por objeto la defensa de los intereses de los trabajadores se registrarán por esta Ley.”

Art. 3: “Entiéndase por interés de los trabajadores todo cuanto se relacione con sus condiciones de vida y de trabajo. La acción sindical contribuirá a remover los obstáculos que dificulten la realización plena del trabajador.”

¹⁰ CLS 2006 párrafo 526. Recuperado de https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_090634.pdf

Aunque no exista una ley que reglamente el derecho a huelga, si hay disposiciones legales y decisiones jurisprudenciales que establecen requisitos para el ejercicio legítimo del mismo (Ekmekdjian, 1994). De allí que no implica que el Estado no pueda en ejercicio de su poder de policía, dictar una ley que se destina a reglamentar este derecho. Pero, por supuesto se da que las restricciones a la misma deben mantener un criterio de razonabilidad, conforme lo preceptuado por el art. 28, CN (Deveali, 1964).

Como indica Bidart Campos (2008), conviene hacer una distinción con el término ilegalidad e ilicitud de una huelga.

Ilegalidad es cuando el ejercicio no se ha ajustado a las formas de procedimiento, puede suceder en el caso de que el sujeto activo que la declara no tenga facultad para hacerlo. El Ministerio del Trabajo, Empleo y Seguridad social, la autoridad administrativa, es quien evalúa si la declaración y ejercicio de la huelga es ilícita, para lo cual deberá corroborar que se hayan agotados los procedimientos de conciliación o lo que se haya establecido en los convenios colectivos, que el fin de la misma sea una causa laboral, que haya sido decidida por una asociación sindical con personería gremial, y que en su ejercicio no se haya producido acciones de violencia sobre bienes de la empresa o violentando a los mismos trabajadores para que adhieran a la misma, y que no comprometa la prestación de servicios esenciales.

Es ilícita cuando su contenido no es legítimo, por lo que configura un ejercicio abusivo y disfuncional de ese derecho y no puede estar amparado por el orden jurídico. La declaración de ilicitud de la huelga por vía administrativa no habilita inmediatamente al empleador al despido del trabajador, sino que la valoración debe ser realizada por los

jueces, basándose en el carácter de las relaciones que surgen del contrato de trabajo y de lo normado por el Art. 242 de LCT¹¹.

2.6 Los servicios mínimos garantizados.

El Decreto 272/06 garantiza la prestación de los servicios mínimos relacionados con la seguridad, salud y bienestar de toda o parte de la comunidad, ante una medida legítima de acción directa que pudiera provocar, por su extensión y duración, una situación de crisis nacional.

Al circunscribir los servicios esenciales específicamente al Derecho de Trabajo, estos determinan el ámbito de aplicación para el ejercicio del derecho a huelga de manera más restrictivas ya que, se deben garantizar que los dos intereses contrapuestos sean resguardados. Así las cosas, por un lado, se encuentra el derecho a huelga garantizado por la constitución, y por el otro la necesidad de no interrumpir ciertas actividades esenciales para la sociedad.

Es dable aclarar que, la regulación de los servicios esenciales en la huelga remite a los criterios y principios de interpretación a los órganos de control de normas de la OIT, de acuerdo con lo normado por el Art 75 inc. 22 de la Constitución Nacional¹².

¹¹ Ley 20.744 Regimen de Contrato de Trabajo, Art. 242: “Justa causa. Una de las partes podrá hacer denuncia del contrato de trabajo en caso de inobservancia por parte de la otra de las obligaciones resultantes del mismo que configuren injuria y que, por su gravedad, no consienta la prosecución de la relación.

La valoración deberá ser hecha prudencialmente por los jueces, teniendo en consideración el carácter de las relaciones que resulta de un contrato de trabajo, según lo dispuesto en la presente ley, y las modalidades y circunstancias personales en cada caso.”

¹² Constitución Nacional, Art. 75 inc. 22: “Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los servicios esenciales receptados en el Art. 24 de la ley 25.877¹³, enumerados taxativamente son, los servicios sanitarios y hospitalarios, la producción y distribución de agua potable, energía eléctrica, gas, y el control aéreo.

Cualquier actividad que no esté comprendida en la enumeración anterior podrá ser incluida excepcionalmente, por una comisión independiente (órgano arbitral integrada de acuerdo a la reglamentación), y limitada a dos supuestos: 1) que la huelga, de acuerdo a la duración y extensión territorial, pueda poner en peligro la vida, seguridad y salud de la población, o que se trate de un servicio público de importancia trascendental (de acuerdo a la OIT), y 2) que la comisión independiente se pronuncie luego de iniciada la instancia conciliatoria.

2.7. Contrato de personal en reemplazo de trabajadores huelguistas.

Según la ley de Empleo, ley 24.013, en su Art. 70¹⁴ se regula la prohibición de contratar nuevos trabajadores en sustitución de los empleados huelguistas.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional."

¹³ Ley 25.877, Regimen Laboral, Art. 24: "Cuando por un conflicto de trabajo alguna de las partes decidiera la adopción de medidas legítimas de acción directa que involucren actividades que puedan ser consideradas servicios esenciales, deberá garantizar la prestación de servicios mínimos para evitar su interrupción.

Se consideran esenciales los servicios sanitarios y hospitalarios, la producción y distribución de agua potable, energía eléctrica y gas y el control del tráfico aéreo.

Una actividad no comprendida en el párrafo anterior podrá 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 supuestos:

- a) 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.
- b) Cuando se tratase de un servicio público de importancia trascendental, conforme los criterios de los organismos de control de la Organización Internacional del Trabajo.

El PODER EJECUTIVO NACIONAL con la intervención del MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL y previa consulta a las organizaciones de empleadores y de trabajadores, dictará la reglamentación del presente artículo dentro del plazo de NOVENTA (90) días, conforme los principios de la Organización Internacional del Trabajo."

¹⁴ Art. 70 de la Ley de Empleo 24.013:" Se prohíbe la contratación de trabajadores bajo esta modalidad para sustituir trabajadores que no presentan servicios normalmente en virtud del ejercicio de medidas legítimas de acción sindical."

Este precepto guarda relación con lo estipulado a los efectos en el contrato individual de los trabajadores durante la huelga ya que el mismo, no ha caducado, sino que se encuentra suspendido en el transcurso que dure la huelga.

Así lo sostiene Fernández Madrid para quien, sólo se suspenden las obligaciones de prestación, subsistiendo las obligaciones de conductas reguladas en la ley de contrato de trabajo en los Arts. 62 y 63¹⁵ (2007, p. 624).

Este accionar está contemplado también en la ley 23.551 art 53 inc. e¹⁶, como una práctica desleal.

Para la OIT y su Comité de Libertad Sindical en la Recopilación de decisiones y principios del año 2006¹⁷, la contratación de trabajadores con el fin de romper una huelga se torna violatorio al derecho de libertad sindical, como así también, viola el derecho de huelga afectando el libre ejercicio de los derechos sindicales.

En el caso “Federación de Sindicatos de Trabajadores de la Educación del Chaco c. Ministerio de Educación, Cultura, Ciencia y Tecnología de la Provincia del Chaco s/

¹⁵ Art. 62 de la Ley de Contrato de Trabajo: “Las partes están obligadas, activa y pasivamente, no sólo a lo que resulta expresamente de los términos del contrato, sino a todos aquellos comportamientos que sean consecuencia del mismo, resulten de esta ley, de los estatutos profesionales o convenciones colectivas de trabajo, apreciados con criterio de colaboración y solidaridad.”

Art. 63: “Las partes están obligadas a obrar de buena fe, ajustando su conducta a lo que es propio de un buen empleador y de un buen trabajador, tanto al celebrar, ejecutar o extinguir el contrato o la relación de trabajo.”

¹⁶ Art. 53 de la Ley de Asociaciones Sindicales 23.551: “Serán consideradas prácticas desleales y contrarias a la ética de las relaciones profesionales del trabajo por parte de los empleadores, o en su caso, de las asociaciones profesionales que los represente: ...e) Adoptar represalias contra los trabajadores en razón de su participación en medidas legítimas de acción sindical o en otras actividades sindicales o de haber acusado, testimoniado o intervenido en los procedimientos vinculados a juzgamiento de las prácticas desleales.”

¹⁷ Extraído de http://www.ilo.org/global/docs/WCMS_090634/lang--es/index.htm

CLS parr. 632 (2006): “La contratación de trabajadores para romper una huelga en un sector, al que no cabría considerarse como un sector esencial en el sentido estricto del término para que pudiera prohibirse la huelga, constituye una grave violación de la libertad sindical.”

633: “Si una huelga es legal, el recurso a la utilización de mano de obra no perteneciente a la empresa con el fin de sustituir a los huelguistas, por una duración indeterminada, entraña el riesgo de violación del derecho de huelga que puede afectar el libre ejercicio de los derechos sindicales.”

Acción de Amparo"¹⁸ , el Ministerio de Educación de la provincia de Chaco dictó la resolución 506/13, donde autorizaba la designación de docentes suplentes reemplazando a los docentes adheridos a las medidas de fuerza, en respuesta a una medida cautelar incoada por padres de alumnos que solicitaban garantizar el derecho de educación de sus hijos. La Federación de Sindicatos de Educación promovió una acción de amparo solicitando la inconstitucionalidad de dicha resolución ya que la misma quebrantaba el derecho de huelga privándolos de la eficacia de la medida de fuerza, restándole presión al empleador.

En primera instancia fue declarada la inconstitucionalidad de la resolución, la Alzada y el T.S.J de Chaco rechazaron la acción de amparo, denegándole el recurso extraordinario federal interpuesto por la amparista, lo que dio paso a la interposición del recurso de queja, sobre el cual se expidió el Procurador General. El representante del Ministerio Público dictaminó aconsejando que sea declarada inconstitucional la resolución dictada por restringir ilegítimamente el derecho de huelga, contradiciendo a la C.N y tratados internacionales. Sostuvo la importancia del derecho a huelga como presión sobre la voluntad del empleador, basándose en la relación desigual entre las partes. Su basamento para dictaminar fue, las opiniones del Comité de Libertad Sindical de la OIT, que no admite la sustitución de huelguistas en servicios no esenciales, (distinto es el caso para los servicios esenciales, donde se debe garantizar servicios mínimos durante la huelga).

Conclusiones parciales.

La huelga despierta en la sociedad distintas posturas por ser un tema bastante complejo y de larga data. Sin embargo, responde sin dudas a la realidad cambiante y

¹⁸ Procurador Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dr. Victor Abramovich, (24 de mayo 2017), "Federación de Sindicatos de Trabajadores de la Educación del Chaco c/ Ministerio de Educación, Cultura, Ciencia y Tecnología de la provincia del chaco s/ Acción de Amparo."

dispersa por las que atraviesa el trabajador y la sociedad, caracterizándose en la lucha en pos de intereses colectivos.

La doctrina se ha encargado de definir la huelga, recibiendo distintos matices. Cabe resaltar que, lo importante al momento de elaborar un concepto jurídico de la misma, se debe advertir la comprensión colectiva del hecho social, analizando las normas vigentes y como se aplica en las decisiones judiciales (Etala, 2001). La huelga está amparada por la garantía constitucional en el Art. 14 bis, los Art. 3 y 10 del Convenio n°87 y las opiniones interpretativas del Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Expertos de la OIT.

Mucho se ha debatido sobre la legitimación para convocar las huelgas. La jurisprudencia en varios fallos amplió los derechos exclusivos de los sindicatos con personería gremial a los sindicatos simplemente inscriptos. Por lo que daba lugar a que sea concertada por un grupo de trabajadores de la misma actividad u oficios unidos por una causa, sin personería gremial, basándose en la libertad sindical. Pero luego del fallo de “Orellano” se modificó, provocando un retroceso, ya que se restringió el ejercicio de ese derecho si no es convocado por un sindicato reconocido por el Estado. De esta manera estamos ante un sujeto sindical, una persona jurídica, que carece del derecho a huelga. La lucha que se vuelve a dar es el monopolio de la representación de los intereses de los trabajadores. A su vez, esa decisión recae en consecuencias para los trabajadores, por ejemplo, en la posibilidad de declararse ilegal una huelga, provocando despidos justificados.

Por último, se expuso acerca de los servicios mínimos en los servicios esenciales que deben ser garantizados durante la huelga, encontrándose con un límite a ese derecho basados en la paz social. Como así también, de la imposibilidad del empleador de contratar trabajadores para sustituir a los trabajadores huelguistas ya que, la relación

laboral no se ha extinguido sino que se encuentra suspendida por el plazo de duración de la huelga.

De cualquier modo, a pesar de las distintas modalidades de acción directa que haya, de cuáles hayan sido los motivos que dieron origen a la huelga, en todos los casos hay consecuencias, una en particular se da siempre, la referida a la percepción del salario. De este tema se expondrá en el próximo capítulo.

Capítulo 3

La percepción del salario durante la huelga.

Introducción.

La percepción del salario durante la huelga siempre es motivo de discusión entre las partes en conflicto; el presente capítulo se aboca a investigar las posturas que se manifiestan en contra y a favor de ella.

Es preciso indicar que, existe un punto en el que hay acuerdo total con respecto a la percepción del salario, cuando procede la declaración de la huelga por culpa del empleador.

Los motivos por lo que los trabajadores declaran una medida de acción directa pueden ser variados, de todos modos, impacta directamente en el “bolsillo del trabajador” al momento de percibir su remuneración mensual post huelga.

Por lo tanto, se analiza acerca del concepto y naturaleza jurídica del salario, de las consecuencias que trae aparejado el contrato de trabajo durante la huelga, y junto con la doctrina y jurisprudencia, dilucidar la postura a favor y en contra de la percepción del salario.

3.1. Concepto y naturaleza jurídica del salario.

La relación de trabajo tiene dos deberes básicos como el de prestar servicios subordinados y el de remunerarlo, estas prestaciones recíprocas son las relaciones de trabajo sinalagmáticas o de cambio.

La característica jurídica del salario es su onerosidad ya que, el trabajo no se presume gratuito (Art. 21 L.C. T¹⁹), y toda actividad que desarrolla el trabajador es con el fin de conseguir una retribución. Es el pago que debe efectuarse, bajo pena de

¹⁹ Ley 20.744 de Contrato de Trabajo Art 21:” Habrá contrato de trabajo, cualquiera sea su forma o denominación, siempre que una persona física se obligue a realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios en favor de la otra y bajo la dependencia de ésta, durante un período determinado o indeterminado de tiempo, mediante el pago de una remuneración. Sus cláusulas, en cuanto a la forma y condiciones de la prestación, quedan sometidas a las disposiciones de orden público, los estatutos, las convenciones colectivas o los laudos con fuerza de tales y los usos y costumbres.”

nulidad, en efectivo, cheque a la orden del trabajador o acreditación en cuenta bancaria o institución de ahorro oficial, garantizándose oportunidad e integridad del pago (Art. 124 L.C. T²⁰).

Pago que se debe al trabajador preste o no tareas al empleador, puede suceder que el trabajador se ponga a disposición del empleador y éste no lo ocupe, o si la ausencia de prestación se encuentra protegida por la ley, como vacaciones, enfermedad, accidente laboral (Fernández Madrid, 2007, p.1329-1330).

Según Goldin:

La fuente de fijación del salario esta dado por el convenio colectivo de trabajo para los trabajadores incluidos en el ámbito de representación de los sindicatos, y el contrato individual de trabajo para los que no sean alcanzados por el convenio colectivo. La ley fija el salario mínimo, vital y móvil que puede percibir cualquier trabajador en cualquier actividad. Esta protege al trabajador haciendo que el empleador pague debidamente el salario, lo protege de sí mismo al prohibirle pedir o aceptar adelantos excesivos, ceder ni afectar a terceros sus créditos, o formular cualquier tipo de renuncia de derechos.

La ley protege al salario asegurando la embargabilidad limitada de sus créditos, y también contra los acreedores del empleador, favoreciendo primero la percepción de los créditos al trabajador (2009, p.310-311).

De Diego enuncia las características del salario como: “una suma de dinero o un valor cualificable en dinero, es un ingreso en el patrimonio del trabajador, tiene una función alimentaria, es insustituible, es y nace de una contraprestación” (2002, p.305).

El salario es el sustento del trabajador y su familia, es de carácter alimenticio, por lo tanto, se garantiza su percepción de forma íntegra, oportuna, de libre disposición

²⁰ Ley 20.744 de Contrato de Trabajo, Art. 124: “Las remuneraciones en dinero debidas al trabajador deberán pagarse, bajo pena de nulidad, en efectivo, cheque a la orden del trabajador para ser cobrado personalmente por éste o quien él indique o mediante la acreditación en cuenta abierta a su nombre en entidad bancaria o en institución de ahorro oficial. Dicha cuenta, especial tendrá el nombre de cuenta sueldo y bajo ningún concepto podrá tener límites de extracciones, ni costo alguno para el trabajador, en cuanto a su constitución, mantenimiento o extracción de fondos en todo el sistema bancario, cualquiera fuera la modalidad extractiva empleada. La autoridad de aplicación podrá disponer que en determinadas actividades, empresas, explotaciones o establecimientos o en determinadas zonas o épocas, el pago de las remuneraciones en dinero debidas al trabajador se haga exclusivamente mediante alguna o algunas de las formas previstas y con el control y supervisión de funcionarios o agentes dependientes de dicha autoridad. El pago que se formalizare sin dicha supervisión podrá ser declarado nulo. En todos los casos el trabajador podrá exigir que su remuneración le sea abonada en efectivo.

y cuenta con regulación normativa para resguardarlo. La relación entre empleador y trabajador busca dar con el equilibrio necesario para que ambos vean satisfechas sus necesidades, el trabajador mejores condiciones de vida y crecimiento, y para el empleador que su empresa sea eficiente y productiva.

Para la OIT en el Convenio N° 95 de 1949 que versa sobre la protección del salario en el Art. 1 conceptúa al salario como:

remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar.

La ley 24.241 SIJP en el Art. 6 afirma que salario es:

Todo ingreso que percibiere el afiliado en dinero o en especie susceptible de apreciación pecuniaria, en retribución o compensación o con motivo de su actividad personal, en concepto de sueldo, sueldo anual complementario, salario, honorarios, comisiones, participación en las ganancias, habilitación, propinas, gratificaciones y suplementos adicionales que tengan el carácter de habituales y regulares, viáticos y gastos de representación, excepto en la parte efectivamente gastada y acreditada por medio de comprobantes, y toda otra retribución, cualquiera fuere la denominación que se le asigne, percibida por servicios ordinarios o extraordinarios prestados en relación de dependencia.

En el Art. 7²¹ se excluyen del concepto de remuneración a las asignaciones familiares, a indemnizaciones laborales, las prestaciones económicas por desempleo y becas.

3.2. Efectos en el contrato individual durante la huelga.

Según Goldin, el principal efecto de la huelga es la suspensión del contrato de trabajo ya que, permanecen temporalmente sin ejecución dos obligaciones recíprocas como la del trabajador prestar servicios y el empleador de retribuirlos (2009, p.719 y ss.). Suspende las prestaciones que las partes tuvieron en miras al concretar el contrato,

²¹Ley 24.241 Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones, Buenos Aires, Art. 7°: No se consideran remuneración las asignaciones familiares, las indemnizaciones derivadas de la extinción del contrato de trabajo, por vacaciones no gozadas y por incapacidad permanente provocada por accidente del trabajo o enfermedad profesional, las prestaciones económicas por desempleo, ni las asignaciones pagadas en concepto de becas. Tampoco se considera remuneración las sumas que se abonen en concepto de gratificaciones vinculadas con el cese de la relación laboral en el importe que exceda del promedio anual de las percibidas anteriormente en forma habitual y regular.

la prestación y su remuneración, el contrato sigue vigente, por lo que el vínculo subsiste y evita su ruptura.

Según Grisolia el efecto principal de la huelga con respecto al contrato de trabajo es la suspensión de las condiciones básicas referidas a la prestación del servicio y las remuneraciones, el empleador debe soportar la huelga y no subsidiarla (2016, p. 837).

Para De Diego la consecuencia normal es que no se devengan salarios, salvo que la huelga se origine por un incumplimiento grave de un deber esencial del empleador, si no se da esta salvedad en ningún caso la huelga devenga salarios, por el motivo de que el trabajador no está durante su transcurso a disposición del empleador para trabajar. (2002, p. 817).

En tanto, para Etala el trabajador pierde el derecho al salario durante la huelga, aunque esta sea legal, porque el ejercicio de ese derecho consiste en suspender la prestación de los servicios; para lo cual afirma su postura en el art. 103 de la LCT,²² remuneración como contraprestación (2007, p.428).

En el único supuesto que el empleador debe abonar los salarios durante la huelga es receptado en el Art. 245 Ley de Contrato 20.744²³, cuando la abstención del cumplimiento de la prestación de los trabajadores ha sido provocada por la conducta culpable del empleador que no lo exime del deber de pagar los salarios.

3.4. Percepción del salario durante la huelga. Jurisprudencia.

Sobre este aspecto los trabajadores disienten por no encontrarse en iguales condiciones frente a un dueño de una empresa o el Estado mismo, cuando el trabajador

²² Art. 103 de la LCT 20.744:” 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.”

²³ Ley de Contrato de Trabajo, 20.744: “Art. 245: Cuando la huelga u otras medidas de acción directa aprobadas por la organización sindical pertinente obedecieren a culpa del empleador, el trabajador que participe en las mismas tendrá derecho a percibir la remuneración correspondiente al tiempo de su duración.”

solo cuenta con la huelga como única forma de presión para lograr obtener el resultado deseado.

Su fundamento está en la importancia de la función que cumple la retribución salarial, la misma trasciende las fronteras del derecho estrictamente patrimonial, en cuanto su limitación agravia la dignidad del individuo, al impedirle el goce pleno de los derechos que le aseguren un nivel de vida adecuado para su subsistencia y la de su grupo familiar (art 16 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; y arts. 7 y 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

La posición minoritaria que apoya esta postura sostiene que los trabajadores no deberían percibir sus salarios si no cumplieran con la obligación de reanudar las tareas luego de que la autoridad de aplicación de la conciliación obligatoria los intimara, como indica el Art. 8 in fine de la ley 14.786²⁴.

Como así también que, lo que motiva a los trabajadores a ejercer el derecho a huelga los dejaría en una peor situación salarial, claramente contradictorio, buscando desalentar el ejercicio de éste. El trabajador no devenga salarios sólo poniendo su fuerza de trabajo a disposición del empleador, sino también omitiéndolo cuando se encuentra legalmente eximido de hacerlo, como en caso de enfermedad, licencias, vacaciones.

La jurisprudencia es pacífica en lo que respecta a este asunto.

Por otro lado se encuentra la postura mayoritaria, tanto doctrinal como jurisprudencial que, sostienen que no corresponde el pago del salario durante la huelga, sin haber motivos para que el empleador sea el que la financie.

²⁴ Ley 14.786 de Conflictos de Trabajo, Art 8: ARTICULO 8° — Antes de que se someta un diferendo a la instancia de conciliación y mientras no se cumplen los términos que fija el artículo 11, las partes no podrán adoptar medidas de acción directa.

Se considerarán medidas de acción directa todas aquellas que importen innovar respecto de la situación anterior al conflicto. La autoridad de aplicación podrá intimar previa audiencia de partes se disponga el cese inmediato de la medida adoptada.

La huelga suspende las obligaciones recíprocas del contrato de trabajo, el trabajador al no prestar servicios ni ponerlos a disposición del empleador, genera la suspensión del crédito remuneratorio, como afirma el TSJ de la provincia de Jujuy en el caso: “UPCN c/ Estado Provincial s/ acción de inconstitucionalidad”²⁵, que resolvió que ... *“el empleador debe soportar la huelga, pero no financiarla, el derecho a huelga no se ve afectado por la imposición de condiciones impuestas a su ejercicio, y para el caso presente cobra importancia el afectado por la paralización de las actividades que es el Estado Provincial, causando gravamen a toda la sociedad. El carácter sinalagmático de la relación obliga al Estado a pagar el salario siempre que el agente haya prestado el servicio, no puede exigir el cumplimiento quien no ha cumplido; exceptio non adimpleti contractus.”*

Fernández Madrid cita a García Martínez Roberto, quien en la tesis de corresponsabilidad sustenta la falta de pagos de salarios por huelga al considerarla como una manifestación de la libertad sindical, el no pago de salarios coincide con el objeto y fin de la huelga, suponiendo sacrificios de trabajadores y empleadores; de lo contrario habría un desequilibrio injusto a favor de una de las partes (2007, p.625).

Esta postura es compartida también por el TSJ de Corrientes en el caso: “Sindicato de trabajadores Judiciales c/ Estado de la Provincia de Corrientes (Poder Judicial) s/amparo”²⁶, al considerar que el ejercicio del derecho a huelga y la no prestación de servicios no supone el abandono de la relación laboral, sino que es una suspensión del contrato, por lo tanto, la falta de prestación de servicios no justifica el pago de la remuneración.

²⁵ T.S.J. de la provincia de Jujuy (09 de junio de 2017), Jujuy, “UPCN c/ Estado Provincial s/ acción de inconstitucionalidad”.

²⁶ T.S.J de Corrientes, (23 de octubre 2007), “Sindicato de trabajadores Judiciales c/ Estado de la Provincia de Corrientes (Poder Judicial) s/amparo”.

Cabe mencionar lo decidido en autos “Buhler, Erico F. y otros c. Talleres Galc y Cía., S.R.L.”²⁷

Que, con arreglo a la jurisprudencia de esta Corte, la sola circunstancia de que los salarios cuyo pago persigue la causa correspondan al lapso durante el cual ha tenido lugar una huelga, no calificada por la Administración, no justifica el reconocimiento judicial del derecho a su cobro por parte de quienes han intervenido en el movimiento (Fallos, t. 254, p. 65).

Criterio que se mantuvo en "Aguirre, Ernesto y otros c. Céspedes, Tettamanti y Cía. S.R.L.”²⁸, ya que el carácter suspensivo de la huelga no justifica la subsistencia de pago de salarios, al carecer de contraprestación.

Según Ackerman M, equipara la pérdida del salario durante la huelga para los trabajadores a la situación del empleador que acepta el daño transitorio y reversible, sin poder contratar personal para reemplazar a los huelguistas (2007, p.789 y ss.).

Conclusiones parciales

Tras concluir el presente capítulo se pudo analizar con mayor profundidad la problemática tanto desde el ámbito doctrinal como jurisprudencial acerca de la percepción salarial durante el ejercicio de la huelga.

Cabe destacar que todo lo relacionado con la percepción del salario es un tema álgido, y cuenta con sus fervientes defensores; el salario es la remuneración o ganancia, cuantificable, fijada por acuerdo o legislación, debida al trabajador por el servicio prestado, su carácter es alimenticio, motivo por el cual cuenta con protección para percibirlo de forma íntegra, oportuna y libre disposición.

Como respuesta a la premisa: “días trabajados, días cobrados” vale remarcar que éste es el efecto principal que tiene sobre el contrato individual durante la huelga (ya que doctrina y jurisprudencia lo comprueban), se suspende el contrato de trabajo, y las dos obligaciones recíprocas -prestación de servicio y remuneración- quedan

²⁷ C.S.J.N, (05 de agosto de 1963), "Buhler, Erico F. y otros c/ Talleres Galc y Cía., S.R.L."

²⁸ C.S.J.N, (05 de agosto de 1963, "Aguirre, Ernesto y otros c. Céspedes, Tettamanti y Cía. S.R.L."

temporalmente sin ejecución; pero sin que se extinga el contrato, lo que afirma la prohibición de la contratación de trabajadores en reemplazo de los huelguistas.

CONCLUSIONES FINALES

La intención del presente trabajo fue dilucidar si la falta de pago del salario por parte del empleador durante la huelga del trabajador transgrede derechos reconocidos a éste por la Constitución Nacional. Motivo por el cual, se profundizó acerca del instituto de la huelga, considerando de forma preliminar los aspectos más relevantes, permitiendo finalmente responder el objetivo formulado.

El derecho del trabajo ha evolucionado a lo largo de la historia. Las distintas circunstancias sociales, económicas y políticas condujeron al trabajador desde la desprotección jurídica hasta nuestros días, los cuales transcurren en una lucha constante debida al avasallamiento y presiones laborales y políticas. En la actualidad el escenario ha variado, con avances y retrocesos jurisprudenciales sobre el derecho colectivo. Lo que no se puede negar es que las partes tienen un encuadre jurídico sobre el cual ampararse y exigir.

Indiscutidamente, el ejercicio del derecho a huelga es un pilar en la defensa de los trabajadores, es el medio lícito de presión con fines de autotutela receptado magistralmente en nuestra carta magna, dotándolo de protección (reconocido a nivel nacional e internacional). Aun así, este derecho no es absoluto y su ejercicio tiene restricciones. En la práctica suele plantearse por parte de los sindicatos que las consecuencias o efectos directos sobre el ejercicio de la huelga -específicamente, el no pago de salarios- transgrede los derechos reconocidos al trabajador.

Luego de concluida la investigación y, con un conocimiento más nutrido, se puede afirmar que el interrogante planteado no ha sido confirmado: el no pago de salarios durante la huelga no transgrede el derecho constitucional reconocido al trabajador, porque el contrato laboral se encuentra suspendido. Si la huelga suspende el contrato, si no se prestan servicios, entonces no se puede exigir el pago del salario.

El trabajador tiene derecho a percibir su remuneración si prestó los servicios para los cuales se comprometió, consecuencia del carácter sinalagmático que conlleva el contrato de trabajo. Durante la huelga, la no prestación de servicios está justificada, y a su vez, al empleador se lo exime de la obligación de retribuir el trabajo. Así, las dos partes de la relación laboral están dispensadas de sus obligaciones recíprocas.

Considerar la falta de percepción salarial como una pena sobre el ejercicio del derecho a huelga carece de fundamento jurídico, toda vez que los trabajadores no han prestado servicios ni los han puesto a disposición; el ejercicio de un derecho dentro de los límites legales no acarrea sanción alguna. El único caso en que procede en pago de salarios, como ya se ha hecho mención y es ampliamente aceptado, es cuando la medida se adoptó a raíz de un obrar ilícito del empleador.

Al decir de Goldin, si el empleador estuviera obligado a pagar los salarios, estaría financiando acciones que lo dañan. Sin embargo, es practica aceptada que una vez llegado a un acuerdo que pone fin al conflicto, empleador y sindicato negocian también el pago de salarios caídos durante la huelga. Esto no significa reconocimiento de una hipotética obligación de pagarlos, pero sí, una condición libremente pactada para alcanzar una solución (2009, p.720).

Por lo tanto, no transgrede ningún derecho ya que, la prerrogativa constitucional indica que los trabajadores gozan del *amparo constitucional para ejercer el derecho a huelga*, sin precisar nada acerca del pago de salarios, lo dicho encuentra sustento jurisprudencial en los fallos ya mencionados. La huelga provoca sacrificios recíprocos para ambas partes.

BIBLIOGRAFIA

Doctrina

- BIDART CAMPOS, G. (2001) Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino, (T.I-B) Buenos Aires: Ediar
- BIDART CAMPOS, G. (2008) Compendio de derecho constitucional. 1º Edición. Buenos Aires Ediar.
- Conferencia NUÑEZ MARIANO, 2007 “Medios de Presión” en “Tratado de Derecho del Trabajo”, dirigido por ACKERMAN MARIO, 2007. Editorial Rubinzal-Culzoni. Santa Fe Tomo VIII.
- DEVEALI, M., (1964) Tratado de derecho del trabajo, (t. I) Buenos Aires: Zavalía.
- DE DIEGO J.A, (2002) *Manual del derecho de trabajo y seguridad social*. Quinta edición actualizada. Lexis Nexis. Abeledo Perrot. Buenos Aires.
- ETALA C.A (2007) Derecho colectivo del trabajo, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Ciudad de Buenos Aires.
- EKMEKDJIAN, M.A., (1994) Tratado de Derecho Constitucional (t. II) Depalma. Buenos Aires. pág. 72.
- EKMEKDJIAN, M.A., (2016) Tratado de Derecho Constitucional (t. II) Buenos Aires: La Ley.
- FERNANDEZ MADRID, J.C, 2007, *Tratado Practico de derecho del trabajo*. 3 edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, La Ley. Tomo III.
- GARRIDO CORDOBERA, L., (2017) “De nuevo sobre la responsabilidad por los daños ocasionados por las huelgas: cuando todos pagamos” RCyS 2017-V, 13
- GRISOLIA, A., (2016) Manual de Derecho Laboral. Editorial Abeledo Perrot.
- GRISOLIA, J.A(2011) Manual de Derecho Laboral. Buenos Aires, Argentina. Editorial Abeledo Perrot.

- HERNANDEZ SAMPIERI, R., FERNÁNDEZ COLLADO, C., BAPTISTA LUCIO, P. (2006) Metodología de la Investigación. (4ta. Ed.) México: McGrawHill
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., (1990) Daños y perjuicios producidos por las huelgas. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales (Año XXXV, número 28, 1990, p. 153-189) Buenos Aires
- KROTOSCHIN, E., (1993) Manual de Derecho del Trabajo. 4° EDICION. EDICIONES DE PALMA BUENOS AIRES 1993
- LEY DE CONTRATO DE TRABAJO COMENTADA TOMO I/ COMENTARIOS DE ACKERMAN M.E; COORDINACION GENERAL STORSINI M.I. 1 EDICION REVISADA SANTA FE. RUBINZAL- CULZONI
- WLASIC, J.C., (2011) Manual crítico de Derechos Humanos (2°ed.) Buenos Aires: La Ley.
- RECALDE, M (2017) Manual de Derecho Colectivo de Trabajo. José C Paz. Editorial Edunpaz

Legislación

- Constitución Nacional Argentina.
- Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87). OIT.
- Ley 23.551 (marzo/1988), Buenos Aires, *Asociaciones Sindicales*.
- Ley 20.744 (mayo/1976), Buenos Aires, *Régimen de Contrato de Trabajo*.
- Ley 25.877 (marzo/2004), Buenos Aires, *Régimen Laboral*.
- Ley 24.013 (noviembre/1991), Buenos Aires, *De Empleo*.
- Decreto 272/06 (marzo/2006), Buenos Aires. *Régimen Laboral*.
- Decreto 362/10 (marzo/2010), Buenos Aires, *Régimen Laboral*.

Jurisprudencia

- C.S.J.N, Capital federal, C.A.B.A (7 de junio de 2016), “Orellano, Francisco Daniel c/ Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/ juicio sumarísimo”.

- C.S.J.N, Buenos Aires, (09 de diciembre de 2009), “Rossi Adriana María c/Estado Nacional - Armada Argentina s/ sumarísimo”

- C.S.J.N, Buenos Aires (18 junio 2013) “A.T.E c/ Municipalidad de Salta S/ acción de inconstitucionalidad”

- C.S.J.N, Buenos Aires (4 junio 2013) “Diaz Paulo V. c/ Cervecería Y Maltera Quilmes S.A”.

-T.S.J. de la provincia de Jujuy (09 de junio de 2017), Jujuy, “UPCN c/ Estado Provincial s/ acción de inconstitucionalidad”.

- Procurador Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dr. Víctor Abramovich, (24 de mayo 2017), "Federación de Sindicatos de Trabajadores de la Educación del Chaco c. Ministerio de Educación, Cultura, Ciencia y Tecnología de la Provincia del Chaco s/ Acción de Amparo"

- Sala Primera de la Cámara del Trabajo de la Ciudad de Córdoba, Secretaría 1, 19 de diciembre 2016, “Durand, Francisca Jacinta c/ Corujo, Analía Verónica y otro s/ Despido”

- Sala Segunda de la Cámara del Trabajo, Secretaría 3, Cordoba, 10 de mayo 2017, “Ortiz S.C c/ Cherubini D s/ despido”

- Sala Sexta de la Cámara del Trabajo, Cordoba, 26 de julio 2017, “Oroná Maximiliano Carlos c/ Hewlett Packard Argentina SRL – Ordinario – Otros”

- C.S.J.N, (05 de agosto de 1963), "Buhler, Erico F. y otros c/ Talleres Galc y Cía., S.R.L."

- C.S.J.N, (05 de agosto de 1963, "Aguirre, Ernesto y otros c. Céspedes, Tettamanti y Cía. S.R.L."

PAGINAS DE INTERNET

LA LEY ONLINE

www.pjn.gov.ar

www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---dialogue/documents/publication/wcms_337941.pdf

www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_090634.pdf