

Huelga y pandemia: Su convivencia

Autores:

Meguira, Horacio

Schwartz, Carlos Felipe

Cita: RC D 1729/2020 **Encabezado:**

La crisis, aquella "compañera de viaje del Derecho del Trabajo", al decir de Manuel Carlos Palomeque López, se presenta esta vez con una intensidad tan inédita como abarcativa de todos los planos de la realidad social, excediendo las crisis cíclicas inherentes al sistema capitalista y al permanente conflicto entre capital y trabajo; lo que amerita una mirada distinta desde el derecho social en su carácter protectorio y como mecanismo de contención. La problemática mundial desatada por la pandemia produjo un fuerte impacto en las relaciones de producción y por lo tanto, en el funcionamiento de nuestro sistema normativo laboral que va procurando adaptarse a los acontecimientos. En la dinámica de las relaciones de trabajo se observa una relación de fuerza y poder, dentro del marco de la vinculación desigual inherente al antagonismo entre capital y trabajo. De la capacidad grupal de conflicto de los trabajadores, en palabras de Kahn Freund^[1] de su poder colectivo o social, dependerá su posibilidad de equilibrar en las negociaciones la desigualdad social. Cabe entonces interrogar si la situación de crisis desactiva la protección normativa para ejercer el poder de conflicto de las colectividades laborales, dentro de las actividades y servicios considerados esenciales en la pandemia. En otras palabras, si la huelga en dichos ámbitos es pasible de limitaciones o restricciones en su ejercicio.

Sumario:

I. Sobre la emergencia y la vigencia de los derechos humanos. II. Límites externos del derecho de huelga. II.1. Huelga en los servicios esenciales. II.2. Actividades y servicios esenciales en la emergencia. II.3. La crisis nacional aguda, las observaciones de los órganos de control de la OIT. III. Conclusiones.

Huelga y pandemia: Su convivencia

I. Sobre la emergencia y la vigencia de los derechos humanos

El término "desastre" designa una disrupción grave del funcionamiento de una comunidad o sociedad en cualquier escala debida a fenómenos peligrosos que interactúan con las condiciones de exposición, vulnerabilidad y capacidad, ocasionando uno o más de los siguientes: pérdidas e impactos humanos, materiales, económicos y ambientales^[2].

Los desastres pueden tener causas biológicas (como epidemias), hidrometeorológicas (como incendios forestales, inundaciones, desprendimientos de tierras, aludes, sequías, tsunamis, huracanes, tifones, ciclones y tornados), geológicas (como terremotos y erupciones volcánicas) y humanas (como accidentes industriales, conflictos o ataques terroristas).

Las normas internacionales del trabajo contienen orientaciones específicas para velar por que haya trabajo decente en el contexto de la respuesta a la crisis, lo que incluye orientaciones que guardan relación con el brote actual de COVID-19.

Una de las normas internacionales más recientes, la Recomendación sobre el empleo y el trabajo decente para la paz y la resiliencia, 2017 (núm. 205), que fue adoptada por abrumadora mayoría por todos los mandantes, pone de relieve que para responder a las crisis es necesario asegurar el respeto de todos los derechos humanos y el imperio de la ley, incluido el respeto de los principios y derechos fundamentales en el trabajo y de sus normas internacionales^[3].

En particular, la recomendación subraya el papel clave de la consulta y el fomento de la participación activa de las organizaciones de empleadores y de trabajadores en la planificación, la puesta en práctica y el seguimiento de las medidas de recuperación y resiliencia. Asimismo, hace un llamado a los estados miembros para que reconozcan la función esencial que incumbe a las organizaciones de empleadores y de trabajadores en las respuestas a las crisis, teniendo en cuenta el Convenio sobre la Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación (87) y el Convenio sobre Derecho de Sindicación y Negociación Colectiva (98).

II. Límites externos del derecho de huelga

Su consideración como un derecho y su inserción en un sistema normativo implica la posibilidad de ser pasible de ciertas limitaciones, en función del interés general que pudiera verse afectado en su ejercicio.

Esto se vincula con la huelga en los servicios esenciales, y en la particular situación de emergencia con las actividades y servicios exceptuados del aislamiento social, preventivo y obligatorio.

II.1. Huelga en los servicios esenciales

La huelga en los servicios esenciales es sin dudas un tema espinoso en el Derecho Colectivo del Trabajo. En el mismo convergen la defensa de un derecho humano fundamental y su posible colisión con intereses generales ajenos al conflicto.

Por lo tanto, se ha señalado que *"el único límite verdaderamente plausible al ejercicio del derecho de huelga es el del mantenimiento de los servicios esenciales"*[\[4\]](#).

Siendo su fuente de reglamentación de origen legal, las actividades consideradas servicios esenciales son enumeradas en nuestro derecho interno en el segundo párrafo de artículo 24, Ley 25877: *"los servicios sanitarios y hospitalarios, la producción y distribución de agua potable, energía eléctrica y gas y el control del tráfico aéreo"*.

Tribuzio describe al listado como "catálogo cerrado"[\[5\]](#), ya que por fuera de él no existen actividades consideradas servicios esenciales en sentido estricto. Sólo es posible excepcionalmente exigir la prestación de servicios mínimos de funcionamiento, en circunstancias concretas y ante conflictos específicos, sobre la base del artículo 24, tercer párrafo, incisos a) y b), Ley 25877.

En el segundo supuesto se recepta un concepto proveniente de la doctrina del Comité de Libertad Sindical de la OIT[\[6\]](#), referente a *"aquellas situaciones en que no se justifica una limitación importante al derecho de huelga y en que, sin poner en tela de juicio el derecho de huelga de la gran mayoría de los trabajadores, podría tratarse de asegurar la satisfacción de las necesidades básicas de los usuarios o el funcionamiento continuo y en condiciones de seguridad de las instalaciones"*[\[7\]](#).

De tal manera, se sienta el principio básico de que la huelga cede sólo ante derechos de especial jerarquía, taxativamente determinados en la regulación legal, disponiendo que las restricciones por extensión deben ser realizadas por órganos independientes e imparciales, vedando la intervención directa del poder público.

II.2. Actividades y servicios esenciales en la emergencia

A la complejidad del instituto se ha sumado la declaración pública de esencialidad de ciertas actividades y servicios -DNU 297/2020, artículo 6, y Decisión Administrativa 429/2020 del Jefe de Gabinete, artículos 1 y 3-, cuyos trabajadores se encuentran exceptuados del cumplimiento del aislamiento social, preventivo y obligatorio específicamente para la prestación de sus tareas.

De allí emerge la controversia sobre la posibilidad de considerarlos esenciales a los fines de limitar el ejercicio del derecho de huelga.

En general y pese a que, como se ha señalado, la noción de servicios esenciales no importa un concepto ontológico sino valorativo[\[8\]](#), existe un consenso general en cuanto a que el ejercicio del derecho de huelga encuentra un límite en cuanto ponga en peligro la vida, la seguridad o la salud de todo o parte de la población[\[9\]](#).

Como se ha señalado, sobre dicho criterio básico pivotea la doctrina de los órganos de control y nuestra legislación interna en el artículo 24 de la Ley 25877.

"El significado del concepto servicios esenciales utilizado como límite al ejercicio del derecho de huelga es mucho más preciso y estricto que el que se le otorga tanto en otras disciplinas jurídicas y normas ajenas al ordenamiento laboral como en el uso corriente de la política pública, los cuales no podrían ser utilizados en oposición al ejercicio del derecho de huelga con menoscabo de su garantía"[\[10\]](#).

Se ha resaltado la falacia argumental de una colisión inexorable entre el derecho de huelga y el interés general[11].

De tal manera, en la contingencia actual debe ponderarse la posible afectación del interés superior que la regulación pública pretende proteger, que es el derecho a la salud, en caso de acudir a la acción colectiva que implique una abstención y/o alteración del ciclo productivo[12].

Señala Baylos[13] que *"No hay servicios ni actividades que sean esenciales por sí y de manera "sustancial" o "permanente" a efectos de huelga, sino que éstos se modulan y se definen en función de las circunstancias concretas en las que se despliega la convocatoria de huelga, circunstancias que son determinantes del juicio de ponderación de la medida de imposición de un servicio mínimo"*, aclarando luego que se encuentra preservada la titularidad y ejercicio del derecho de huelga en la emergencia.

II.3. La crisis nacional aguda, las observaciones de los órganos de control de la OIT

El tercer tipo de restricciones al derecho de huelga se refiere a las situaciones de crisis aguda a nivel nacional o local. **Dado que las prohibiciones generales de huelga impuestas por la declaración de estado de urgencia o de excepción obstaculizan de forma considerable uno de los medios esenciales de que disponen los trabajadores y sus organizaciones para fomentar y defender sus intereses, la Comisión considera que tales prohibiciones sólo pueden justificarse en una situación de crisis aguda e, incluso en ese caso, por un período de tiempo limitado, y sólo en la medida de lo necesario para hacer frente a la situación. Esto significa que debe existir una auténtica situación de crisis, como la que se produce en casos de conflictos graves, de insurrección, o de catástrofe natural, sanitaria o humanitaria, en los que dejan de concurrir las condiciones normales de funcionamiento de la sociedad**[14].

De este modo, cuando la comisión alude a "lo necesario para hacer frente a esta situación", requiere una comprobación de la efectiva vinculación entre la huelga y la afectación del interés general por la alteración o suspensión del servicio en cuestión.

Asimismo, la prohibición de ninguna manera puede ser entendida como derogación del principio del Comité de Libertad Sindical, para quien el tratamiento del ejercicio del derecho de huelga debe ser efectuado por órganos independientes.

La responsabilidad de suspender una huelga por motivos de seguridad nacional o de salud pública no debería corresponder al gobierno, sino más bien a un órgano independiente que goce de la confianza de todas las partes interesadas[15].

No se trata de anular o restringir el ejercicio de derechos fundamentales, sino de realizar ponderaciones razonables para su convivencia pacífica. Recientemente el Procurador Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ante la posibilidad de confrontación de un derecho constitucional con el de huelga, sostuvo que deben ser conciliados con el fin de que subsistan en armónica coherencia (Fallos: 272.231, "Santoro"; 308/789, "Campillay", considerando 5^a, 339:323, "Boggiano", considerando 4^a, entre muchos otros)[16].

Los derechos fundamentales de las personas expresan la dimensión sustancial de la democracia y no vienen irradiados desde el Estado, sino que se imponen como condición de su existencia, operando como límites al poder público[17].

Un derecho fundamental como la huelga debe tener -como sucede con el derecho a la circulación en la emergencia- una norma específica que lo limite. Hay otros derechos fundamentales que permanecen en pleno ejercicio durante la pandemia, como el derecho de prensa o el derecho de propiedad, que no pueden ser restringidos sin una normativa de emergencia expresa que lo cimiente.

Los derechos fundamentales se subordinan al derecho a la salud, que es el objetivo primordial receptado en el artículo 1 del DNU del Poder Ejecutivo Nacional 297/2020. Pero esta subordinación no es automática sino que debe existir la privación específica en la norma de emergencia, tal como se establece, por ejemplo, con el derecho a la circulación en los considerandos del mentado decreto: "En efecto, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) recoge en su Artículo 12 Inc. 1 el derecho a "... circular libremente...", y el artículo 12.3 establece que el ejercicio de los derechos por él consagrados "no podrá ser objeto de restricciones a no ser que éstas se encuentren previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la

salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto..."

III. Conclusiones

No es trasladable "per se" la calificación administrativa de actividades y servicios esenciales en la emergencia, con el concepto jurídico laboral de servicios esenciales que admiten limitación en el derecho de huelga.

Deben contemplarse las limitaciones y/o restricciones en actividades que pongan en peligro la vida o la salud de todo o parte de la población.

Es que el recurso a la huelga puede tener justamente como objetivo la preservación de los mentados derechos humanos que el Estado pretende garantizar en la emergencia, como sería el caso de una empresa de servicios esenciales que no provea de material apto para el trabajo en la pandemia.

La mediación estatal no debe ingresar dentro de los espacios de autonomía, sino arbitrar mecanismos que garanticen su propia existencia y desenvolvimiento. Se debe encontrar el delicado equilibrio para que la primera no sofoque a la segunda, contemplándose que no existe impedimento para soslayar la intervención de la Comisión de Garantías, aún con los inconvenientes operativos que pueden ser atemperados acudiendo a la tecnología.

Para que exista un límite al derecho de huelga debe seguirse el procedimiento establecido en el Decreto 262/2006, y debe ser declarado como esencial el servicio por la comisión, fundamentando, en el caso concreto, que la huelga afecta la salud de la población o parte de ella, con referencia clara a la norma de emergencia que prioriza el derecho a la salud y justifica la emergencia sanitaria, mediante una adecuada y razonable ponderación entre medios y fines.

La emergencia no suspende los mecanismos previstos en el artículo 24 de la Ley 25877 ni lo específicamente tratado en el Decreto 262/2006.

La comisión tiene la facultad de establecer cuándo una huelga afecta a un servicio esencial, y la potestad de extender la enumeración taxativa en un caso específico que se somete a su consideración.

En el plexo normativo que rige durante la pandemia se encuentran plenamente vigentes los derechos fundamentales consagrados por la Constitución Nacional. Las normas reglamentarias del derecho de huelga se limitan al mencionado artículo 24 de la Ley 25877 y su decreto reglamentario, siendo aplicables la Ley 14786 y normas provinciales equivalentes respecto de la conciliación obligatoria.

Las actividades y servicios no esenciales van modificándose en la medida de las necesidades y la evolución de la pandemia. De hecho, muchos fueron agregados al listado original por la Decisión Administrativa 429/2020 del Jefe de Gabinete.

El poder público que regula medidas sanitarias es en principio el Poder Ejecutivo Nacional, pero por efecto del Decreto 408/2020 se descentralizaron ciertas facultades en las autoridades provinciales y municipales. Asimismo, la pandemia no se extendió en todo el país con igual intensidad.

Podemos afirmar que la situación de emergencia sanitaria no es homogénea debido a que sus efectos se acrecientan en espacios de mucha concentración poblacional.

Creemos entonces la interpretación que compatibiliza la emergencia sanitaria con el derecho fundamental de huelga -en el marco de la Constitución, los Tratados Internacionales y el Convenio 87- es la continuidad de la Comisión de Garantías como órgano independiente, ajustando su composición a los lineamientos del Decreto 262/2006, para que en cada caso concreto de acuerdo al espacio geográfico, modalidades de ejecución y efectos de la medida de fuerza, evalúe la condición de esencialidad en los términos de las normas vigentes, incluidas las de la emergencia sanitaria.

Debe la nombrada comisión ser la autoridad de aplicación en tales supuestos, contemplando expresamente cuál es el estado de la pandemia en el espacio donde se lleva adelante la huelga, y si esta afecta el aislamiento social y pone en peligro la salud de la población, o parte de ella.

La atención del sistema debe centrarse en los trabajadores como sus principales actores, sujetos de preferente tutela[18] -no como objetos ni herramientas de producción, ni su actividad una mercancía- brindando protección real en la dinámica de la compleja coyuntura, para poder prestar eficientemente el servicio esencial dentro del Estado social de derecho.

Los derechos humanos laborales no pueden quedar a merced de una visión verticalista estatal. La emergencia no desestructura la protección constitucional de quien prestando su trabajo *"no da ningún objeto patrimonial, sino que se da a sí mismo"*[19].

La coyuntura con origen en la pandemia no justifica una visión totalitaria en las relaciones entre el Estado y los actores sociales, que subordine las fuerzas productivas con nota de imperatividad, sin contemplación de las personas que trabajan.

Dentro de un sistema sindical que se codea constantemente con un engranaje de contornos estatistas, de cuyas vinculaciones carnales en no pocas ocasiones termina dependiendo su funcionamiento y hasta su propia existencia, no caben limitaciones verticalistas a la *"creación espontánea de un poder social por parte de los trabajadores"*[20], reduciendo sus posibilidades reales de expresión activa sin contemplar su verdadera confrontación con el interés general.

Siendo que la libertad sindical no está en cuarentena[21], antes que desactivar la huelga deben instrumentarse mecanismos de diálogo social y negociación colectiva que contemplen no sólo la representación formal, sino la representatividad real de los actores sociales, como mecanismo de atenuación de la creciente conflictividad y la tensión que ello genera.

[1]

Kahn - Freund, Otto, Trabajo y Derecho, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1987, Introducción de José M. Galiana, página 52.

[2]

OIT: Recomendación sobre el empleo y el trabajo decente para la paz y la resiliencia, 2017 (núm. 205), artículo 2, a).

[3]

Preámbulo y párrafos 7, b), y 43 de la Recomendación sobre el empleo y el trabajo decente para la paz y la resiliencia, 2017 (núm. 205). Las normas de la OIT y el COVID-19 (coronavirus). Preguntas frecuentes Disposiciones fundamentales de las normas internacionales del trabajo pertinentes en el contexto del brote de COVID-19.

[4]

Ermida Uriarte, Oscar, "La flexibilización de la huelga", Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1ª edición, septiembre de 1999, página 54.

[5]

Tribuzio, José, "Nueva reglamentación del derecho de huelga en los servicios esenciales", DT 2006-A, 711, página 70.

[6]

Gernigon, Bernard, Odero, Alberto y Guido, Horacio, "Principios de la OIT sobre el derecho de huelga", Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, Año 2000, página 23.

[7]

OIT, "Libertad sindical y negociación colectiva. Estudio general de las memorias sobre el Convenio (núm. 87) sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948, y el Convenio (núm. 98) el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949", Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Informe III (Parte 4B) a la 81ª CIT (1994), Ginebra, pp. 76/7, párr. 161/2.

[8]

Valdes Dal Re, Fernando, Servicios esenciales y servicios mínimos en la función pública, en RL, 1986 II, pp. 128/9.

[9]

OIT, "La libertad Sindical" Recopilación del Comité de Libertad Sindical, Cuarta Edición Revisada, 1996, párrafo 526.

[10]

García, Héctor Omar, en Tratado de Derecho del Trabajo, Tomo VIII, Relaciones Colectivas de Trabajo - II, Mario. E Akerman, Director, página 805.

[11]

Triburzio, José E., La Huelga en los Servicios Esenciales, página 18: "Tal como ha quedado expuesto supra, el derecho de huelga integra el elenco de derechos fundamentales, por consiguiente, expresa también el interés general a través de la reivindicación que contiene el interés social, dinámico y colectivo que lo anima".

[12]

Ermida Uriarte, Oscar, ob. cit., páginas 47/48. [13]

Baylos Antonio, Baylos, Antonio, ¿Se puede convocar una huelga durante el estado de alarma? <https://www.nuevatribuna.es/articulo/actualidad/trabajo-laboral-coronavirus-huelga-estadodealarma/20200326165602172689.htm>.

[14]

OIT. Conferencia Internacional del Trabajo, 101 Reunión, 2012. Dar un rostro humano a la globalización. Informe III), Parte 1B), párrafo 140. [15]

Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical. Sexta edición, 2018, Párrafo 825.

[16]

Procurador Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dr. Víctor Abramovich. Fecha: 24/05/17. Autos: "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", Expte. N° 2854/2015.

[17]

Ferrajoli, Luigi, Derechos y Garantías, La ley del más débil, Ediciones Trotta, Madrid, página 54.

[18]

CSJN, "Aquino" (Fallos: 327:3753), considerando 3.



[19]

Sinzheimer, Hugo, "La esencia del Derecho del Trabajo" (1927), Crisis económica y Derecho del Trabajo. MTSS, IELSS, Madrid, página 73.

[20]

Kahn - Freund, Otto, ob. cit., página 54. **[21]**

Arese, César, La libertad sindical no está en cuarentena, www.rubinzalonline.com.ar, RC D 1677/2020.