



Conflictos en los servicios esenciales: fijación de los servicios mínimos. Aspectos conflictivos. Doctrina judicial¹

Luis A. Raffaghelli

Abogado. Juez del Trabajo de la Provincia de Bs.As. Argentina.
E-mail: luisraffaghelli@infovia.com.ar

“É nei luoghi di lavoro che i comuni mortali si trovano quotidianamente a contatto col potere. Non il potere anonimo e kafkiano del Palazzo o quello sottile e quasi impercettibile dei persuasori occulti; bensì un potere sovente personalizzato e visibile: el potere di chi amministra el loro rapporto di lavoro decidendo, pur nel rispetto (quando va bene) del principio di non-discriminazione, successi o sconfitte oppure distribuendo sacrifici o benefici. Per questo é proprio qui, piú che altrove, che essi vogliono realizzare un contro-potere: qui, il garantismo non basta”

(Umberto Romagnoli, “IL Diritto Sindacale” Bologna, - reimp. 2001)

“Es en el lugar de trabajo que los comunes mortales encontramos cotidianamente contacto con el poder. No el poder anónimo y Kafkiano del Palacio o aquel sutil y casi imperceptible de las persuasiones ocultas; más bien un poder seguido, personalizado y visible: el poder de quien administra sus relaciones decidiendo en respeto (cuando va bien) del principio de no discriminación, con éxito o fracaso, o bien distribuyendo sacrificios o beneficios. Por esto es propio aquí, más que en otro lugar, que queremos realizar un contra-poder: aquí el garantismo no basta” (traducción del autor).

Resumen

Se trata de un trabajo de revisión de distintos aspectos legislativos y su interpretación jurisprudencial acerca de los problemas que genera la fija-

Recibido: 11-10-2006 . Aceptado: 10-04-2007

- 1 Algunas partes de este trabajo forman parte de un capítulo de la tesina presentada y aprobada en el curso Constitucionalismo del Estado Social de la Universidad de Castilla La Mancha Toledo, España, 2006.

ción de los servicios mínimos en los servicios esenciales, en los conflictos colectivos de trabajo. El carácter de la prestación que se produce en el conflicto en las actividades consideradas como servicios esenciales, desplaza el eje de la relación empresa-trabajador, para ejecutarse en función de la preservación de servicios imprescindibles para la comunidad. Los servicios mínimos deben ser fijados por la autoridad de un ente tercero imparcial, no siendo posible que esa responsabilidad se decline a la empresa. Los servicios mínimos no alteran la naturaleza del trabajo prestado, pero éste deja de responder al sinalagma contractual ya que el intercambio trabajo -salario va al servicio de la protección de derechos fundamentales de la comunidad-.

La empresa al designar el personal para las guardias mínimas, debe ajustarse a lo pactado en el convenio colectivo, actuando por delegación gubernativa, cumpliendo la directiva del ente tercero imparcial, no pudiendo ejercer su poder de dirección. Ante el incumplimiento por parte de los trabajadores de los mínimos definidos por las vías establecidas, ya sea de la autonomía colectiva, autoridad gubernativa (comisión de garantías), en las actividades consideradas servicios esenciales, no hay normas explícitas de sanción sino indirectas o delegadas.

Palabras clave: Servicios esenciales, servicios mínimos, convenio colectivo, conflicto colectivo.

Conflicts in Essential Services: Fixing Minimum Services. Conflictive Aspects. Judicial Doctrine

Abstract

This study presents a review of different legislative aspects and their jurisprudential interpretation regarding problems generated by fixing minimum services for essential services in collective labor conflicts. During a conflict, the character of rendering services for activities considered essential displaces the axis of the company-worker relationship in order to preserve indispensable services for the community. Minimal services should be fixed by the authority of an impartial third entity, since it is not possible to leave this responsibility to the company. Minimum services do not alter the nature of the work performed, but they do cease responding to the contractual synallagma, since the work-for-salary exchange goes to

the service for protecting the community's fundamental rights. When the company designates personal for minimal shifts, it should adjust to what is agreed on in the collective agreement, act by governmental delegation, comply with the impartial third-party entity directive, and not be able to exercise in kind its power of management.

Key words: Essential services, minimum services, collective agreement, collective conflict.

Introducción

La mayor y más patente manifestación de las acciones colectivas en caso de conflicto laboral es la huelga que, muy a menudo, es considerada como el último recurso de que disponen las organizaciones de trabajadores para hacer valer sus reivindicaciones. Es también el medio de acción que suscita más controversias, como ilustran los debates de los órganos de control y el gran número de quejas presentadas ante el Comité de Libertad Sindical de la OIT sobre este asunto.

El derecho de huelga presenta también dificultades especiales en los sectores público y semipúblico, en los que la noción de empleador no está exenta de ambigüedades y en donde se plantea con más frecuencia que en otros sectores el problema de los servicios esenciales, dado que el ejercicio de ese derecho repercute, inevitablemente, en terceras personas, las cuales pueden sentirse, a veces, como las víctimas de conflictos que no son de su incumbencia.

Las medidas realizadas por los trabajadores no funcionan en un laboratorio de ensayo sino en la sociedad civil, que será afectada, en ma-

yor o menor medida, dependiendo ésta de la intensidad y duración de aquéllas. Se manifiestan dos sujetos pasivos porque el daño al empleador es acompañado por el perjuicio causado a la convivencia societal y al *mercado*. A la sociedad civil le cabe un importante papel en el conflicto: averiguar sus razones, arrimar mediación, buscar consenso. En otros términos, activar movimientos de solidaridad entre y con los trabajadores para erradicar las causas de la injusticia donde quiera se manifiestaren, sobre todo teniendo en cuenta la dureza del ajuste estructural, que refleja exponencialmente la división entre ricos y pobres. La sociedad civil, a su vez, responde ante la injusticia mediante campañas de solidaridad y de ausencia de compras, buscando que las empresas cumplan determinados estándares de comportamiento laboral.

Pueden darse como ejemplos, la campaña contra Nike y el Acuerdo celebrado en Estados Unidos, en 1998, para establecer no sólo un Código de Conducta sino también observadores externos e independientes, garantizando un sello de calidad de los productos, que señale el cumplimiento de

los derechos laborales por parte de los fabricantes.

La OIT ha señalado que el derecho de huelga es un derecho legítimo al que pueden recurrir los trabajadores y sus organizaciones y uno de los medios esenciales de que disponen para promover y defender sus intereses económicos y sociales.

El intento de definir y precisar el concepto del derecho de huelga implica el riesgo de convertirse en una técnica de restricción de su alcance, máxime como en éstos tiempos su concepción ha girado hacia *“todo tipo de perturbación concertada colectivamente del proceso de producción según la feliz caracterización de Tomás Sala Franco (citado por García, 2006:6 y ss.)*.

En el caso de Argentina esta mutación ampliatoria del concepto de derecho de huelga fue advertida tempranamente desde las primeras resistencias a las políticas neoliberales de los noventa, cuando el conflicto se trasladó de las fábricas (cerradas) a las calles y a las rutas (Meik, 1997:305).

El criterio fijado por el Tribunal Constitucional de España (STC 11/1981) resulta omnicompreensivo de éstas nuevas formas de lucha y organización que la crisis y la realidad produce: *“el ser un derecho atribuido a los trabajadores **uti singuli**, aunque tenga que ser ejercitado colectivamente mediante concierto o acuerdo entre ellos* receptando de ésta manera la formulación clásica en la materia según la cual el derecho de huelga es de titularidad individual de cada trabajador y de ejercicio colectivo (Palomeque López, 2005:15). Y delinea el con-

tenido esencial del derecho de huelga en tanto *cesación del trabajo en cualquiera de sus manifestaciones, núcleo que implica a su vez la facultad de declararse en huelga, estableciendo su causa, su motivo y fin y la de elegir la modalidad que se considera más idónea dentro de los tipos aceptados legalmente*.

Los conflictos colectivos en las actividades consideradas servicios esenciales son un tema clásico del derecho colectivo y por ende suficientemente conocido como para abordarlo desde una *mera descripción* en un trabajo como el presente.

Es un tema bien definido como *la última versión de la lesión del derecho de huelga* a través de la mediación del poder público en los servicios mínimos en las huelgas en los servicios esenciales (Baylos, 2005).

La introducción de nuevas tecnologías y la descentralización productiva afecta negativamente las formas tradicionales de huelga, reduciendo su presión por lo que los trabajadores responden adaptando la autotutela al modelo productivo del que pretende obtener mejoras. La externalización, la tercerización, la subcontratación afecta la potencialidad para el conflicto, y una a simple vista es la fragmentación del colectivo que impide o dificulta la deliberación o asamblea para la toma de decisiones (Baylos Grau, 2003).

Adquieren importancia otros medios de comunicación entre los trabajadores respecto del conflicto y el piquete tradicional en la puerta de fábrica pierde eficacia.

La automatización que conlleva las nuevas tecnologías hace que los procesos de producción funcionen con pocos trabajadores, sobre todo en los de la información, con lo que la interrupción total del trabajo para ser eficaz debe ser prolongada y perjudica más al usuario que al empleador.

La conclusión es que la contradicción entre lo viejo y lo nuevo de la producción se traslada al trabajo y al conflicto, siendo necesario resolverlo caracterizando otras formas atípicas de la huelga.

La complejidad de la vida moderna, los cambios operados en la sociedad y en el trabajo, la redefinición del rol del Estado y la derivación de parte de sus funciones ameritan y obligan su continuo estudio y reelaboración por vía legislativa o de la autonomía colectiva.

Argentina es un buen ejemplo de ello ya que en los últimos quince años exhibió cuatro regímenes legales distintos: el Decreto 2184/90; el Decreto 843/00; la Ley 25877 (2004) y recientemente el Decreto 272/06.

Somos conscientes que el presente trabajo presenta una densidad normativa superior al mínimo aconsejable, toda vez que no entendemos al derecho como una ecuación de la ley sino como una categoría histórica que rebela un modo de ser de un determinado orden jurídico teñido de historicidad por las circunstancias de tiempo y lugar. Para su cabal comprensión encuentro apto echar mano de la célebre tríada Goldschmidtiana: realidad, axiología y normas, continuadas por la teoría sistémica del derecho social, doble entrada de valores y realidad

con salida normativa a la luz de los derechos humanos y la conducta transformadora societal (Capón Filas, 1999 – Equipo Federal del Trabajo) que utilizamos como herramienta analítica.

El caso Argentino, exhibe en la materia demasiado intervencionismo estatal en detrimento de la autonomía sectorial como sería de desear, quebrantando durante muchos periodos el ejercicio del derecho de huelga. Sin embargo pareciera que la tendencia -después de la catástrofe económica y social de 2001- vira, casi discretamente, hacia la protección de los principios y derechos fundamentales, definidos por la comunidad internacional.

2. Servicios esenciales

Algunas Constituciones como la de España (CE art. 28,1) introduce límites al derecho de huelga sin dejarlo al margen: *“Se reconoce el derecho de huelga a los trabajadores para la defensa de sus intereses. La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los **servicios esenciales de la comunidad**”*.

En la realidad Española se ha limitado o llevado al mínimo su ejercicio. La autoridad del Estado impone un mínimo para respetar otros derechos (Pérez Rey Joaquín Toledo, enero 2006. Curso de Constitucionalismo del Estado Social).

Partiendo de la *textura abierta y no tasada* de los servicios esenciales que exhibe el sistema español, el constituyente no se pronunció acerca de cuáles son los instrumentos que conjuen los intereses de usuarios y tra-

bajadores, dejándolo en manos del legislador, que tiene esa difícil tarea a través de técnicas de regulación adecuadas. Se han incluido como servicios esenciales a la radiofonía y TV pero no la prensa escrita. La huelga se libra en el espacio de la batalla informativa, es decir cómo percibe la sociedad los efectos de la medida. Se considera esencial los informativos y también los enlatados por normativa legal (art. 2 inc.s y b y 3 inc. a y b RD 527/2002) incluidos a los operadores en tanto la continuidad en el funcionamiento de las redes de telecomunicaciones constituyen soporte de los servicios de difusión de la televisión (art. 2 RD 529/2002).

Con la huelga general del 20 de junio de 2002 en España, el gobierno llevó a cabo una batalla informativa. El diario ABC sacó una edición reducida, la policía lo distribuyó. Ello determinó la denuncia de Comisiones Obreras a la Audiencia Nacional fundada en que el gobierno violó el derecho de información y de huelga. La Audiencia Nacional dijo que efectivamente se había vulnerado el derecho de huelga respecto de los medios de comunicación pública y obligó al gobierno a comentar la sentencia, aunque en un idioma incomprensible.

Dicha huelga general supuso un verdadero laboratorio para verificar la tendencia autoritaria presente en el mecanismo de “garantías” del mantenimiento de los servicios esenciales (Baylos Grau, 2005).

Esta situación afecta la *eficacia típica* de la huelga. No se respeta la *prohibición de acudir a empresas de*

trabajo temporal y se concreta la práctica del *estirolage*.

Es que en éste mundo de la imagen -quien no está en la TV no existe se dice- hace que la huelga importe más por su dimensión simbólica que real: dramáticamente importa más lo que se dice por TV que lo que efectivamente ocurre... “lo ha dicho la Tele”.

Y constituyendo un cuadro de doctrina jurisprudencial poco clara en relación a la defensa que por otro lado se hace del contenido esencial de los derechos, en el caso de los programas pregrabados que se emiten los *días de huelga* que afecta a la TV pública o privada la doctrina del TS ha defendido que son servicios esenciales al mismo nivel que los informativos o la programación y difusión de los comunicados y declaraciones oficiales de interés general (STJ – 3° del 2-4-2004) con argumentos que han sido calificados por la doctrina como hartamente discutibles (Cabeza Pereiro, 2005: 178).

Un segundo ejemplo que muestra el avance de la limitación del derecho de huelga y el crecimiento de los servicios mínimos en actividades privadas en su mayoría son los servicios de transmisión de datos a través de internet entendida como conexión de redes fijas y móviles y las redes públicas de telecomunicaciones (RD 530/2002), tanto en los servicios a empresas como a particulares.

Estas normas implican una *expropiación* del significado del derecho de huelga tanto como *cesación* del trabajo y como *interrupción* de la producción o del servicio (Baylos Grau, 2005), que se concreta mediante la im-

posición del principio de continuidad absoluta de éstos.

Algunos precedentes del Tribunal Supremo Español (3º-Sentencia del 17.1.03) parecen contradecir ésta tendencia a la imposición y ampliación de servicios mínimos como la que resolvió la impugnación del RD 530/2002 y otra (3º-Sent. 19-4-2004) que declara la nulidad del RD 1288/2002 norma éste que impone idénticos servicios mínimos en RTVE (Televisión Española).

Asimismo el Tribunal Constitucional ha repetido insistentemente aplicando la Ley Orgánica de Libertad Sindical que la CE comprende los derechos de actividad y medios de acción de los sindicatos, en tanto la huelga y la interposición de conflictos colectivos junto a la negociación colectiva constituyen el *núcleo mínimo e indisponible de la libertad sindical* (STC 36/2004-03-08 y otros).

La noción de servicio esencial en la ley española hace referencia a *empresas encargadas de la prestación de cualquier género de servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad y concurren circunstancias de especial gravedad* (art. 10.2 DLRT).

Los pronunciamientos del STC efectuaron una amplia interpretación de ésta noción elaborando lo que se ha denominado en doctrina (Baylos Grau, 1993) como *cláusula general de esencialidad* conforme la cual para que un servicio sea esencial deben ser tales también los bienes e intereses que satisface, entendidos como *los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionales*

mente protegidos (Merino Segovia, 2005:148).

Si para satisfacer éstos bienes se requiere el servicio, entonces estaremos en presencia de su carácter esencial para cumplir esos fines.

Se advierte preocupación en la doctrina española por la extensión de la *"cláusula de esencialidad"* a un número creciente de actividades, en especial cuando se lo confunde con los servicios de "seguridad y mantenimiento", que pertenecen a la órbita interna de la empresa y por ende debieran ser interpretados en clave contractual fuera de la órbita eminente pública que corresponde a los servicios esenciales.

Se denuncia diferentes Decretos de servicios mínimos, Ordenes y Resoluciones que expresan cierta tendencia a dotar de la cualidad de esencial a determinados servicios, argumentando que afectan el mantenimiento de la seguridad de las personas, de las instalaciones, de los locales y del material (Merino Segovia, 2005:168), calificándolo como un confucionismo deliberado del poder político.

Precisamente el TC (S 11/1981 –8 de abril) sostuvo que el art. 6.7 del DLRT es inconstitucional *en cuanto atribuye de manera exclusiva al empresario la facultad de designar los trabajadores que durante la huelga deben velar por el mantenimiento de los locales, maquinarias e instalaciones*. Por ello el alcance de los servicios de seguridad y mantenimiento corresponde a la negociación entre el comité de huelga y la empresa, es decir es una facultad compartida y por ende

no corresponde a decisión unilateral de alguna de las partes (Rentero Jover, 2002:180).

Me ha parecido de absoluta claridad y de mucha utilidad los requisitos que se han estimado como necesarios para el contenido de una Disposición regular sobre servicios esenciales y fijación de servicios mínimos (Cabeza Pereiro, 2005: 171) a saber:

- a. *Motivación* o fundamentación de triple aspecto: a.1) carácter esencial de los servicios; a.2) fundamentación de la necesidad de los servicios mínimos; a.3) fundamentación del número de trabajadores necesarios para preservar dichos servicios.-
- b. Principio de *proporcionalidad* para ponderar los daños causados a los usuarios con la limitación del derecho de huelga.
- c. Existencia de normas *reglamentarias* sobre servicios mínimos en un determinado sector o actividad en caso de huelga.
- d. Condición de *gubernativa* que debe tener la autoridad que fija los servicios mínimos.
- e. La intervención del *comité de huelga* o del sindicato en el procedimiento ante dicha autoridad.-
- f. Vías de suspensión *cautelar* en sede judicial de la orden de fijación de servicios mínimos, que ha sido impugnada.

3. Servicios mínimos

Los servicios mínimos han sido definidos como *la parte de actividad que se juzga no susceptible de interrupción*

para no dañar irremediamente los derechos fundamentales, libertades públicas y bienes protegidos constitucionalmente en colisión con el derecho de huelga (Baylos Grau, 1988:195).

La doctrina española se ha formada en base a una interesante experiencia en los conflictos producidos en las actividades consideradas servicios esenciales, que se rebela no solo desde la práctica sino también por la importante doctrina judicial mucho más abundante que en Argentina al menos.

Precisamente esas expresiones doctrinarias han puesto de manifiesto (Cabeza Pereiro, 2005:182 y Garate Castro, 1996:29) que en la fijación de los servicios mínimos hay que tener en cuenta por lo menos los siguientes criterios:

- a. Duración y extensión territorial de la huelga.
- b. Su posible efecto multiplicador.
- c. Las fechas de convocatoria.
- d. Los derechos y bienes afectados.
- e. El grado de perturbación de consumidores y usuarios.

Es importante enfatizar la diferencia del carácter de la prestación que se produce en el conflicto en las actividades consideradas como servicios esenciales, en tanto se desplaza el eje de la relación empresa-trabajador. Para ejecutarla en función de la preservación de esos servicios imprescindibles para la comunidad.

En otras acertadas palabras, “si bien los servicios mínimos no alteran la naturaleza del trabajo prestado, éste deja de responder a la lógica del sinalagma contractual” (Pérez Rey,

2005:205) ya que el intercambio trabajo-salario va al servicio de la protección de aquellos derechos fundamentales.

El Tribunal Constitucional de España ha fijado el criterio de que la decisión gubernativa de imposición de servicios mínimos responde *no a los intereses empresariales sino a la necesidad de preservar servicios esenciales de la comunidad* (STC 27/1989, FJ 3°).

La empresa al designar el personal para las guardias mínimas o se ajusta a lo pactado colectivamente con el sindicato o actúa por delegación gubernativa, cumpliendo la directiva del ente tercero imparcial, no pudiendo ejercer en la especie su *poder de dirección o empresarial*.

Obviamente que ésta restricción al poder empresarial encuentra su contracara justificatoria en la suspensión del derecho de huelga para aquellos trabajadores que deben prestar tareas pese al conflicto, cuando han sido regularmente designados, manteniéndose las obligaciones laborales y salariales.

De todas maneras no podrá exigirse a los trabajadores en tales circunstancias más que la ejecución de tareas destinadas a la estricta atención de los servicios mínimos establecidos por el ente tercero imparcial. No se le podrá impedir tampoco al personal que trabaja en esas condiciones que exteriorice su adhesión al conflicto, explicándolo a los usuarios, pues de lo contrario se los tomaría como “no huelguistas”, una suerte de estiroles resignados por la limitación de la

esencialidad de la actividad y el respeto a los derechos de los usuarios.

La doctrina judicial española registra algunos pronunciamientos estableciendo que *“el trabajo desarrollado en servicios mínimos es retribuable en forma ordinaria como se retribuiría el mismo trabajo fuera de una situación de huelga y así se infiere también de la inexistencia en el ordenamiento jurídico de normas retributivas especiales de ese trabajo de mínimos prestado durante una huelga”* (STSJ Aragón 26.9.98-A.3444).

La condición sine que non de la fijación de los *servicios mínimos* es la existencia de un conflicto en una actividad declarada esencial.

Su fijación debiera corresponder a un órgano independiente como lo establece el criterio de los órganos de la OIT que supra hemos comentado, una suerte de tercero imparcial. En el caso Argentino se trata de la denominada normativamente (Decr. 272/06) “Comisión de garantías” que tiene facultad de “asesoramiento” a la Autoridad de Aplicación para la fijación de los servicios mínimos necesarios, cuando las partes no lo hubieren así acordado o cuando los acuerdos fueren insuficientes, para compatibilizar el ejercicio del derecho de huelga con los demás derechos reconocidos en la Constitución Nacional.

Pareciera desde la formulación una situación no tan centralizada en la “autoridad gubernativa” en que la fijación de los servicios mínimos emana de un órgano con responsabilidades y potestades gubernativas, como en el

caso Español. Sin embargo en la práctica de los conflictos hasta ahora es directamente el Ministerio de Trabajo en Argentina quien fija dichos servicios muchas veces sin esperar la auto-composición como los sonados casos del Hospital Garrahan y el conflicto de Aerolíneas Argentinas.

En definitiva ese necesario tercero imparcial, tanto en Argentina como en España, constituye una mera ficción jurídica que hasta ahora no consigue piso de marcha concreta en la realidad.

Los servicios mínimos de todas maneras al llevarlos a la práctica no puede ser posible que se decline esa responsabilidad y delegue a la dirección de la empresa como ha sucedido en ocasiones en la experiencia española (Pérez Rey, 2005:207).

Los trabajadores designados regularmente para cumplir los servicios mínimos continúan con la prestación de su débito laboral. Aunque ello no autoriza a pensar que se trata de una situación de normalidad laboral, ya que su cometido será estrictamente el de atender los servicios mínimos de la actividad, lo que no podrá impedir que informen a los usuarios sobre el conflicto y manifiesten su adhesión al mismo, aún cuando estén trabajando.

4. Consecuencias del incumplimiento de los servicios mínimos

La indefinición de las sanciones o medidas, por el incumplimiento de los trabajadores de los mínimos definidos por las vías establecidas, ya sea de la autonomía colectiva, autoridad gubernativa (comisión de garantías), de las actividades consideradas servicios

esenciales parece ser bastante común al menos lo que ocurre en Argentina y también en España.

Precisamente el art.14 de nuestro reciente D.272/06 establece que la inobservancia por alguna de las partes de los procedimientos conciliatorios establecidos en la legislación vigente y las previsiones de la presente reglamentación, o el incumplimiento de las resoluciones dictadas por la Autoridad de Aplicación o de los pronunciamientos emitidos por la COMISION DE GARANTIAS en ejercicio de sus facultades, dará lugar a la aplicación de las sanciones establecidas por las Leyes 14.786, 23.551 y 25.212, sus modificatorias y sus normas reglamentarias y complementarias, según corresponda, sin aclarar cuales.

Puede suponerse, que se refiere a las multas y obligación de pagar salarios caídos en el caso del empleador y a la pérdida de salarios para los trabajadores ya que no identifica la norma punitiva tanto en el caso de la Ley 14786 de conciliación y arbitraje, como a multas para el empleador según la entidad de su incumplimiento en la Ley 25.212 que establece el Pacto Federal del Trabajo y crea el régimen general de sanciones por infracciones laborales. El Sindicato por Ley sindical (23.551) podría ser demandado judicialmente por el Ministerio de Trabajo solicitando su intervención, o la suspensión o cancelación de su personería gremial y la empresa ser objeto de una querrela por práctica desleal.

En el caso de los trabajadores obligados a la ejecución de los servicios mínimos, dará lugar a las responsabi-

lidades previstas en las disposiciones legales, estatutarias o convencionales que les resultaren aplicables, pero el abanico de posibilidades sancionatorias es tan amplio como peligroso.

En el caso español, se registra una legislación pre-constitucional, presentada como un *marco plagado de insuficiencias* (Pérez Rey, 2005:209), sin declaración explícita de las consecuencias que se producen por incumplimiento de los servicios mínimos, no siendo asimilable al régimen referido a incumplimientos de los servicios de *seguridad y mantenimiento* de la empresa, ya que en éste supuesto la huelga se ejercita en un marco bilateral sin afectación de derechos de la comunidad.

Interesa una breve detención respecto al incumplimiento de los servicios mínimos y la declaración de ilegalidad de la huelga como su consecuencia con efectos jurídicos tanto en el aspecto individual como colectivo del trabajo.

El cuestionado régimen del Decreto 2184/1990 en Argentina (hoy derogado) contenía dos sanciones muy graves y atentatorias contra la libertad sindical: por un lado disponía el sometimiento a arbitraje obligatorio en caso de no acuerdo en el conflicto en los servicios esenciales y por otro el incumplimiento a disposiciones de la autoridad de aplicación acarrearba la declaración de ilegalidad de la medida (Art. 9 y 10) con riesgo de pérdida de la personería para el sindicato, y abriendo la puerta para el despido de los trabajadores.

Una parte importante de la doctrina especializada de España sostiene

que el *incumplimiento* de los servicios mínimos no determina irremediablemente la ilicitud de la medida, toda vez que el listado de *huelgas ilegales* contemplados por el régimen legal ni el catálogo de *huelgas abusivas* (Art. 11 y 7 RDLRT respectivamente) expresa el incumplimiento de los servicios mínimos como supuesto (Pérez Rey, 2005:210).

Sin embargo se reconoce que ésta interpretación no es tan clara a la luz de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional (STC 11/1981,FJ 10) que al tratar el abuso del derecho de huelga manifiesta que a los terceros usuarios de los servicios no se les debe imponer mediante la huelga mayores perjuicios, molestias que los necesarios. A contrario sensu si se venciera ese límite mediante el incumplimiento de los servicios mínimos la huelga podría ser considerada abusiva.

Se insiste de todas maneras que el régimen legal (RDLT) no incluye en sus supuestos los incumplimientos de servicios mínimos por lo cual no tiene base la declaración de ilegalidad con tales fundamentos.

Se concluye con un fuerte argumento, al afirmarse que los servicios mínimos se vinculan con las facultades *individuales* del derecho de huelga, lo que impide al trabajador designado para prestarlos ejercitar la huelga. Pero el incumplimiento o la inobservancia de prestar el servicio por ese trabajador no puede conducir a cuestionar la ilicitud de la huelga *correctamente convocada y oportunamente preavisada* (Pérez Rey, 2005: 213).

Respecto del poder disciplinario empresarial en el incumplimiento de

los servicios mínimos, coincidimos en que resulta un instrumento extraño de respuesta de la empresa, o en otras palabras que ésta carece de facultades sancionatorias en la especie, dado que están en juego otros derechos e intereses como son los de la comunidad y no los propios de la empresa en ese punto.

Pérez Rey (ob.cit) afirma que cuando el trabajador resulta designado para prestar servicios mínimos asume *un compromiso público, cuya garantía de cumplimiento debe ser asimismo pública.*

Sin embargo no es pacífica ésta opinión y hay quienes sostienen que una vez designados los trabajadores de cubrir los servicios mínimos, en caso de incumplimiento quedan bajo la órbita del poder empresarial, sin que requiera atribución alguna de la “autoridad gubernativa” (Vivero Serrano, 1998).

De todas maneras está muy claro que en caso de sobrevenir el despido del o de los trabajadores por incumplimiento de los servicios mínimos no quedará automáticamente legitimada esa medida, ya que deberá ser analizada a la luz de los principios generales del Derecho del Trabajo y las condiciones del contrato de trabajo, legales (LCT en Argentina y ET en España) del convenio colectivo y del contrato individual, conforme las exigencias de gravedad y culpabilidad allí previstas caso por caso, como para justificar la ruptura definitiva del contrato. El solo negarse a prestar el servicio mínimo impuesto no es causa de despido en España. Tiene que haber una conducta agravada y culpable, con intencionalidad de hallarse ejerci-

tando de manera ilegítima el derecho de huelga (Baylos Grau A. “Sobre los despidos por huelga”, 1995: 252).

En el sistema Argentino, es el Poder Judicial el depositario último de revisar una eventual declaración de ilegalidad de la huelga y sus efectos en el contrato de trabajo, a la luz de las conductas de las partes, la existencia o no de injuria grave que justifique la ruptura, y el respeto a las normas de los principios y derechos fundamentales de la OIT, en la materia el Convenio 158 sobre terminación de la relación laboral.

Porque podría suceder que es el sindicato el que instiga la no prestación de los servicios mínimos y ello tendría gran relevancia para calificar la conducta de los trabajadores que acatando decisiones emanadas de los cuerpos orgánicos de la asociación sindical deje de prestar los servicios mínimos, lo que debilitaría el fundamento de la culpabilidad argüida por la empresa para despedir, ello sin perjuicio de una eventual responsabilidad sindical por daños.

Debe tenerse en cuenta además que en los servicios esenciales se desplaza como se ha dicho el eje contractual de las prestaciones para estar interesadas cuestiones que van más allá del tracto laboral, ya que no se incumpliría un deber para con la empresa sino con la autoridad que fijó los servicios mínimos lo que exige un cuidado muy especial al momento de evaluar las conductas.

Atento que el trabajador obligado a prestar los servicios mínimos ve limitado el ejercicio de un derecho fundamental como el de huelga, se debe

redoblar la prudencia y el “blindaje” -en palabras de Pérez Rey- al momento de evaluar disposiciones restrictivas cuestionadas por carencia total o parcial de fundamentación jurídica y fáctica.

Se ponen en tensión dos derechos: el fundamental de huelga y el deber de obediencia en la prestación de los servicios mínimos. Sin embargo cuando éstos mínimos no guardan regularidad y fundamentación válida, podrá el trabajador hacer prevalecer su derecho fundamental.

El denominado acto de resistencia *-ius resistentiae-* puede ejercerse contra una conducta patronal contraria a la disposición administrativa de fijación de los servicios mínimos y también contra ésta última si configura un desliz o apartamiento de las exigencias constitucionales. En tal caso encontrará justificación la reticencia del operario a cumplir esos servicios.

Desde luego que las consecuencias del incumplimiento y su juzgamiento en uno y otro caso son distintas, inclusive las vías procesales.

La conducta irregular del empleador será cuestionada ante la justicia laboral, mientras que la decisión de la autoridad administrativa en el conflicto, será impugnada como acto administrativo y subsidiariamente por vía de amparo judicial que en el caso Argentino se sustancia por ante el mismo fuero laboral, con lo que simplifica el conflicto, a diferencia del Español que contempla la dualidad de jurisdicciones: la social cuando se trata de atacar decisiones de la empresa y contencioso administrativa cuando se impugnan resoluciones de

la “autoridad” que fija los servicios mínimos y califica las actividades como esenciales.

5. Competencia para servicios mínimos

Para los órganos de control de la OIT el Ministerio de Trabajo no es un órgano independiente y por lo tanto *no debiera tener a su cargo el ejercicio de atribuciones para imponer o fijar los servicios mínimos.*

Como hemos visto la experiencia Argentina registra una tradición de intervencionismo del gobierno central en la fijación de los servicios mínimos contrario a ese criterio y a la libertad sindical, que recién y discretamente parece estar revirtiéndose ahora.

Pese a que la Ley 22.250 (Ley “Banelco” hoy derogada) declamaba el respeto de las normas y resoluciones de la OIT, en su art.33 disponía la atribución del Ministerio de Trabajo para *disponer intimatoriamente la fijación de servicios mínimos...* cuando las partes hubiesen agotado las instancias tendientes a la fijación de esos servicios.

El Decreto 843/2000 sancionado para modificar ésta situación reglamentó las facultades del Ministerio de Trabajo de la Nación de modo igualmente incompatible con los principios enunciados por los órganos de la OIT (Goldín, 2002). Precisamente en uso de esas facultades dictó la Res. 480/00 encuadrando a la educación pública y privada en el periodo de escolaridad obligatoria como servicios esenciales luego invalidada por la Justicia como lo referimos supra.

En una comunicación dirigida por el Gobierno Argentino a la CEACR que ésta considera en su informe del año 2003, aquel le informa su "intención" de dar mayores garantías al sistema previsto en el decreto 843/00 incorporando la consulta a una comisión imparcial integrada por personas de reconocida solvencia técnica con la finalidad de determinar el carácter esencial de un servicio que no se encuentre dentro de los estrictamente definidos como tales. La CEACR sugirió al gobierno que si prevé introducir modificaciones a ese Decreto (lo que luego ocurrió con el art. 24 de la Ley 25877 y el Decreto 272/06 (referenciados en el panorama argentino), estudie la posibilidad de que la determinación de los servicios mínimos a mantener durante la huelga si las partes no llegan a un acuerdo, *no corresponde al Ministerio de Trabajo sino a un órgano independiente*, cuestión que referenció el art. 24 de L. 25.877 (BO19.03.04) y reglamentó el Decreto 272/06 (13.03.04), al crear la figura de la denominada "Comisión de Garantías" (art.2) que no ha sido instrumentada aún.

Se mantiene en el caso Argentino aún mitigada por la Comisión de Garantías el rol ejecutor de la Autoridad de Aplicación laboral, mientras que aquélla aparece con un rol más bien dictaminador. Sin embargo habrá que verificar con la puesta en práctica de la Comisión de Garantías y los espacios que obtenga con su actuación, si existe realmente en el gobierno la voluntad política de dejarla como tercero imparcial y retirarse del conflicto, al menos como juez, ya que no como parte.

Debiera coincidir con el criterio que la jurisprudencia española denomina "autoridad gubernativa" (STC 11/1981 FJ 18) equivalente a un órgano con potestades ejecutivas de gobierno pero que actúe como un tercero imparcial en el conflicto, una suerte de ficción jurídica, "fictio iuris" como se ha dicho (Pérez Rey, 2005), fundamentando su actuación y adecuándola al principio de proporcionalidad. Es decir, limitar lo imprescindible el ejercicio del derecho de huelga con miras a mantener el servicio esencial, aunque ello no puede suponer su funcionamiento normal como si no hubiera conflicto, porque de lo que se trata precisamente es que hay conflicto y no se puede aniquilar el derecho de huelga.

Por ello los servicios mínimos deberán ser fijados por éste ente tercero imparcial, no siendo posible que esa responsabilidad se decline a la empresa.

De por sí aun cuando funcione la negociación a través de la autonomía colectiva para definir los servicios mínimos, o los medios alternativos previstos en el convenio colectivo, siempre la empresa mantendrá un residuo de su poder al designar a los trabajadores que cumplirán las guardias mínimas, desde luego sin abuso de ese poder, o violación de derechos fundamentales.

6. Revisión de resoluciones administrativas. Fallos judiciales

a) Competencia: No es un problema menor el que se origina en el derecho Español con la doble judicialización del fuero social y contencioso administrativo, ante las impugnaciones

de la determinación de servicios esenciales, fijación de servicios mínimos y quantum de personal asignado a tal efecto. Esta dualidad no se ha presentado en Argentina hasta ahora, pese a la creación de la Comisión de Garantías por el reciente Decreto 272/06.

Es más, varios autores calificados hablan de *numerosos* problemas para el derecho de huelga en los servicios esenciales por la actual ordenación, atribuyendo la mayoría de éstas disfunciones del RDL 17/1977 y se agrega: de la interpretación dada por el TC en la sentencia del 8.4.81 (López López, 2005:83).

Pero las resoluciones de la administración y la doble vía judicial en la materia que surge del RDL citado implica una limitación al *contenido esencial* del derecho de huelga. Tan preocupante como decir que *"implica una expropiación al sindicato de elegir dentro de su actividad sindical la modalidad de huelga y arrastra al sindicato al terreno de la individualidad. Asesorar a la Autoridad de Aplicación para la fijación de los servicios mínimos necesarios, cuando las partes no lo hubieren así acordado o cuando los acuerdos fueren insuficientes, para compatibilizar el ejercicio del derecho de huelga con los demás derechos reconocidos en la Constitución Nacional a la hora de reclamar las sanciones* (López López, Ob. Cit.).

Si el sindicato no participa en el proceso que define los servicios esenciales ni en la fijación de los servicios mínimos, cuando reivindica su derecho reconocido en la LOLS se expresa necesariamente como un sujeto de conflicto.

Como se ha dicho supra en España rige una dualidad jurisdiccional que es criticada por la mayoría de la doctrina, ya que si se trata de instar la revisión judicial del acto administrativo por el que se fijan los servicios mínimos, es competente la justicia en lo contencioso-administrativo. Si en cambio se cuestiona una decisión empresarial que se basa en el acto administrativo de fijación de servicios mínimos, la jurisdicción encargada será la social.

Como fácilmente se advierte, se generan distintas y complejas alternativas, incluso en el tiempo y decisiones que pueden ser incompatibles o contradictorias, no existiendo una prejudicialidad que las evite.

En el caso Argentino, como se deduce de los precedentes que hemos citado, no hay duda de la competencia del fuero laboral cuando se trata de conflictos en actividades de servicios esenciales en manos de empresas privadas. Si se trata de trabajadores del Estado, será competente la justicia contencioso administrativa provincial o nacional según la naturaleza del órgano, excepto en la Ciudad de Buenos Aires en que ha entendido la justicia del trabajo en los amparos contra disposiciones del Ministerio de Trabajo como en el caso de los conflictos del Hospital Garrahan y de Aerolíneas Argentinas.

Cabe aclarar que si se tratara de los efectos del incumplimiento en el contrato individual de trabajo, en caso de ser agentes de la administración pública nacional o provincial entenderá la justicia contenciosa administrativa en el caso argentino.

b) Medidas cautelares: Un precedente importante en Argentina se registra con el pronunciamiento de la justicia de primera instancia del trabajo en el conflicto de los trabajadores del Hospital Garrahan de Buenos Aires (Exte.16615/2005 en autos: "Asociación Trabajadores del Estado ATE C/ Ministerio de Trabajo Empleo y Seguridad Social de la Nación y O. s/ medida cautelar del 11.8.2005).

La Asociación Trabajadores del Estado, entidad sindical de primer grado con personería Gremial promovió medida cautelar innovativa contra el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación a fin de que se ordene al mismo suspender los efectos del art. 4º de la Disposición de la Dirección Nacional de Relaciones del Trabajo Nº 87/05, dictada con fecha 08.08.05 y contra el Consejo de Administración del Hospital de Pediatría SAMIC "Juan P. Garrahan" para que se abstenga de aplicar sanciones disciplinarias o despedir a trabajadores con motivo de la huelga.

También como en el caso de la huelga general de España del 20-6-02 la batalla también se dio a través de los medios. Se alzaron muchas voces en favor de garantizar el derecho de los niños a la vida y a la salud, algunos sin advertir de buena fe, que ninguna madre o padre de un niño internado exigió la atención de su hijo, puesto que se encontró garantizada.

La situación colocó en el centro del debate al derecho de huelga, y fundamentalmente, la exigencia de garantizar guardias mínimas en los servicios considerados "esenciales".

No hay duda que el conflicto del Hospital Garrahan altera un servicio esencial, por lo que requiere de la garantía de guardias mínimas que protejan el bien jurídico tutelado (en este caso, la vida y la salud de los niños internados o que sean ingresados de urgencia), guardia mínima que se refiere a un "servicio mínimo" y no a una "dotación mínima", es decir, no exige una cantidad determinada de trabajadores, sino que se garantice el servicio necesario. Y es la "parte" en conflicto, el sindicato, el que -a su criterio- garantiza el servicio de acuerdo a la norma que se hallaba vigente en el momento del conflicto (agosto, 2005): "Cuando por un conflicto 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" (artículo 24 de la ley 25.877).

En caso de divergencias entre cuál es el servicio mínimo a garantizar, es la propia ley la que establece que "una comisión independiente integrada según establezca la reglamentación" la que en ese caso debe intermediar. Al momento del conflicto - más de un año de su sanción -la norma no había sido reglamentada, lo que ocurrió en marzo de 2006 con el Decreto 272.

El Ministerio de Trabajo, por el contrario, fijó unilateralmente las guardias mínimas que debían cubrirse, coincidente con las mismas guardias que el Consejo de Administración del hospital pretendió que se cubran.

Así, además de no cumplir con la legislación vigente, la empleadora y el supuesto árbitro, actuaron como una misma parte. ATE impugnó las resoluciones que fijaron las guardias mínimas (Cremonte, 2005).

Como agravante el Ministerio de Trabajo dictó la disposición 87/05, haciendo saber al Consejo de Administración del Hospital Garrahan que podrá hacer uso de su poder disciplinario frente a los trabajadores involucrados en el conflicto (artículo 4º). Inmediatamente, en uso de las facultades que el Ministerio de Trabajo le confirió, el Consejo de Administración envió más de cien telegramas intimando a los trabajadores a retomar sus tareas “bajo apercibimiento de cesantía con justa causa”. Es decir, los intimó a levantar la huelga, lo que significa que en vez de resolver las causas del conflicto, se atacan sus consecuencias. Ello motivó la presentación judicial de un amparo por parte de ATE para que se prohíban los despidos hasta tanto no se resuelva la cuestión de fondo, esto es, los recursos presentados por ATE donde se demuestra que los servicios mínimos se encuentran garantizados, y el Ministerio de Trabajo dicte la reglamentación del artículo 24 de la ley mencionada. De otro modo, transcurrido el plazo de 24 horas otorgado por la patronal, una gran cantidad de trabajadores serían despedidos, que luego deberían reclamar judicialmente el pago su indemnización, si demostraban que no existió justa causa.

Dijo la magistrada interviniente Dra. Silvia Sallago que el fundamento jurídico de la *prohibición de innovar*

reposa en la garantía de la defensa en juicio y en la necesidad de asegurar la igualdad de las partes en el proceso, impidiendo toda lesión o modificación del bien o del derecho litigioso con el fin de que la sentencia a pronunciarse no sea inocua o extemporánea.

Estimó que en la causa se cumplieron los recaudos requeridos por el código adjetivo para la procedencia de medidas como la solicitada, esto es, la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora, no habiendo otra medida suficientemente eficaz para asegurar el derecho invocado por el sindicato peticionante. Con relación al “*fumus bonis juris*”, estableció que reiteradamente se ha resuelto que para que sea admisible la medida cautelar no se exige prueba terminante y plena de aquél derecho, sino que basta con demostrar su discreta apariencia (C.N.A.T., Sala VII in re “Solis Pedro c/ Radio Victoria S.A.”; C.N. Continúe. Adm. Fed. Sala II 5.8.82).

Se hizo lugar a la medida de no innovar solicitada (art. 230 del C.P.C.C.N.) y se ordenó al Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación la suspensión del art. 4º de la Disposición DNRT Nª 87/05 y sus efectos y al Consejo de Administración del Hospital de Pediatría SÁMIC “Juan P. Garrahan” para que se abstenga de aplicar sanciones disciplinarias o despedir a trabajadores con motivo de la huelga y con fundamento en el art. 4º de la Disposición DNRT Nª 87/05, bajo apercibimiento en caso de desobediencia de aplicar astreintes (conf. art. 666 bis del C.C.).

Este fallo fue morigerado con un sorprendente y cuestionado dictamen

de la Procuración del Trabajo de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo.

Se dijo que resulta grave sostener judicialmente que, frente al derecho de huelga, que como es obvio suspende ciertos efectos del contrato de trabajo, el empleador tendría, en su transcurso, la potestad efectiva de despedir a los huelguistas y sostener que tal extinción constituye un acto constitutivo y operativo irreversible, que sólo admitiría discutirse en sus meros efectos económicos o indemnizatorios. Es la paz de los cementerios y el precio del desarme colectivo. Durante el ejercicio de derecho de huelga, este derecho fundamental neutraliza la eficacia extintiva de un despido adoptado como represalia discriminatoria frente a quienes ejercen ese derecho fundamental y por ello la garantía debe ser efectiva y oportuna, esto es, en ese momento del conflicto y no ex post, porque si no fuese así lo que ofrecería el sistema normativo es un mero servicio fúnebre, mortuario, ante el derecho conculcado. Brindarle eficacia extintiva al despido y no comprender que tal acto discriminatorio, adoptado contra quien ejerce ese derecho fundamental, reduce hasta su concreta anulación al derecho colectivo, lo torna abstracto e impotente. Ello es así, porque es el empleador el que puede enervarlo y hacerlo imposible mediante el recurso del despido de los huelguistas. La soberanía del poder empresarial así habilitada, como poder omnímodo de segregación en el conflicto, es la negación de ese derecho de ciudadanía social en su dimensión conflictiva.

La misma razón por la que se prohíbe el despido del representante sindical es la que fundamenta la garantía del derecho colectivo de huelga y su proyección individual con respecto a todo trabajador que participa de ese medio de presión legítimo. Se trata de evitar que se bloquee ese derecho mediante el acto discriminatorio, adoptado por el empleador como represalia, impidiendo de ese modo, el pleno y efectivo ejercicio de ese derecho fundamental, derivado de la libertad sindical (Meik, 2005).

Y afirma Meik en su aguda reflexión:

“Quienes sostienen que el despido incausado es una potestad del empleador tergiversan a autores como Justo López, quien supo diferenciar lucidamente la calificación de ilicitud del despido, por un lado, de las posibles reacciones infraconstitucionales, contra tal ilicitud extintiva.

La reacción o energía sancionatoria del despido incausado podría merecer, según la opción de política legislativa estatal la nulidad o la menor intensidad de reprobación que es la monetización del despido. Pero en el supuesto de la huelga, como derecho fundamental, la intensidad de la reacción frente al despido como acto de represalia y discriminatorio no puede quedar reducida a una tardía acción de reparación económica. Hay que partir de que no hay derecho sin una garantía eficaz y sobre todo oportuna, para que ese derecho no sea una mera expresión declamatoria de impotencia.

El derecho fundamental de huelga anestesia totalmente durante su transcurso la viabilidad de un despido inmotivado o adoptado como mera represalia contra la huelga y los huelguistas.

En tal contexto, no puede admitirse que durante la huelga se pueda disponer de despidos con efecto constitutivo y operativo, de eficacia inmediata.

Frente a esta adecuada interpretación de la huelga y sus efectos, emerge ahora esa nueva tendencia jurisprudencial, tan peligrosa y anacrónica, que resulta, por lo dócil, funcional al poder empresarial exclusivamente, porque le brinda el arsenal que ese poder necesita autoritariamente para bloquear en los hechos el derecho fundamental tutelado constitucionalmente.

La libertad de empresa no puede servir de argumento para eclipsar el derecho colectivo de tutela.

No creemos que esa tendencia que merece esta crítica sea adoptada por ignorancia, ni que se trate de un error por ingenuidad, patentizando, quizás, un enfoque que adolece de insensibilidad e indiferencia, impulsado desde el poder decisonal hacia el derecho de ciudadanía social de huelga.

Los responsables de esa doctrina resultan objetivamente instrumentales a un sistema en que declaman los derechos fundamentales, en abstracto, pero que conduce en concreto a la inexistencia de los mismos, a la negación de su señas de identidad.-

Y en tal sentido, esos pronunciamientos consuman por deformación un desbordado concepto de libertad de empresa, al extremo que ese desborde

anula el derecho social colectivo de jerarquía constitucional. Satisface a las exigentes posturas de las grandes empresas, y a las corrientes conservadoras encolumnadas en el denominado Análisis Económico del Derecho, según lo cual, el ser del mercado debe ser trasladado normativamente y sin interferencia como el deber ser del derecho. Esa corriente tuvo y tiene sus seguidores en nuestra disciplina aunque se cuiden sus adeptos de confesarlo abiertamente, enmascarando esa pertenencia con las consabidas menciones al bien común y de que la empresa es y debe ser una comunidad espontáneamente armónica.

Es cierto que después de más de un cuarto de siglo en que las concepciones economicistas han condicionado en extremo al derecho social en nuestro país, no nos puede sorprender que gran parte de la doctrina científica siga siendo funcional a ese esquema pro empresarial del derecho, reticente a una concepción de los derechos fundamentales que se ubique a la altura de los Estados de un capitalismo avanzado.

En un extendido proceso de asedio al derecho del trabajo, esas posturas pudieron operar a sus anchas durante los 90, pero se equivocan sus responsables si especulan con que se puede seguir persistiendo impunemente desde el plano científico, político y jurídico en esas anacrónicas posiciones tan distantes de un derecho del trabajo de matriz democrática.

No se puede subestimar tanto a la comunidad científica del derecho del trabajo, que ya ha conocido a Lyon Caen, Romagnoli, Jeammaud, Baylos

Grau, Monereo Pérez y tantos otros que abriendo la cabeza de sus lectores, para superar en nuestro contexto los límites de un positivismo conservador y autoritario y de un autoritarismo político pero liberal en lo económico, que recita loas el bien común, como una 'plegaria metafísica, pero que desde mediados de los 70, opera abiertamente como ideología de las empresas, siendo ella su verdadero opus contemporáneo" (Meik, 2005).

Creo que como siempre la lucha social no fue vana, ya que logró evitar los despidos, un aumento salarial y finalmente obró como presión para que pocos meses después finalmente se dictara el decreto reglamentario sobre los servicios esenciales, al margen de las observaciones que se la han formulado.

En la Provincia de Buenos Aires se destaca un fallo de la justicia contencioso administrativo por un amparo de los trabajadores estatales de la educación, que se encontraban en huelga, en la Causa 7446-2005 caratulada: "Sindicato Unificado de Trabajadores de la Educación de Buenos Aires (SUTEBA) y O. c/ Fisco de la Provincia de Buenos Aires S/ Amparo" (La Plata 27.07. 2005).

El Sindicato Único de Trabajadores de la Educación de Buenos Aires (S.U.T.E.B.A.) y la Federación de Educadores Bonaerenses "Domingo Faustino Sarmiento" (F.E.B.), promovieron en acción de amparo colectivo contra la Provincia de Buenos Aires, pretendiendo la cesación de los descuentos en los haberes de todos los docentes públicos Bonaerenses que ejercitaran

el derecho de huelga en los meses de Mayo y Junio de 2005, y la consecuente devolución de todas las sumas descontadas.

Solicitaron, como medida cautelar, se ordene a la demandada a que se abstenga de realizar cualquier acto o hecho que -como consecuencia de las medidas de fuerza realizadas por las entidades actoras- afecte la percepción íntegra de los salarios del sector docente.

Denuncian el incumplimiento de continuar la negociación colectiva con las representaciones gremiales actoras.

Afirman que la omisión en la puesta en funcionamiento del mecanismo constitucional de negociación colectiva, a través de un organismo imparcial, donde se sustancien los conflictos del sector (art. 39 inc. 4 de la Const. Prov.Bs.As), constituye un agravamiento de la situación, que lleva a las entidades actoras a reanudar las medidas de fuerza como principal alternativa de acción.

Entendió el magistrado interviniente Dr. Luis F. Arias a cargo del Juzgado Contencioso Advo. N°1 de La Plata:

"Que el derecho a huelga, constitucionalmente reconocido, constituye una de las herramientas centrales de protección de los intereses profesionales del trabajador (arts. 14 bis de la CN, y 39 inc. 2 de la CPBA). En autos, su ejercicio aparece -en principio- legítimo, en tanto, como afirma la parte actora, ha sido decidida por las entidades gremiales con personería reconocida por la autoridad de aplicación,

obedece a reclamos de naturaleza laboral, su duración ha sido limitada en el tiempo, no fue dispuesto su cese, ni se ha cursado intimación alguna para la reanudación de las tareas en el marco de una negociación colectiva de trabajo (SCBA, L 44923 S 30-4-1991 y L 52588 S 26-7-1994; CNLB VI, del 28-04-1994, JA, 1996 I, 230, entre otros).

En ese sentido, la ausencia de reglamentación y puesta en funcionamiento del derecho de solución colectiva de los conflictos laborales, de conformidad a lo establecido tanto, en el art. 39 inc. 4 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, como en normas internacionales (Convenio de la O.I.T. N° 151), o bien mediante el mecanismo previsto por la Ley 23.929, de Negociación Colectiva para los Trabajadores Docentes, conlleva de por sí, un incumplimiento de las obligaciones asumidas por el Estado para con los trabajadores del sector público (Conf. Capón Filas, Rodolfo, "Protección Constitucional del Trabajo" en LL Sup. Const. Esp. 2003 -abril-, 72 - LA LEY 2003-C, 1150).

En función de ello, la legalidad de los descuentos compulsivos en los haberes del personal docente, en el contexto citado, aparece legítimamente controvertida por las entidades gremiales actoras, pues su admisión implicaría, en cierto modo, la supresión del derecho de huelga, sin que aprecien justificadas sus razones, mediante el dictado del acto administrativo que habilite dicho accionar (García de Enterría, Eduardo – Fernández Tomás Ramón: "Curso de Derecho Administrativo", Ed. Civitas, Madrid, 10ª edición, 2001, Tomo I, pág. 440).

Cuando la autoridad administrativa quebranta este principio y promueve operaciones materiales restrictivas o cercenadoras de los derechos y garantías individuales carentes de esa base sustentadora, estamos en presencia de una vía de hecho (conf. Greco, Carlos M., "Vías de hecho administrativas", LL 1980-C-1207), definida como "la violación del principio de legalidad por la acción material de un funcionario o empleado de la Administración Pública" (Miguel S.: "Tratado de Derecho Administrativo", Ed. Abeledo-Perrot, Tomo II, pág. 213; en sentido similar Escola, Héctor Jorge: "Tratado General de Procedimiento Administrativo", Ed. Depalma, 1975, pág. 120).

Como bien sostiene autorizada doctrina "la actuación concreta, es decir el 'hecho' de la autoridad pública requiere, en virtud del art. 109, no sólo la existencia de una ley o reglamento que directa o implícitamente la legitime, sino también el dictado de un acto administrativo intermedio 'que le sirva de fundamento jurídico'. Ese acto establece el alcance, o, si se prefiere, fija los límites de la potestad pública derivada de la norma general habilitadora. Así el acto administrativo sirve de nexo entre el orden jurídico y el hecho ejecutorio, determinando las condiciones en que cada caso concreto se subsume en la norma. De esta forma se limita la mera volición subjetiva del agente actuante, para requerirse –en aplicación del principio de legalidad– el previo dictado de la decisión fundada por parte del órgano competente" (Botassi, Carlos A.: "Procedimiento

Administrativo de la Provincia de Buenos Aires", Ed. LEP, 1988, pág. 423).

En esa inteligencia, la pretensión cautelar solicitada tendiente a impedir la continuidad de los descuentos en los haberes del personal docente, hasta tanto se dicte sentencia en autos, resulta una medida adecuada para la protección del derecho invocado, toda vez que ésta solo tiende a evitar que se altere la situación de hecho existente al tiempo de su dictado, asegurando de ese modo la eficacia práctica de la sentencia definitiva que debe recaer en el proceso.

Por las razones expuestas, juzgo que la verosimilitud en el derecho invocado, se encuentra "prima facie" acreditada (art. 230 inc. 1 del CPCC), por hallarse en principio, conculcado el derecho a huelga reconocido por el art. 39 inc. 2 de la Constitución Provincial, disponiendo una detracción patrimonial en los salarios docentes sin sustento formal y jurídico (art. 109 de la LPA), y sin haber agotado las instancias de negociación colectiva conforme lo prevé el art. 39 inc. 4 de la misma Constitución.

Peligro en la demora: *Que este recaudo se encuentra liminarmente configurado por la índole alimentaria de los haberes afectados por los descuentos que mediante esta acción se impugnan, resultando aplicable en el sub lite la doctrina de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, en tanto se ha pronunciado por el otorgamiento de la cautela disponiendo la suspensión de actos del Instituto de Previsión Social por los que se determinaron*

cargos deudores en función de los perjuicios que la ejecución de las reducciones producían a los peticionantes (Causas B-61.456 "Priou"; B-56.252 "Frías de Marcon"; Res. 1-8-95; B 55.891 "Perez de Irigoyen", Res. 24-10-95; B 59.788 "Mazzuca", Res. 29-06-99; entre muchas otras).

Es que la importante función que cumple la retribución salarial 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. XVI 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). Lo expuesto evidencia sin lugar a dudas la configuración del peligro en la demora (art. 230 inc. 2 del CPCC).

Contracautela: *En virtud de las índoles de los derechos involucrados, deberán las entidades actoras prestar caución juratoria ante la Actuaría, para responder a las costas, y los daños y perjuicios que la medida pudiese ocasionar en caso de haberla pedido sin derecho (art. 199 del CPCC).*

Resuelve en consecuencia hacer lugar a la medida cautelar solicitada, ordenando al Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires a que se abstenga de efectivizar cualquier acto o hecho que -como consecuencia de las medidas de fuerza realizadas por las entidades actoras en los meses de

Mayo, Junio y Julio de 2005- afecte la percepción íntegra de los salarios del sector docente.

Tampoco como en el caso anterior ésta huelga y su derivación judicial fue en vano ya que con fecha 10-5-2006 se publicó la LEY 13453 de la Provincia de Buenos Aires, sobre Negociaciones colectivas entre la Administración Pública Provincial y sus empleados. Se postergó además la inclusión de los trabajadores de la educación y de los judiciales en el procedimiento de conflictos colectivos en los servicios esenciales en tanto está cuestionado que el servicio educativo y el de justicia revista ese carácter.

7. Conclusiones

La noción del derecho de huelga no resiste una reglamentación rígida ni una definición cerrada por cuanto ello puede significar un modo de restringir su alcance.

La comunidad internacional a través de la Organización Internacional del Trabajo, pese a no tener un tratamiento específico en sus normas tiene aceptado que el derecho de huelga es un derecho legítimo al que pueden recurrir los trabajadores y sus organizaciones y uno de los medios esenciales de que disponen para promover y defender sus intereses económicos y sociales.

Las normas que regulan la definición de los servicios esenciales no pueden expropiar el contenido esencial de la huelga como derecho fundamental y ello acaece si se concreta la imposición del principio de continuidad absoluta de éstos.

Las organizaciones sindicales de los trabajadores en conflicto que ven restringido el ejercicio del derecho de huelga deberían poder participar en la definición del servicio mínimo, junto con empleadores y autoridades públicas.

Para el Comité de Libertad Sindical de la OIT la actuación gubernamental en ésta materia debe restringirse a servicios cuya interrupción ponga en peligro la vida, la salud o la seguridad de todo o parte de la población, por lo que el mínimo de actividad impuesto ha de ceñirse a las operaciones estrictamente necesarias para no comprometer aquellos que los servicios esenciales garantizan.

La restricción de la huelga en los servicios esenciales, en criterio de la OIT se condiciona a la exigencia de brindar a los trabajadores garantías apropiadas tales como "procedimientos y arbitraje adecuados, imparciales y rápidos", apareciendo la autonomía colectiva como uno de los remedios más aptos, aunque cabe decir que al menos en Argentina su desarrollo es minoritario.

Según la Comisión de Expertos de la OIT los servicios mínimos de actividades esenciales deben satisfacer la condición de tratarse real y exclusivamente de un servicio mínimo, limitado a las actividades estrictamente necesarias para cubrir los requerimientos básicos de la población o satisfacer las exigencias mínimas del servicio sin menoscabar la eficacia de los medios de presión, por un lado y debe permitir la participación de las organizaciones sindicales de los trabaja-

dores en conflicto que ven restringido el ejercicio del derecho de huelga en la definición del servicio mínimo, junto con empleadores y autoridades públicas.

El carácter de la prestación que se produce en el conflicto en las actividades consideradas como servicios esenciales, *desplaza el eje de la relación empresa-trabajador*; para ejecutarse en función de la preservación de servicios imprescindibles para la comunidad.

Resulta una aspiración legítima y de consenso democrático que las resoluciones sobre servicios esenciales y fijación de servicios mínimos alcancen un mínimo de regularidad y fundamentación basadas en el carácter efectivamente esencial de los servicios; la necesidad de los servicios mínimos; el número realmente necesario de trabajadores para cumplirlos.

Como también lo es el debido respeto del principio de *proporcionalidad* para ponderar los daños causados a los usuarios con la limitación del derecho de huelga; la existencia de normas *reglamentarias* sobre servicios mínimos en un determinado sector o actividad en caso de huelga; el carácter imparcial de la entidad que fija los servicios mínimos, la intervención del *comité de huelga* o del sindicato en el procedimiento ante dicha autoridad y la existencia de vías de suspensión *cautelar* en sede judicial de la orden de fijación de servicios mínimos, que ha sido impugnada.-

Las consecuencias del incumplimiento de los servicios mínimos para los trabajadores debe ser cuidadosa-

mente analizada por las autoridades intervinientes, en particular el Poder Judicial, toda vez que en el conflicto se entrelazan aspectos colectivos e individuales, y por ende las conductas del trabajador imputado de incumplimiento debe pasar la lupa de los principios generales del Derecho del Trabajo, para determinar la existencia de motivos injuriantes de gravedad suficientes para justificar la ruptura contractual.

Resulta muy necesario que el Poder Judicial como órgano constitucional de revisión última de las decisiones administrativas cumpla adecuadamente su rol de control tutelando los derechos y garantías fundamentales en tensión, en ésta delicada temática.

Bibliografía

ACKERMAN, Mario E. (2000). "Abolición del arbitraje obligatorio y reglamentación de la huelga en los servicios esenciales para la comunidad" En: **Revista Derecho Laboral** Número extraordinario sobre La Reforma Laboral L. 22250. Ed. Rubinzal Culzoni Santa Fe Argentina. Pp. 99-121.

ACKERMAN, Mario E. (2005). **El derecho de huelga y los derechos de todos**. Argentina. La Ley. Pp. 1288.

ALVAREZ, Eduardo (1998). **Derecho Colectivo del Trabajo**. Buenos Aires. Editorial La Ley. Pp. 578 y SS.

AMAURI MASCARO, Nascimento (1999). **Teoría General del Derecho del Trabajo**. Pp. 337 y ss. Editorial. LTR. Sao Paulo, Brasil.

- ARESE, Mauricio César (2001). **Nuevas realidades y nuevas reglas en materia de huelga**. Pp. 1093-1117. Y "Huelga, práctica y reglamentación" Editorial. Cispren y Cecopal. Cordoba, Argentina.
- BARBAGELATA, Héctor Hugo (1985). **El Derecho del Trabajo en América Latina** Ministerio de Trabajo, Madrid. Pp. 281.
- BARREIRA NICHOLSON, Antonio. **Reflexiones de Derecho individual y colectivo del Trabajo**. Coord. Grupo "14 bis" online, Argentina.
- BAYLOS, GRAU, Antonio (2003). **Sindicalismo y derecho sindical (II)**. Fundación Sindical de Estudios. España.
- BAYLOS, GRAU, Antonio (1998a). **Derecho de huelga y servicios esenciales**. Pp. 167. Editoriales Tecnos, 2 ° Ed. España.
- BAYLOS GRAU, Antonio (2005). "Continuidad de la producción o del servicio y facultades empresariales en casos de huelga". Pp. 107-108. En: **Estudios sobre la huelga**. Ed. Bomaizo, Madrid.
- BATISTA, Jorge O. (2006). **Observaciones al Decreto 272/06, Servicios Esenciales, Servicios Mínimos, Derecho de huelga**. Online red del Equipo Federal del Trabajo Argentina. En: www.eft.com.
- CABEZA PEREIRO, Jaime (2005). "La imposición de servicios mínimos" Pág. 172 y ss en **Estudios sobre la huelga**. Ed. Bomaizo, Albacete, España. Pp. 203 y ss.
- CANDAL, Pablo (2003). **El derecho de huelga y sus límites. La huelga en los servicios esenciales**. Ed. Lexis Nexis Laboral y Seguridad Social, p. 86-93.
- CAPON FILAS, Rodolfo (1989). **El Nuevo Derecho Sindical Argentino**. Editorial Platense.
- CAPÓN FILAS, Rodolfo (1999). "Apuntes sobre el conflicto laboral" en obra colectiva del **Equipo Federal del Trabajo**. La Plata, ed. Platense.
- CREMONTE, Matías (2005). Director del Departamento Jurídico de la Asociación de Trabajadores del Estado (ATE Nacional) Observatorio Jurídico CTA, Buenos Aires.
- CRISTALDO MONTANER, Jorge Darío (1995). **Legislación Laboral Paraguaya**. Editorial Litocolor SRL. Asunción.
- COURTIS, Cristian (2006). "Exigibilidad de los derechos sociales" **Clase en UCLM, Curso Constitucionalismo del Estado Social**. Toledo.
- DE DIEGO, Julian (2004). **Reforma Laboral Ley 25877**. Editorial La Ley. Buenos Aires. Pp. 65 y ss.
- DE LA CUEVA, Mario (1986). **El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo**. Vol. II pag. Pag. 640 y SS. Ed. Porrúa, México. 6° Edición.
- DEVEALI, Mario (1983). **El Derecho del Trabajo en su aplicación y sus tendencias** (obra coordinada por Brito Peret, J., Izquierdo R. y Goldín A.) Pp. 475 y SS. Editorial. Astrea, Buenos Aires.
- EQUIPO FEDERAL del TRABAJO – ARGENTINA (1999). **Trabajo y Conflicto**. Pp. 441 y SS. Ed. Platense, La Plata.
- EQUIPO FEDERAL DEL TRABAJO (2005). "Bases Constitucionales

para América Latina y el Caribe” texto normativo aprobado por el **XII Congreso Nacional celebrado en el Sentado de la Nación los días 25 y 25 de agosto de 2005**.

ERMIDA URIARTE, Oscar (2000). **La huelga en los servicios esenciales**. Pp. 964-969.

FERNÁNDEZ TOXO, Ignacio (2005). **Soluciones previas al ejercicio del derecho de huelga**. Fundación Sindical de Estudios. España.

GALASSO, Norberto (2005). **Biografía de Raúl Scalabrini Ortiz**. En: Web Congreso Bolivariano de los Pueblos.

GARATE CASTRO, J. (1996). “Derecho de huelga y servicios esenciales”. En: **REDT n°75**, pp.29.

GARCÍA MARTÍNEZ, Roberto (1998). **Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social** Editorial Ad-hoc. Buenos Aires. Pp. 631 y SS.

GARCÍA, Héctor Omar (2006). “Eficacia, efectividad y eficiencia de las normas que regulan el ejercicio del derecho de huelga y su método de composición-Apuntes críticos” En: **Rev. DT N° 1-2006**. Pp. 1 y ss.

GIANIVELLI, Guillermo (2004). “La regulación de los servicios esenciales” En: **Reforma Laboral-Ley 25877**. Editorial Jurídica Nova Tesis, Buenos Aires.

GOLDIN, Adrián (2005). **Los convenios internacionales del trabajo; su impacto en la jurisprudencia y legislación Argentina**. La Ley XI, Buenos Aires.

GRISOLIA, Julio Armando (2004). **Derecho del Trabajo**. Vol. II Edito-

rial Lexis Nexis. Buenos Aires. Pp. 1726 y ss.

KROTOSCHIN, Ernesto (1981). **Tratado Practico de Derecho del Trabajo**. Vol. II ed. Depalma, Buenos Aires. Pp. 223 y ss.

LÓPEZ, Justo (1998). “Libertad Sindical”, En: **Derecho Colectivo del Trabajo**. Editorial La Ley, Buenos Aires. Pp. 108-109.

LÓPEZ LÓPEZ, Julia (2005). “Redefiniendo las huelgas calificadas como abusivas por la norma desde la libertad sindical”. En: **Estudios sobre la huelga**, Editorial Bomarzo, Albacete, España. Pp. 83 y ss.

LORENTE, Javier Armando (1994). **Comentarios a la Constitución Nacional argentina y Tratados Internacionales**. Ed. Gowa. Buenos Aires.

MARIENHOFF, Miguel S. **Tratado de Derecho Administrativo**, Ed. Abeledo-Perrot, Tomo II, pp. 213, Buenos Aires.

MEGUIRA, Horacio D. y GARCÍA, Héctor O. (2004). “La Ley de Ordenamiento Laboral o el discreto retorno del Derecho del Trabajo” En: **Reforma Laboral Ley 25877 - Suplemento especial**. Editorial La Ley. Buenos Aires. Pp. 19-33.

MERINO SEGOVIA, Amparo (2005). “Sobre el derecho de huelga en los servicios esenciales de la comunidad”. En: **Estudios sobre la huelga**. Ed. Bomarzo, Albacete, España. Pp. 145 y ss.

MEIK, Moisés (1997). “Crónica de un drama social anunciado”. En: **Revista Jurídica Contextos**, Buenos Aires.

PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel C. (2005). "Ámbito subjetivo y titularidad del derecho de huelga". En **Estudios sobre la huelga**. Editorial Bomarzo, Albacete, España.

PERDOMO, Juan Rafael (2002). "Panorama actual del Derecho Colectivo del Trabajo en la República Bolivariana de Venezuela". **Ponencia ante la International Society for Labour Law and Social Security**, Estocolmo, del 4 al 6 de Septiembre 2002.

PEREZ REY, Joaquín (2005). "El incumplimiento de los servicios mínimos en las huelgas que afectan a los servicios esenciales de la comunidad" en **Estudios sobre la huelga**. Ed. Bomarzo, Albacete, España.

RAMÍREZ, Luis E. (2005). **Reflexiones sobre el conflicto de los trabajadores de Aerolíneas Argentinas**. Online red del grupo "14 bis", Argentina, dirigido por Antonio Barrera Nicholson.

RAFFAGHELLI, Luis A. (2004). **Las grandes huelgas ferroviarias en Argentina**. Editorial Trabajo y Utopía. San Justo, Buenos Aires.

RECALDE, Héctor Pedro (2003). **La tercera década infame**. Ed. Corregidor. Buenos Aires.

RECALDE, Héctor Pedro y RECALDE, Mariano (2003). **La regulación de la huelga**. Doctrina Lexis Nexis. Jurisprudencia Argentina.

RENDÓN VÁZQUEZ, Jorge (2004). **Derecho del Trabajo Colectivo**. Editorial Lima, Perú. Pp. 290 y ss.

RENTERO JOVER, Jesús (2002). **El comité de huelga en el Derecho Español del Trabajo**. Madrid. Pp. 180.

RENTERO JOVER, Jesús (2006). "La garantía judicial de los derechos laborales". **Curso Constitucionalismo del Estado Social**, UCLM, Toledo.

ROMAGNOLI, Humberto y GHEZZI, Giorgio (2001). **"Il diritto sindacale"** Zanichelli, Bologna, quarta edizioni. Pp. 145 y ss.

SVAMPA, Maristella y GARGARELLA, Roberto (2003). **El derecho y la protesta social**. Documento Buenos Aires.

VIVERO SERRANO, J. B. (1998). "El despido disciplinario por incumplimiento de los servicios mínimos en caso de huelga en los servicios esenciales". En: Rev. **AL** n° 36, pp. 681.