

LA TUTELA SINDICAL Y EL ESTÁNDAR DE PROTECCIÓN EFICAZ FRENTE A LAS MODIFICACIONES DE LA LEY 27.802 *

MARÍA FERNANDA RODRÍGUEZ BRUNENGO

I. La protección eficaz como presupuesto de la tutela sindical

La tutela sindical constituye una de las manifestaciones más trascendentes de la protección que el ordenamiento jurídico dispensa a la libertad sindical. Su finalidad no consiste en otorgar un privilegio personal a quienes ejercen funciones representativas, sino en asegurar que la actividad gremial pueda desarrollarse libre de represalias o interferencias provenientes del empleador. Esta garantía protege al representante porque, a través de él, preserva el ejercicio efectivo de la representación colectiva.

Desde esta perspectiva, la eficacia de la tutela no puede medirse únicamente por la existencia de mecanismos judiciales destinados a reparar una lesión ya consumada. Una tutela verdaderamente eficaz es aquella que evita que el representante sindical quede expuesto, durante el ejercicio de su función, a medidas capaces de desalentar o neutralizar la actividad gremial. Por ello esta garantía debe operar preventivamente para cumplir su finalidad.

Este criterio encuentra recepción expresa en el Convenio 135 de la Organización Internacional del Trabajo¹, de jerarquía suprallegal, cuyo artículo 1 establece que los representantes de los trabajadores deberán gozar de una “protección eficaz” contra todo acto que pueda perjudicarlos en razón de su condición o de su actividad sindical, mientras que el artículo 2 exige se dispongan de las facilidades apropiadas para permitir el desempeño rápido y eficaz de sus funciones.

La utilización del concepto de “protección eficaz” reviste especial trascendencia, ya que el Convenio no exige simplemente la existencia de un régimen de tutela, sino que impone que este resulte idóneo para garantizar el libre ejercicio de la representación sindical. En consecuencia, cabe colegir que una modificación legislativa peyorativa respecto del sujeto de protección de los representantes, o que disminuya la intensidad de las garantías con las que cuentan durante el desempeño de sus funciones, entraría en colisión con dicho estándar internacionalmente previsto y al que se ha obligado nuestro Estado.

Bajo esa premisa, buscaremos esclarecer si las modificaciones introducidas por la Ley 27.802 aseguran dicha protección eficaz en materia de tutela sindical. Cabe señalar que nos limitaremos al análisis de dos ejes puntuales de la reforma, los que, por su incidencia, merecen especial atención: la limitación de los representantes amparados y la ampliación de las facultades judiciales para suspender cautelarmente dicha tutela.

* El presente trabajo ha sido objeto del previo examen de la temática elegida y abordada por el autor junto a sus términos y contenidos, por parte de la Secretaría de Redacción y del Comité Científico, que avalan su publicación.

1. Incorporado mediante Ley 25.801 (publicada en el Boletín Oficial el 2/12/2003) y vigente desde el 23 de noviembre de 2007.

II. La reducción del ámbito subjetivo de la tutela sindical

Uno de los aspectos más relevantes de la reforma introducida consiste en la reducción del universo de representantes alcanzados por el régimen de tutela sindical. En efecto, el nuevo texto del artículo 52 de la Ley 23.551 limita la protección a los representantes titulares, excluyendo a los suplentes, y restringe significativamente la tutela de los congresales, circunscribiéndola únicamente a uno en las pequeñas y medianas empresas y a dos en las grandes empresas, incluso restringiéndola al tiempo que demande la asistencia al congreso.

Tales modificaciones responden a una concepción según la cual la tutela sindical debe reservarse únicamente para quienes ejercen de manera permanente determinadas funciones representativas. Sin embargo, conviene analizar esa premisa a la luz de la finalidad que cumple la tutela sindical y del estándar de protección eficaz consagrado por el Convenio 135 de la OIT.

Si la tutela sindical encuentra fundamento en la protección de la actividad representativa frente a eventuales represalias antisindicales, el criterio determinante no debería ser exclusivamente la titularidad formal del cargo, sino la existencia de una función representativa susceptible de generar ese riesgo. La protección no podría explicarse por la jerarquía del cargo, sino por la necesidad de preservar el ejercicio libre de la actividad sindical.

En este sentido, el Convenio 135 refiere, en términos amplios, a los “representantes de los trabajadores”, sin efectuar distinciones entre representantes titulares y suplentes, ni establecer categorías jerárquicas de representantes merecedores de mayor o menor protección. Antes bien, su artículo 3 comprende dentro de esa categoría a las personas reconocidas como representantes por la legislación o la práctica nacionales, ya se trate de representantes sindicales o de representantes electos. Cabe mencionar que, si bien el Convenio remite a la legislación interna para determinar qué representantes gozarán de la protección prevista, esa remisión no puede interpretarse de modo tal que vacíe de contenido el principio establecido en su artículo 1, que exige una *protección eficaz* frente a todo acto que pueda perjudicar a quienes ejercen funciones de representación.

Desde esta perspectiva, tanto la exclusión absoluta de los representantes suplentes como la drástica reducción de la tutela conferida a los congresales suscitan razonables interrogantes. Resulta evidente que los suplentes integran los órganos representativos elegidos democráticamente por los trabajadores, que pueden sustituir a los titulares cuando las circunstancias lo requieren y que, en la práctica, participan activamente de la vida sindical. Del mismo modo, los congresales desempeñan funciones esenciales dentro de la organización sindical, participando de los órganos deliberativos donde se adoptan decisiones trascendentes para la vida institucional de la entidad. Parece difícil sostener que quienes ejercen esas funciones se encuentren exentos del riesgo de sufrir represalias derivadas de su actuación gremial.

En consecuencia, entendemos que la reforma produjo una suerte de sustracción de representantes de la tutela, la cual, analizada desde su compatibilidad con el estándar de *protección eficaz* exigido por el Convenio 135, colisiona con este al dejar sin protección a representantes que también pueden ser blanco de prácticas antisindicales en el ejercicio de su función, por el hecho de ser suplentes o congresales.

III. La suspensión cautelar de la tutela sindical y el debilitamiento de la protección preventiva

Si las modificaciones analizadas en el apartado anterior reducen el ámbito subjetivo de la tutela sindical, la reforma incorpora además una innovación que incide directamente sobre la intensidad de la protección conferida a quienes continúan amparados por el régimen legal. Nos referimos a la ampliación de las facultades judiciales para disponer, con carácter cautelar, la suspensión de la tutela sindical cuando la permanencia del representante en el establecimiento pudiere significar un “peligro potencial” para la seguridad de las personas, los bienes o el “normal” funcionamiento de la empresa.

La modificación no resulta menor. El régimen de tutela sindical concebido por la Ley 23.551 tiene una lógica preventiva, al impedir que el empleador pueda adoptar medidas disciplinarias o extintivas respecto del representante mientras no existiera una decisión judicial que autorizara la exclusión de la garantía. Esa protección anticipada constituye uno de los elementos que distinguen a la tutela sindical de los mecanismos meramente indemnizatorios o reparadores previstos para otros supuestos de discriminación.

La incorporación de la posibilidad de suspender cautelarmente esa protección sobre la base de un “peligro potencial” modifica sustancialmente dicha lógica. El estándar legal deja de exigir la acreditación de una situación actual o concreta y admite que la restricción de una garantía constitucional pueda fundarse en un riesgo eventual, cuyo alcance dependerá, exclusivamente, de la valoración judicial de conceptos difusos como el “normal” funcionamiento de la empresa.

Desde la perspectiva del Convenio 135, cabe interrogarnos: ¿continúa siendo eficaz la protección cuando el representante puede quedar privado cautelarmente de la garantía antes de que exista una decisión definitiva sobre la procedencia de su exclusión?

Advierto que la respuesta no depende de negar la posibilidad de que existan situaciones excepcionales que justifiquen la adopción de medidas urgentes, no obstante, cuando la suspensión cautelar de la tutela deja de responder a circunstancias extraordinarias y pasa a sustentarse en conceptos amplios e indeterminados, el riesgo es que una medida provisoria produzca, en los hechos, los mismos efectos que la exclusión definitiva de la tutela, privando al representante de la protección precisamente durante el período en que el ordenamiento internacional exige que esta sea eficaz.

En definitiva, mientras la reducción del ámbito subjetivo de la tutela disminuye el número de representantes protegidos, la ampliación de las medidas cautelares reduce la intensidad de la protección de quienes permanecen alcanzados por el régimen. Ambas reformas redundan, desde distintas perspectivas, en una misma consecuencia: el debilitamiento de la eficacia preventiva que históricamente caracterizó a la tutela sindical.

IV. Reflexiones finales

Las modificaciones introducidas por la Ley 27.802 en materia de tutela sindical constituyen cambios neurálgicos en el régimen previsto por la Ley 23.551. Tanto la reducción del universo de representantes alcanzados por la garantía como la ampliación de los supuestos que permiten su suspensión cautelar proyectan interrogantes acerca de la subsistencia del estándar de *protección eficaz* exigido por el Convenio 135 de la Organización Internacional del Trabajo, de jerarquía supralegal, con el cual parecen colisionar. La cuestión central radica en determinar si la nueva reglamentación de la tutela sindical preserva la eficacia de una garantía concebida constitucionalmente por el artículo 14 bis, por el Convenio 98 OIT y por el 135 que venimos analizando, para impedir que quienes ejercen funciones representativas sean objeto de represalias por su actividad.

Es precisamente en este punto donde adquiere especial relevancia el *principio de progresividad y no regresividad* de los derechos sociales. No caben dudas de que, si una reforma legislativa compromete la eficacia de una garantía destinada a proteger el ejercicio de la libertad sindical, el debate deja de circunscribirse al ámbito de la política legislativa para proyectarse sobre el terreno del control de constitucionalidad y de convencionalidad. En esa tarea, el estándar de *protección eficaz* previsto por el Convenio 135 constituye una herramienta insoslayable para evaluar la validez de las innovaciones al régimen de tutela sindical.