

La regulación de la huelga en los servicios esenciales

Compatibilización entre límites y garantías al ejercicio del derecho*

Por Héctor Omar García

Sumario: I. Introducción: precisión en torno a la instrumentalidad jurídica del concepto de servicios esenciales. II. Distinción entre servicios esenciales, servicios públicos y función pública; II.1. La tutela de los bienes e intereses fundamentales de las personas como idea distintiva de los servicios esenciales. III. El “relativismo comparado” de la noción de servicios esenciales y la definición de la OIT; III.1. Los servicios esenciales en el Derecho comparado: a) Italia, b) España, c) Francia, d) Alemania, e) Reino Unido, f) EE.UU., g) México, h) Brasil, i) Chile, j) Paraguay, k) Uruguay. IV. La determinación jurídica de los servicios esenciales; IV.1. Problemática en torno a la fuente de la determinación; IV.2. Las técnicas de determinación de los servicios esenciales; IV.2.1. La *definición* de servicios esenciales; IV.2.2. La *enumeración* de actividades consideradas servicios esenciales; IV.2.3. La *delegación*. V. Las excepciones: V.1. Los denominados servicios esenciales “por extensión”; V.2. El “servicio público de importancia trascendental”: V.2.1. Concepto y efectos; V.2.2. El origen del concepto: el caso “UTA”; V.2.3. La calificación de “servicio público de importancia trascendental”: sujeción de la Comisión de Garantías a los criterios de los órganos de la OIT. VI. Los servicios mínimos: VI.1. Concepto y distinciones entre servicios mínimos *de funcionamiento*, *de mantenimiento* y *de seguridad*; VI.1.1. El principio de proporcionalidad; VI.2. Distinción entre “servicios” mínimos y “guardias” mínimas; VI.3. El establecimiento de los servicios mínimos: VI.3.1. La autorregulación como regla general; VI.3.2. La experiencia italiana, desde la autorregulación a la legislación con participación sindical: a) *La autorregulación durante los años ochenta*, b) *Las atribuciones de la Commissione di Garanzia*. VII. Los servicios mínimos en la reglamentación (el decreto 272/06); VII.1. Naturaleza e integración de la Comisión de Garantías; VII.2. Funciones y facultades de la Comisión de Garantías: a) *Función normativa*, b) *Función arbitral*: b.1) *Caracterización de la competencia de la Comisión de Garantías*, b.2) *Improcedencia de la revisión de los servicios acordados por la partes*, b.3) *Irrecurribilidad de los laudos de la Comisión de Garantías*, b.4) *Vigencia del límite máximo del 50% del servicio*, c) *Función consultiva*, d) *Función instrumental*. VIII. Epílogo.

I. Introducción: precisión en torno a la instrumentalidad jurídica del concepto de servicios esenciales

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

* El presente trabajo se realizó sobre la base de dos anteriores: la ponencia presentada en el “XVI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, organizado por la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social y su filial Córdoba, celebrado en dicha ciudad el 1º y 2 de junio de 2006; y el artículo titulado “*Estado y sindicatos en la regulación infraconstitucional del derecho de huelga*”, que integra el segundo proyecto editorial del GRUPO ARGENTINO-URUGUAYO DE JÓVENES PROFESORES DE DERECHO DEL TRABAJO (MUGNOLO, Juan Pablo y CASTELLO, Alejandro, coordinadores) en proceso de publicación.

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.

El concepto de servicios esenciales que interesa en el Derecho del Trabajo es exclusivamente el que describe el ámbito en el que el ejercicio del derecho de huelga experimenta una regulación adicional y específica de carácter restrictivo¹. Por lo tanto, no son aplicables, a dicho objeto, las posibles nociones y categorizaciones de servicios esenciales extraídas de otras áreas jurídicas, como por ejemplo, el Derecho Administrativo, el Derecho Civil e incluso el Derecho Constitucional², ya que, si bien se trata de conceptos vinculados, son diferentes³.

La distinción se visualiza con mayor nitidez observando el ordenamiento constitucional español. La Constitución Española contempla ambos significados de servicios esenciales en dos artículos diferentes que instrumentan finalidades también diferentes (arts. 28.2 y 128.2, CE). Mientras el art. 28.2 protege los intereses de los usuarios afectados por el ejercicio del derecho de huelga, el art. 128.2 intenta proveer al Estado de ciertas herramientas de intervención en la economía de mercado⁴. Ello no obsta a que exista, entre ambos conceptos o significados, una relación de género a especie, en tanto gran parte de los servicios esenciales del art. 28.2 de la CE pueden ser considerados igualmente esenciales a los efectos del más abarcativo art. 128.2. La doctrina española ha precisado que el término “esencial” del art. 128.2, CE, es sinónimo de utilidad pública o general, pero no necesariamente implica *esencialidad* en los términos del art. 28.2 de la misma Constitución⁵.

De otro modo, se podría plantear válidamente el camino inverso que implicaría tomar en cuenta la *esencialidad* de estos servicios no sólo para recortar el ejercicio del derecho de huelga, sino para asegurar la exigibilidad del goce de los mismos desde toda perspectiva jurídica y por todo ciudadano, aun aquellos que integran los sectores carenciados o postergados de la población.

II. Distinción entre servicios esenciales, servicios públicos y función pública

Tampoco es admisible extender la calificación de servicios esenciales a todos los servicios públicos, en tanto el concepto de servicios esenciales tiene un significado más preciso —además de propiamente laboral, como se ha señaló precedentemente—, en la

¹ Cfr. VIVERO SERRANO, Juan Bautista, “*La Huelga en los Servicios Esenciales*”, Editorial Lex Nova, 1ª edición, Valladolid, 2002, p. 130.

² Intento que se evidencia, v. gr., en CASSAGNE, Juan C., “*La huelga en los servicios esenciales*”, Civitas, Madrid, 1993, cuyo enfoque presupone una suerte de *choque* entre los Derechos del Trabajo y Administrativo (cfr., como ejemplo, la página 50 de la obra citada).

³ Cfr. VIVERO SERRANO, J. B., “*La huelga...*”, cit., p. 113.

⁴ *Ibidem*.

⁵ Esta autora distingue diferentes grados de esencialidad, correspondiendo el máximo al art. 28.2, por su conexión directa con los derechos fundamentales. Cfr. CHINCHILLA MARÍN, C., “*La radiotelevisión como servicio público esencial*”, Tecnos, Madrid, 1988, pp. 94/101, cit. por VIVERO SERRANO, J. B., op. cit., pp. 113/4.

medida que se utilice a los efectos de establecer una regulación especialmente restrictiva del ejercicio del derecho de huelga.

Algunas opiniones, como la de Néstor Corte en Argentina, llegan a cuestionar —a mi juicio, con acierto— la clasificación del concepto de servicios esenciales como especie del género servicios públicos. Este autor observa —con apoyo en Ojeda Avilés— que existen actividades *privadas* que configuran servicios esenciales⁶.

Sin perjuicio de tal precisión y separación entre los conceptos de servicios esenciales y servicios públicos, la noción de servicio público puede ser utilizada, en diversos ordenamientos, como un “criterio diferenciador”⁷ o justificador de una regulación también restrictiva del ejercicio del derecho de huelga —como ocurre, por ejemplo, en Francia— o, eventualmente, de su inclusión directa dentro de la categoría de servicios esenciales —como es el caso de España.

Por otra parte, convendría formular algunas aclaraciones y precisiones, en tanto que también la Organización Internacional del Trabajo (OIT) establece distinciones entre la huelga que afecta a los servicios esenciales y la que involucra a la “función pública”, no obstante que para el significado estricto de ambos conceptos admite el sometimiento del ejercicio del derecho a restricciones.

En primer lugar cabe decir que las restricciones que admiten los órganos de control de normas de la OIT pesan sobre la huelga ejercida por los “funcionarios públicos”, entendiendo por tales, no los empleados de la administración ni los afectados a la prestación de servicios públicos, sino aquellos que actúan como “*órganos del poder público*” o que “*ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado*”⁸.

En diversas oportunidades, el Comité de Libertad Sindical deslindó los efectos del concepto estricto de “función pública” y de la noción abarcativa de “empleo público”, estableciendo prevenciones en el sentido de que “*una definición demasiado detallada del concepto de funcionario público podría tener como resultado una restricción muy amplia, e incluso una prohibición del derecho de huelga de esos trabajadores*”⁹, y recomendando que: “*Los ‘empleados públicos’ (...) deberían poder negociar convenciones colectivas (...) e incluso disfrutar del derecho de huelga en la medida en que la interrupción de los servicios que prestan no pongan en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población*”.

⁶ CORTE, Néstor T. “*Regulación de la huelga en los servicios esenciales*”, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 1991, pp. 113/4. Por su parte, Ojeda Avilés —citando a su vez a Suárez González— ejemplifica que una huelga de panaderos es más grave para el mantenimiento de esos servicios que una huelga en el Ministerio de Cultura. Cfr. OJEDA AVILÉS, Antonio, “*Derecho Sindical*”, 7ª edic., Tecnos, Madrid, 1995, p. 481.

⁷ Cfr. BAYLOS GRAU, Antonio, “*Derecho de huelga y servicios esenciales*”, 2ª edic. revisada, Tecnos, Madrid, 1988, pp. 27 y 88/109.

⁸ OIT, “*La Libertad Sindical – Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*”, 4ta edición (revisada), Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1996, p. 121, párr. 534, 536 y 537.

⁹ OIT-CLS, recopilación cit., párr. 535.

En síntesis, el “criterio diferenciador subjetivo” de *función pública*, sólo es tomado en cuenta por los órganos de control de la OIT para restringir el ejercicio del derecho de huelga a quienes ejercen funciones de la autoridad en nombre del Estado (conclusión tan simple y obvia como que sería impensable una huelga de Ministros), pero de ningún modo implica que los empleados públicos no puedan ejercer el derecho de huelga en “condiciones de normalidad” ni que en la huelga en los servicios públicos resulten admisibles las mismas restricciones que afectan a la que se ejerza en los servicios esenciales mientras no se trate de servicios esenciales “en el sentido estricto del término”.

Un comentario adicional merece la huelga ejercida por miembros de las fuerzas armadas y de seguridad, con respecto a los cuales el Comité relativizó la posibilidad de su inclusión o exclusión de la aplicación del Convenio n° 87 de la OIT, sobre la libertad sindical, atendiendo a que en virtud del texto del artículo 9.1 de dicho Convenio, “*no cabe duda de que la Conferencia Internacional del Trabajo tuvo intención de dejar que cada Estado juzgue en qué medida considera oportuno acordar a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía los derechos previstos en el Convenio, o sea, implícitamente, que los Estados que hubieren ratificado el Convenio no están obligados a reconocer los derechos mencionados a esas categorías de personas.*” (145° Informe, caso n° 778, párr. 19, y 278° Informe, caso n° 1536, párr. 33)¹⁰. Asimismo, precisó que: “*Los miembros de las fuerzas armadas que podrían ser excluidos de la aplicación del Convenio núm. 87 deberían ser definidos de manera restrictiva*” (238° Informe, caso n° 1279, párr. 137).

Si en lugar de los “miembros” de estas fuerzas, se trata de su personal civil, éste se encuentra comprendido dentro de los convenios que tutelan el derecho de sindicalización y de libertad sindical, al igual que los demás trabajadores del sector público y con las consecuencias señaladas para estos “empleados-no funcionarios”, como surge también de la propia jurisprudencia del Comité: “*Los trabajadores civiles de los establecimientos manufactureros de las fuerzas armadas deben tener el derecho de constituir, sin autorización previa, las organizaciones que estimen convenientes, de conformidad con el Convenio n° 87*” (238° Informe, caso n° 1279, párr. 140, a)).

II.1. La tutela de los bienes e intereses fundamentales de las personas como idea distintiva de los servicios esenciales

Entre los diversos criterios utilizados para justificar la sustracción de las huelgas en los servicios esenciales¹¹ de la garantía jurídica que recibe este derecho en su regulación inespecífica, seguramente el que demuestra mayor grado de objetividad y menor desconfianza es el que atiende a los bienes e intereses de la persona humana o del conjunto de la población.

En esta tendencia, más moderna que la que pone el acento en la *continuidad* y en el carácter público de los servicios —afincada de algún modo en las ideas de soberanía y de la pretendida superioridad de los intereses del Estado, sostenida por la Escuela de

¹⁰ Cfr. OIT-CLS, recopilación cit., párr. 219 y 220.

¹¹ Cfr. BAYLOS GRAU, A., “Derecho...”, cit., p. 121.

Burdeos¹²— se enmarcan el concepto de los órganos técnicos jurídicos de la OIT —que se desarrolla más abajo— y el ordenamiento jurídico italiano, que define a los servicios esenciales en función del goce de los derechos constitucionalmente tutelados de la persona, con prescindencia de la naturaleza jurídica de la prestación de trabajo y de su ejecución a través de sujetos públicos o privados¹³.

Ambos sistemas han sido tomados como referencia por la última regulación legal y reglamentaria vigente en la Argentina¹⁴.

III. El “relativismo comparado” de la noción de servicios esenciales y la definición de la OIT

Según ha descripto con eficacia Fernando Valdés, la noción de servicios esenciales no comporta un concepto ontológico sino valorativo¹⁵. Ello en razón de que el contenido y alcance del concepto de servicios esenciales varía en función de las distintas realidades que los ordenamientos jurídicos pretendan regular y de los bienes jurídicos cuya tutela resulte prioritaria para aquéllos.

Esta suerte de *relativismo comparado* del concepto de servicios esenciales no ha quedado al margen de la doctrina de los órganos de control de la OIT. El Comité de Libertad Sindical ha expresado en reiteradas oportunidades que “*lo que se entiende por servicios esenciales en el sentido estricto de la palabra depende en gran medida de las condiciones propias de cada país*”¹⁶ (265º Informe, caso nº 1438, párrafo nº 398).

Sin embargo, ello no implica que resulte imposible arribar a un concepto de alcance universal de servicios esenciales, a efectos de lo cual conviene establecer dos precisiones:

a) la relatividad del concepto tiene sentido cuando se habla de servicios esenciales desde la perspectiva del derecho comparado, por lo cual no debe inferirse la imposibilidad de determinar, dentro de un sistema jurídico dado, los servicios esenciales en base a criterios objetivos y con ciertas dosis de seguridad jurídica¹⁷; y

b) desde la perspectiva que encuentra justificación a una regulación específica y restrictiva del derecho de huelga en el imprescindible resguardo de otros bienes e

¹² Conforme señala Baylos, a esta escuela, cuyo más reconocido exponente fue Leon Duguit y tuvo gran influencia durante el primer cuarto del siglo XX, se debe la primera configuración sistemática del servicio público como concepto capital en la teoría del Estado y en la ciencia administrativa. Cfr. BAYLOS GRAU, A., “Derecho...”, cit., pp. 88/9.

¹³ Cfr. VALLEBONA, Antonio, “*Breviario di Diritto del Lavoro*”, seconda edizione, G. Giappichelli Editore, Torino, 2003, pp. 144/5.

¹⁴ Véase un desarrollo de estas influencias y los antecedentes de la actual regulación de la huelga en Argentina, en mi trabajo “*Estado y sindicatos en la regulación infraconstitucional del derecho de huelga*”, citado en la nota preliminar.

¹⁵ VALDÉS DAL-RE, Fernando, “*Servicios esenciales y servicios mínimos en la función pública*”, RL, 1986 II, pp.128/9.

¹⁶ Cfr. OIT-CLS, recopilación cit., párr. 541.

¹⁷ Cfr. VIVERO SERRANO, J. B., “*La huelga...*”, cit., p. 115.

intereses fundamentales de la persona y del conjunto de la población, es posible acordar la existencia de un núcleo duro de derechos prioritarios o vitales, sin los cuales sería inconcebible la existencia humana en toda sociedad y cuyo descuido o preterición no serían admisibles en ningún ordenamiento jurídico, cualesquiera fueran las circunstancias. Al momento de enumerar esos derechos, existe acuerdo generalizado en torno a tres: la vida, la seguridad y la salud de la población.

De tal modo, los órganos técnico-normativos de la OIT fueron efectuando, a lo largo de los años, sucesivas distinciones y precisiones al concepto de servicios esenciales, a través de las cuales construyeron una definición “*en sentido estricto*” de los mismos, que rescata la esencia de los servicios cuya prestación resulta imprescindible, no en atención a la naturaleza de las actividades en sí mismas sino con miras a la salvaguarda de los más caros bienes jurídicos personales y las condiciones de existencia de la población, en presencia de los cuales la huelga podría llegar a ser objeto de severas restricciones o incluso de prohibición¹⁸.

Por ello, aun asumiendo la imposibilidad de hacer abstracción de las particularidades y tradiciones jurídicas y sociales de cada país, la Comisión de Expertos de la OIT trató de establecer criterios “relativamente uniformes” que permitieran determinar la compatibilidad de las diferentes legislaciones con lo dispuesto en el Convenio n° 87¹⁹. Sin perjuicio de considerar un esfuerzo vano la elaboración a priori de un listado exhaustivo y abarcativo de todos los supuestos, la Comisión arribó, en 1983, a una definición de servicios esenciales que ha trascendido al tiempo y las fronteras de los ordenamientos jurídicos nacionales. Esta definición —adoptada, poco tiempo después, por el Comité de Libertad Sindical— considera esenciales en el “*sentido estricto del término*” a “*los servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población*”²⁰.

Tampoco es posible soslayar que, en la medida de que el derecho de huelga representa una de las manifestaciones naturales del derecho de libertad sindical, el Convenio n° 87 y la “jurisprudencia” de los órganos de control de la aplicación de normas de la OIT —la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones y el Comité de Libertad Sindical— constituyen puntos de referencia universal insoslayable a fin de precisar el contenido y alcance del concepto de servicios esenciales, así como de las restricciones al derecho de huelga derivadas del mismo que puedan considerarse admisibles y las garantías compensatorias de tales restricciones.

¹⁸ Cfr. GERNIGON, Bernard, ODERO, Alberto y GUIDO, Horacio, “*Principios de la OIT sobre el derecho de huelga*”, Revista internacional del Trabajo, vol. 117 (1998), núm. 4, p. 482

¹⁹ Ibidem.

²⁰ Cfr. OIT, 1983b, “*Libertad sindical y negociación colectiva*”, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, informe III (parte 4B) a la 69ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (1983), Ginebra, párr. 214. El Comité ha justificado también la restricción total del ejercicio del derecho de huelga en la hipótesis más excepcional aún de « *crisis nacional aguda* ». Cfr. GERNIGON, B., ODERO, A. y GUIDO, H., “*Principios...*”, cit., p. 482; también HODGES-AEBERHARD, Jane et ODERO DE DIOS, Alberto, “*Les principes du Comité de la liberté syndicale relatifs aux grèves*”, Revue internationale du Travail, 1987, vol. 126, N° 5, BIT, Genève, p. 620.

Así es que la doctrina de los órganos de control normativo de la OIT no se ha limitado a definir los servicios esenciales en el sentido estricto del término, sino que ha podido también determinar un listado de actividades calificadas como tales, y asimismo, como contrapartida, excluir otras actividades de esa calificación. Según el Comité de Libertad Sindical, pueden ser considerados servicios esenciales en sentido estricto: *“el sector hospitalario; los servicios de electricidad; los servicios de abastecimiento de agua; los servicios telefónicos; el control de tráfico aéreo”*²¹.

El mismo Comité ha considerado, en cambio, que en general no constituyen servicios esenciales en el sentido estricto del término: *“la radio-televisión; los sectores del petróleo y de los puertos (carga y descarga); los bancos; los servicios de informática para la recaudación de aranceles e impuestos; los grandes almacenes y los parques de atracciones; la metalurgia y el conjunto del sector minero; los transportes en general; las empresas frigoríficas; los servicios de hotelería; la construcción; la fabricación de automóviles; la reparación de aeronaves; las actividades agrícolas; el abastecimiento y la distribución de productos alimentarios; la Casa de la Moneda; la Agencia Gráfica del Estado y los monopolios estatales del alcohol de la sal y del tabaco; el sector de la educación; los transportes metropolitanos; y los servicios de correos”*²².

Si bien ambos listados, como se ha señalado²³, no son exhaustivos, debe tenerse presente que la doctrina de los órganos de control de la OIT, a lo largo de los años, no ha agregado actividades a la categoría de servicios esenciales en el sentido estricto, librando la posibilidad de limitación total del derecho de huelga a eventualidades excepcionales como los supuestos de *“golpe de estado”* y *“crisis nacional aguda”*²⁴ o las ya comentadas hipótesis de prohibición a los funcionarios que ejercen funciones de autoridad en representación del Estado y a los miembros de las fuerzas armadas y de seguridad.

Con respecto a ciertas actividades, será necesario hacer algunas precisiones, en la medida que los órganos de control de la OIT, no obstante excluirlas del concepto de servicios esenciales —por lo que no consienten la limitación absoluta del derecho de huelga—, les han reconocido relevancia tal que justifica la necesidad de asegurar la prestación de servicios mínimos durante la ejecución de la huelga.

III.1. Los servicios esenciales en el Derecho comparado

No todos los ordenamientos jurídicos cuentan con una definición de servicios esenciales plasmada en su legislación específica. En algunos casos, ante la ausencia de un

²¹ OIT-CLS, recopilación cit., párr. 544. Cfr., asimismo, GERNIGON, B., ODERO, H. y GUIDO, H., *“Principios...”*, cit., p. 482.

²² OIT-CLS, recopilación cit., párr. 545.

²³ Cfr. GERNIGON, B., ODERO, H. y GUIDO, H., *“Principios...”*, cit. p. 482/3.

²⁴ Cfr. OIT-CLS, recopilación cit., párr. 527/30. Cfr. también los comentarios de Aquino al concepto del Comité, en AQUINO, Marcelo, *“La regulación de la huelga en los servicios esenciales”*, ponencia presentada en las “XII Jornadas Rioplatenses de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social y su filial Córdoba, 4/5 de mayo de 2001, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2001, pp. 270/1.

concepto legal, la jurisprudencia ha asumido su elaboración —como ha ocurrido, por ejemplo, en España y originariamente en Italia.

Describiré brevemente a continuación, la situación en algunos regímenes.

a) Italia

La definición italiana de servicios esenciales comienza a ser elaborada trabajosamente por la jurisprudencia de la Corte Constitucional desde fines de los años cincuenta hasta la década de 1980, para cubrir la falta del dictado de la ley programada por el art. 40 de la Constitución de 1947 y superar la problemática vigencia de los artículos 330, 333 y 340 del Código Penal fascista de Rocco, de 1930, que condenaban la abstención de tareas individual y colectiva en los servicios públicos²⁵.

La doctrina de la Corte italiana introdujo una distinción entre “servicios públicos” y “servicios públicos esenciales”, definiendo a estos últimos en función del “*interés general preeminente de los usuarios*”. La huelga en estos servicios era admisible, según la Corte, sólo si no causaba perjuicio a estos intereses, por lo que podía ser ejercida si la ley o, en su ausencia, la autorregulación sindical, habían previsto reglas destinadas a garantizar el funcionamiento mínimo del servicio, es decir, “*las prestaciones indispensables*” para asegurar una eficiencia del servicio, suficiente para salvaguardar los intereses generales preeminentes de los usuarios²⁶.

El proceso de construcción de la definición jurídica de los servicios esenciales — que incluye la experiencia de la autorregulación sindical durante los años ochenta²⁷, tema sobre el que volveré más abajo— culmina con la ley del 12 de junio de 1990, n° 146/90 (modificada a los diez años de su vigencia por ley n° 83/2000), en cuyo art. 1, inciso 1, “*se consideran servicios públicos esenciales, independientemente de la naturaleza jurídica de la prestación de trabajo, y aun cuando se desarrollen en régimen de concesión o convenio, aquellos destinados a garantizar el disfrute de los derechos de la persona, constitucionalmente tutelados, a la vida, a la salud, a la libertad y a la seguridad, a la libertad de circulación, a la asistencia y seguridad social, a la educación y a la libertad de comunicación*”. Esta enumeración tiene carácter taxativo.

A continuación, el inciso 2 del mismo artículo 1 del régimen vigente, desarrolla una amplia enumeración de actividades que considera, con carácter no taxativo, comprendidas en la calificación de servicios esenciales, lo cual ha dado lugar a que la *Comisión de Garantías* efectuara una interpretación extensiva de dicha categorización, cosa que —adelanto— no sería posible en el ordenamiento argentino, en tanto el segundo párrafo del artículo 24 de la ley 25.877 enumera en forma exhaustiva las actividades que considera servicios esenciales y ajusta las posibles excepciones en función de hipótesis determinadas y circunstancias precisas.

²⁵ Cfr. BALLESTRERO, Maria Vittoria, “*Diritto Sindacale – Lezioni*”, G. Giappichelli Editore, Torino, 2004, pp. 314/18.

²⁶ Cfr. BALLESTRERO, M. V., “*Diritto ...*”, cit., p. 315.

²⁷ Cfr. BIAGI, Marco (continuato da Michele TIRABOSCHI), “*Istituzioni di Diritto del Lavoro*”, Giuffrè Editore, Milano, 2003, p. 434; BALLESTRERO, M. V., “*Diritto ...*”, cit., p. 316.

b) España

En España, la construcción del concepto de servicios esenciales tampoco está exenta de complejidad. La Constitución Española de 1978, en su art. 28.2, otorga rango fundamental al “*derecho de huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses*”, con el único límite de que se establezcan —mediante una ley ulterior— “*las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad*”, sin dar precisiones respecto del sentido y alcance de este concepto.

El fracasado intento de sancionar la ley que diera cumplimiento al mandato constitucional, avivó el debate sobre la validez del real decreto-ley sobre relaciones de trabajo del 4 de marzo de 1977 —es decir, de la etapa de transición previa a la Constitución de 1978—, y abrió márgenes a la intervención del Tribunal Constitucional (TC). En la célebre sentencia del 8/04/81 (STC 11/1981), el TC, llevando a cabo una “complicada acomodación del decreto preconstitucional a las exigencias postconstitucionales”²⁸, aplicó la técnica denominada por Rentero “de la constitucionalidad condicionada”, salvando la vigencia diferida del decreto siempre que el mismo se interprete de determinada manera, compatible con la garantía constitucional del derecho de huelga como derecho fundamental²⁹. A pesar de que la idea de servicios esenciales carecía de tradición jurídica en España, el TC no tuvo que acometer la tarea desde la nada. Tuvo en cuenta los antecedentes en el Derecho comparado y el Derecho Internacional, siendo seguramente los más influyentes la jurisprudencia del Comité de Libertad Sindical de la OIT y la experiencia del sistema italiano³⁰.

Poco tiempo después de la mencionada STC 11/1981, el TC encara la definición de servicios esenciales en la STC 26/1981, que resulta sintetizada por la doctrina y por el propio TC —en un pronunciamiento posterior: la STC 53/1981— como “aquellos que pretenden satisfacer derechos e intereses que son, a su vez, esenciales, y por tales debe entenderse los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos”. Luego, el mismo tribunal en la STC 51/1986, complementa este concepto, expresando que: “Al caracterizarse a estos servicios de manera no sustantiva, sino en atención al resultado por ellos perseguido, la consecuencia es que, *a priori*, no existe ningún tipo de actividad productiva que, por sí, pueda ser considerada como esencial”.

c) Francia

Para delimitar la zona de restricción al ejercicio del derecho de huelga, en Francia no se utiliza la noción de servicios esenciales, sino la de “servicios públicos”, que comprende a toda la Administración Pública y los servicios administrativos, sociales, industriales y comerciales, independientemente del tipo de gestión y de la relación

²⁸ Cfr. RENTERO JOVER, Jesús, “*El Comité de Huelga en el Derecho Español del Trabajo*”, CES, Madrid, 2002, p.55.

²⁹ RENTERO JOVER, J., “*El Comité...*”, cit., p. 56.

³⁰ Cfr. VIVERO SERRANO, “*La huelga...*”, cit., p. 121.

jurídica de sus empleados³¹. En tanto expresión e instrumento del interés general, el servicio público se manifiesta como una actividad intangible y toda alteración del mismo es considerado un inadmisibles atentado directo contra el Estado³².

El Párrafo 7 del Preámbulo de la Constitución francesa de 1946, declarado vigente por la Constitución de 1958, dispone que: “*El derecho de huelga se ejerce dentro del marco de las leyes que lo regulan*”. Luego, existe un régimen general aplicable a los funcionarios públicos —leyes del 13/07/1963 y del 30/07/1987— que establece la obligación de efectivizar un preaviso de 5 días con obligación de negociar durante ese plazo; y a través de un decreto del 8/07/1987 se exige el establecimiento de servicios mínimos a los sindicatos del transporte aéreo.

La jurisprudencia, por su parte, ha ido construyendo limitaciones conceptuales al ejercicio de este derecho, como los conceptos de *huelga ilícita* y de *huelga abusiva* y de *grave desorganización* de la empresa, en protección del interés general o del interés privado del sujeto afectado³³.

d) Alemania

En el ordenamiento jurídico germano, la huelga en los servicios esenciales tiene menor relieve que en otros países, debido a la prohibición absoluta del ejercicio de este derecho que pesa sobre la totalidad de los empleados públicos, los cuales, en gran parte trabajan en la prestación de servicios esenciales³⁴.

La huelga no está expresamente reconocida en el texto de la Ley Fundamental de Bonn, de 1949, aunque puede derivarse implícitamente de la libertad de coalición y de la autonomía colectiva, reconocidas en el art. 9.3 del mismo ordenamiento constitucional. En este artículo: “*Se garantiza a todos y a todas las profesiones el derecho a constituir asociaciones para la preservación y la mejora de las condiciones laborales y económicas. Serán nulos (nichtig) cualesquiera pactos que restrinjan este derecho o traten de obstaculizarlo e ilícitas (rethswidrig) cuantas medidas se propongan dicho fin. Las providencias que se adopten al amparo de los artículos 12 a), 35, párrafos 2 y 3; 87 a), párrafo 4, y 91 no podrán ir dirigidas contra acciones de lucha laboral que se desarrollen con vistas a la preservación y a la mejora de las condiciones de trabajo y de la economía por las asociaciones mencionadas en el inciso primero del presente párrafo.*”

La huelga es concebida como instrumento al servicio de las organizaciones sindicales para compensar la diferencia de poder entre las partes de la negociación. En función de ello, se la considera indisolublemente ligada al convenio colectivo, con predominio de la concepción de la huelga como “*ultima ratio*” y sujeta a la imposición del requisito de “proporcionalidad”. Conforme a este concepto de *proporcionalidad*, la ejercitación de la huelga se encuentra condicionada a que constituya: a) un medio *idóneo*

³¹ Cfr. VIVERO SERRANO, “*La huelga...*”, cit., p. 118.

³² Cfr. BAYLOS GRAU, A., “*Derecho de huelga...*”, cit., p. 89.

³³ Cfr. GARCÍA, H. O., “*Estado y sindicatos...*”, cit.

³⁴ Cfr. VIVERO SERRANO, J. B., “*La huelga...*”, cit, pp. 117/8.

con respecto al fin perseguido; b) *necesario*, en la medida que no existan otros recursos menos lesivos; y c) la modalidad elegida sea *adecuada*, en el sentido de no provocar un daño excesivo³⁵.

e) Reino Unido

El sistema británico carece tanto de una definición normativa como jurisprudencial de servicios esenciales, al igual que tampoco existe tratamiento jurídico uniforme de la huelga ejercida en dicho ámbito. Esto es quizás lo que determina que la doctrina utilice el concepto acuñado por la OIT.

Sin embargo, las restricciones aplicadas al derecho de huelga en general son tan importantes que el debate sobre las limitaciones específicas en el ámbito de los servicios esenciales carece de la relevancia que adquiere en otras experiencias³⁶.

Las restricciones al ejercicio de la huelga se potenciaron a partir de 1979, con el gobierno conservador de Margaret Thatcher y su denominada política “de penalización económica del sindicato”³⁷. Las “*Employment Acts*” de 1980 y 1982 y la “*Trade Unions Act*” de 1984 introdujeron importantes limitaciones a este derecho, cuya práctica quedó condicionada a motivos salariales y de condiciones de trabajo. En el sistema británico se excluye la huelga de solidaridad, en tanto la huelga es concebible como conflicto entre los trabajadores y su empleador, aunque se consideran “legales” las acciones de solidaridad con ocasión de huelgas, siempre que se trate de piquetes no violentos para incitar la adhesión de trabajadores de una empresa que no sean parte en el conflicto. La normativa impone, además, numerosos requisitos formales para su convocatoria, con prescindencia de lo que establezcan los estatutos sindicales, como por ejemplo, la votación previa en cada centro de trabajo, teniendo validez separada la decisión adoptada colectivamente en cada uno de ellos³⁸.

Con todo, subsisten regulaciones como la “*Trade Union and Labor Relations Act*”, de 1974, que reconoce el derecho a permanecer en el lugar de trabajo y a realizar piquetes pacíficos³⁹, a la que se agrega la más reciente “*Employment Relations Act*”, del 27/6/99, que concede inmunidades a los huelguistas que participan en conflictos

³⁵ Cfr. MATÍA PRIM, Javier, “*El abuso del derecho de huelga. Ensayo sobre la regulación del derecho de huelga en el ordenamiento español*”, CES, Madrid, 1996, pp. 59/61.

³⁶ Cfr. VIVERO SERRANO, “*La huelga...*”, cit., p. 119, con cita de: MORRIS, G. S., “*Strike in essential services*”, Mansell, London, 1986 (y otras obras); SIMPSON, B., “Los conflictos colectivos en el sector público en Gran Bretaña: el marco de relaciones legales e industriales”, GS, 1991, n° 98, pp. 33; y FITZPATRICK, B., “*Regulación de la huelga en los servicios esenciales en el Reino Unido*”, DL, 1993, n° 41, pp. 73/101.; y GARCÍA, H. O., “*Estado y sindicatos...*”, citado.

³⁷ Cfr. ROJO TORRECILLA, Eduardo, “*Notas sobre la regulación jurídica del derecho de huelga en Europa*”, en VV.AA., *Ley de Huelga*, Instituto Sindical de Estudios – UGT, Madrid, 1993, p. 296, con cita de BAYLOS, Antonio y TERRADILLOS, Juan, “*Controles institucionales al ejercicio del derecho de huelga (análisis comparado de las experiencias británica y española)*”, Revista Española de Derecho del Trabajo, n° 28, 1987, p. 600. Cfr., asimismo, GARCÍA, H. O., “*Estado y sindicatos...*”, cit.

³⁸ Cfr. ROJO TORRECILLA, E., “*Notas...*”, cit., pp. 296/8; GARCÍA, H. O., “*Estado y sindicatos...*”, cit.

³⁹ Cfr. MANTERO ÁLVAREZ, Ricardo, “*Límites al derecho de huelga*”, Amalio M. Fernández, Montevideo, 1992, p. 199.

“oficiales”, con lo que parecería indicar el tránsito desde el sistema de la huelga-libertad al de la huelga-derecho.

f) EE.UU.

En los Estados Unidos de Norteamérica, se encuentra en discusión la tutela constitucional del derecho de huelga. Los EE.UU. tampoco han ratificado los convenios n° 87 y 98 de la OIT que tratan sobre los derechos de libertad sindical y de sindicalización. Por otra parte, en el sistema institucional norteamericano, el Derecho del Trabajo es competencia de los Estados confederados y, en caso de afectación de las relaciones interestatales, es competencia del Estado federal. En la bibliografía hispánica que aborda el tema, se destaca, como hitos histórico-normativos relevantes, la *National Labor Relations Act*, de 1935, conocida como *Ley Wagner*, y su enmienda de 1947, conocida como *Ley Taft-Hartley*.

La *Ley Wagner* es reconocida por la promoción del desarrollo de las organizaciones sindicales y la negociación colectiva, concentrada en el sindicato mayoritario. La sección 8 de esta ley prescribe el deber de negociar, cuyo incumplimiento configura el ilícito típico de *práctica desleal*. Por virtud de su normativa, las partes del convenio colectivo, no pueden recurrir a la huelga o al cierre patronal (*lock-out*) sin notificar a la otra, con una anticipación de 60 días, su propuesta de modificación a lo acordado. La *Ley Taft-Hartley* viene a reforzar el papel del convenio colectivo como instrumento de institucionalización y de estabilización de las relaciones laborales. Consecuentemente, con el fin de asegurar la paz social, instituye una “*acción por violación de un convenio entre empleador y sindicato (...) ante toda corte federal, sin importar el monto del litigio*”⁴⁰.

Con ese marco jurídico en gran medida incierto con respecto a la garantía constitucional y legal del ejercicio derecho de huelga, y en un contexto económico receloso de las interferencias en el desenvolvimiento de las actividades comerciales, productivas y del consumo, la restricción al derecho de huelga no necesita de la concurrencia de un concepto exógeno como el de servicios esenciales, máxime cuando la huelga puede ser declarada ilegal cualquiera sea la actividad.

Las huelgas pueden ser declaradas ilegales por los tribunales o por el Consejo Nacional de Relaciones Laborales. Entre las causas de la ilegalidad pueden primar tanto los objetivos perseguidos por la medida de conflicto (ej.: discriminación de ciertos trabajadores o contratación de trabajadores innecesarios) como las modalidades de su ejecución (ej.: huelgas o piquetes violentos). También se consideran ilegales las huelgas ejercidas durante el referido período de 60 días de conciliación, las parciales y las intermitentes. Los piquetes son admitidos, salvo casos de violencia, interpretada con criterio amplio (“*Thornhill vs. Alabama*”, 310 U.S. 88, 1940)⁴¹.

⁴⁰ Cfr. CEDROLLA SPREMOLLA, Gerardo, “*Ensayo sobre la paz social. Del conflicto a la paz laboral. Perspectivas teóricas y análisis comparativo internacional*”, 1ª edic., FCU, Montevideo, 1998, pp. 84/6.

⁴¹ Cfr. DOBARRO, Viviana M., “*El derecho de huelga en EE.UU.*”, en EQUIPO FEDERAL DEL TRABAJO (coordinador), “*Trabajo y conflicto – Estructura del conflicto – Conflicto laboral – Jurisprudencia – Derecho comparado*”, Librería Editora Platense, La Plata, 1999, pp. 692/708.

La acción sindical puede encontrar un factor de restricción adicional en la opinión pública, dado que una “huelga impopular” que genere el rechazo de la población puede afectar el poder del sindicato durante el conflicto. Tal como explica Dobarro, al momento de tomar la decisión de adoptar la medida, no sólo interesa la oposición del público en general sino también la de aquellos sectores de los que podrían obtener nuevos miembros⁴².

En relación con este factor y también por su influencia sobre la teoría de los servicios esenciales —no obstante la señalada irrelevancia de este concepto en el sistema norteamericano—, cabe traer a colación un resonante conflicto laboral que debió afrontar la gestión gubernamental de Ronald Reagan en 1982, generado por la organización profesional de controladores de tráfico aéreo (PATCO, por su sigla en inglés). Mientras el centro de atención estuvo en el stress de los controladores y la seguridad de los pasajeros, el público —relata la autora citada— se mostró comprensivo de la posición de los trabajadores; en cambio, cuando la información giró hacia aspectos económicos y trascendió la remuneración de los controladores, la opinión pública se volvió en contra del sindicato. Esto, sumado a la frontal oposición a la huelga de parte de otro sindicato más poderoso —la Asociación de Pilotos de Aerolíneas—, que franqueó las líneas del piquete del PATCO, refortaleció la posición del Gobierno⁴³ y selló el resultado del conflicto.

g) México

El artículo 123° de la Constitución Política Mexicana —piedra basal de la construcción del modelo jurídico-político denominado Estado Social de Derecho— abre el nuevo camino desde el reconocimiento de la huelga como acto de libertad hacia la consagración constitucional de la huelga como derecho⁴⁴. El citado artículo 123° establece, en su apartado XVII, que: “*Las leyes reconocerán como un derecho de los obreros y de los patrones, las huelgas y los paros*”; y en el apartado XVIII, el mismo artículo declara la licitud de las huelgas “*cuando tengan por objeto conseguir el equilibrio entre los diversos factores de la producción, armonizando los derechos del trabajo con los del capital...*”

El Derecho mexicano no contempla de manera expresa el tema de la huelga en los servicios esenciales⁴⁵. Pero ya en la mencionada norma temprana del Derecho Social universal⁴⁶, el citado apartado XVIII del art. 123° de la Constitución, hace referencia a los

⁴² DOBARRO, V. M., “*El derecho...*”, cit., p. 738.

⁴³ Ibidem.

⁴⁴ Conforme acota De Buen, “es evidente que en México el derecho de huelga es un derecho fundamental”. DE BUEN, Néstor, “*La huelga en México*”, en GRUPO DE LOS NUEVE (PASCO COSMÓPOLIS, Mario, coordinador), “*La Huelga en Iberoamérica*”, ed. Porrúa, México, 1996, p. 135. Puede verse una visión mexicana de la huelga como “derecho *sui generis* de presión legal”, en CLIMÉNT BELTRÁN, Juan B., “*Derecho Sindical*”, Esfinge, México, 1994, pp. 145/48.

⁴⁵ Cfr. DE BUEN, Néstor, “*La huelga...*”, cit., p. 171.

⁴⁶ Sobre los antecedentes de la Declaración de los Derechos Sociales de 1917 y el proceso de constitucionalización del Derecho Sindical en México, cfr.: LASTRA LASTRA, José Manuel, “*Derecho*

“servicios públicos”, estableciendo algunas mínimas pautas para la compatibilización de la continuidad de los mismos con el ejercicio del derecho de huelga. Cuando se trata de huelgas en dicho ámbito, la Constitución obliga a los trabajadores a “*dar aviso, con diez días de anticipación a la Junta de Conciliación y Arbitraje, de la fecha señalada para la suspensión del trabajo*”.

La Ley Federal del Trabajo, en su art. 925, “*entiende por servicios públicos los de comunicaciones y transportes, los de luz y energía eléctrica, los de limpia, los de aprovechamiento y distribución de aguas destinadas al servicio de las poblaciones, los de gas, los sanitarios, los de hospitales, los de cementerios y los de alimentación, cuando se refieran a artículos de primera necesidad, siempre que en este último caso se afecte alguna rama completa del servicio.*”

Salvo la ampliación del “plazo de prehuelga”, de 6 a 10 días —conforme al citado precepto constitucional— no hay otra limitación normativa al derecho de huelga en estos servicios⁴⁷.

h) Brasil

El artículo 9º de la Constitución brasileña garantiza a los trabajadores el derecho de huelga, delegando en el Poder Legislativo la determinación de las actividades esenciales y la regulación de las “*necesidades inaplazables de la comunidad*”. El art. 37 del ordenamiento constitucional discrimina el caso de los “*servidores públicos*”, a quienes sujeta su derecho de huelga a los términos y límites que defina la legislación. El art. 42, apartado 5º, por otra parte, prohíbe a los militares la sindicalización y la huelga.

El derecho de huelga se encuentra reglamentado por la ley n° 7.783, de 1989, que se refiere a su “*legítimo ejercicio*”. Impone, entre otras condiciones previas a la adopción de la medida, que la parte patronal debe ser notificada de la decisión con 48 horas de anticipación. Si afecta a los servicios esenciales, el preaviso se extiende a 72 horas y se debe también publicar en favor de los usuarios.

El art. 4º de la ley pone en cabeza de la “*entidad sindical*” el ejercicio del derecho de huelga, titularidad que corresponde a una asamblea general de trabajadores cuando aquélla no exista. Esta restricción, en principio contraria a la legitimidad que otorga la Constitución, parece haber sido saldada por la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia pacífica, que entienden por “*trabajadores*”, los prestadores de servicio con vínculo de empleo y aquellos que fueran equiparados legalmente con ellos, como los “*desempleados*”⁴⁸. El art. 7º prohíbe la rescisión de los contratos de trabajo y la contratación de trabajadores sustitutos, por parte del empleador.

El art. 9º obliga a mantener equipos de empleados en actividad con el propósito de asegurar la prestación de servicios cuya paralización determine un perjuicio irreparable

Sindical”, 3ª edic. actualizada, Porrúa, México, 1999, pp. 115/49; y SANTOS AZUELA, Héctor, “*El sindicalismo en México*”, Porrúa, México, 1994, pp. 72/83.

⁴⁷ Cfr. DE BUEN, Néstor, “*La huelga...*”, cit., p. 173.

⁴⁸ Cfr. GIGLIO, Wagner D., “*La huelga en Brasil*”, en GRUPO DE LOS NUEVE, “*La huelga en...*”, cit., pp. 31/2.

por el deterioro que produzca a bienes, máquinas y equipamientos y de aquellas cosas que resulten esenciales a fin de retomar las actividades.

El art. 10° contiene un amplio, pero taxativo, listado de las actividades esenciales: *“tratamiento y abastecimiento de agua; producción y distribución de energía eléctrica, gas y combustible; asistencia médica y hospitalaria; distribución y comercialización de medicamentos y alimentos; servicios funerarios; transporte colectivo; captación y tratamiento de aguas servidas y basura; telecomunicaciones; guarda, uso y control de sustancias radioactivas, equipamientos y material nuclear; procesamiento de datos ligados a servicios esenciales; control de tráfico aéreo; compensación bancaria”*.

En el art. 11 se exige tanto a los sindicatos como a los empleadores y a los trabajadores, que de común acuerdo garanticen los servicios indispensables para atender las necesidades que, no siendo atendidas, coloquen en peligro inminente la supervivencia, salud o seguridad de la población. En su defecto, conforme al art. 12, serán garantizados por el poder público⁴⁹.

i) Chile

El sistema chileno representa quizás el caso de menor garantía para el derecho de huelga y mayor intervencionismo gubernamental en América Latina. El art. 19.16 de la Constitución impide el ejercicio del derecho de huelga a los trabajadores *“que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, la economía del país, el abastecimiento de la población o la seguridad nacional”*⁵⁰.

La regulación restrictiva se desarrolla en la normativa legal. Conforme describe Marcelo Aquino, el Código del Trabajo regula el derecho de huelga en general y, en particular, el procedimiento a seguir en los casos de excepciones o exclusiones a la citada garantía constitucional⁵¹.

De esta normativa, siguiendo al autor argentino citado, surgen tres grupos de exclusiones: 1) Trabajadores a los que no les resultan aplicables las normas del Código, entre los que se encuentran: los funcionarios de la Administración estatal, los miembros de las Fuerzas Armadas y de seguridad, los funcionarios de los Poderes Legislativo y Judicial, los trabajadores de empresas dependientes del Ministerio de Defensa, los empleados de empresas del Estado cuyos regímenes específicos lo prohíban, los trabajadores de empresas o instituciones públicas o privadas cuyos presupuestos, dentro de los dos últimos ejercicios hayan sido financiados en más de un 50% por el Estado en forma directa o a través de impuestos, los trabajadores de empresas prestadoras de servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, al abastecimiento de la población, a la economía del país o a la seguridad nacional; 2) Actividades excluidas del régimen de negociación colectiva: los trabajadores sujetos a contratos de aprendizaje y los contratados exclusivamente para el desempeño en una

⁴⁹ Ibidem.

⁵⁰ MANTERO ÁLVAREZ, Ricardo y LÓPEZ LÓPEZ, Adriana, *“Derecho de huelga”*, en *“El Derecho Laboral del Mercosur Ampliado”*, 2ª edic., FCU y OIT-Cinterfor, Montevideo, 2000, p. 493.

⁵¹ AQUINO, Marcelo *“La regulación...”*, cit., p. 273.

determinada obra o faena transitoria o de temporada; los gerentes, subgerentes, agentes y apoderados, que se encuentren dotados de facultades generales de administración; las personas autorizadas para contratar o despedir trabajadores (haciendo constar la prohibición en sus respectivos contratos de trabajo); los trabajadores que ejerzan cargos superiores o de mando o inspección en las empresas, siempre que se encuentren investidos de atribuciones decisorias sobre políticas y procesos productivos o de comercialización; y, por último, 3) Casos especiales de trabajadores que, pese a reconocérseles el derecho a negociar colectivamente, carecen de la prerrogativa de la huelga (art. 384, Código cit.)⁵².

Las limitaciones, a su vez, consisten en dos tipos de exigencias: 1) la del mantenimiento de un equipo de emergencia en los servicios esenciales o para la prevención de daños irreparables a bienes de la empresa; y 2) la de reanudación de las faenas en el caso de ciertas huelgas que afectan a servicios esenciales⁵³. De acuerdo con el art. 380 del Código del Trabajo, toda vez que se realice una huelga en una empresa, predio o establecimiento, cuya paralización provoque un daño actual e irreparable en sus bienes materiales o un daño a la salud de los usuarios de un establecimiento asistencial de salud, o que preste servicios esenciales, el sindicato o grupo negociador está obligado a proporcionar el personal indispensable para la ejecución de las operaciones cuya paralización pueda causar ese daño⁵⁴.

La enumeración de los servicios esenciales se concreta en el mes de julio de cada año por resolución conjunta de los Ministros de Trabajo, de Defensa y de Economía.

j) Paraguay

Conforme al art. 98 de la Constitución del Paraguay: “*Todos los trabajadores de los sectores públicos y privados tienen el derecho a recurrir a la huelga en caso de conflicto de intereses...*”, con exclusión expresa de “*los miembros de las Fuerzas Armadas de la Nación*” y “*de las policiales*”. El mismo artículo determina que “*La ley regulará el ejercicio de estos derechos, de tal manera que no afecten servicios públicos imprescindibles para la comunidad.*”

El precepto constitucional transcrito se encuentra reglamentado en el Título Cuarto del Código del Trabajo (CT), promulgado por la ley n° 213 de 1993, modificada por ley n° 496 de 1995. El art. 357, CT, define a la huelga como “*la suspensión temporal, colectiva y concertada del trabajo, por iniciativa de los trabajadores para la defensa directa y exclusiva de sus intereses profesionales*”; y el art. 360 del mismo Código reglamenta el modo en que puede ser ejercido este derecho, al establecer que “*consistirá*

⁵² Cfr. AQUINO, M. “*La regulación...*”, cit., pp. 273/4.

⁵³ Ibidem.

⁵⁴ Cfr. WALKER ERRÁZURIZ, Francisco, “*Derecho de las Relaciones Laborales (Un derecho vivo)*”, Editorial Universitaria, Santiago de Chile, 2002, p. 643.

en la cesación de servicios de los trabajadores afectados, sin ocupación por los mismos de los centros de trabajo, o de cualquiera de sus dependencias.”⁵⁵.

Reproduciendo la terminología constitucional, la legislación paraguaya toma el concepto de “servicios públicos imprescindibles” para recortar el ejercicio del derecho de huelga. El art. 361, CT, prescribe que: “Los trabajadores en los servicios públicos imprescindibles para la comunidad, como ser suministro de agua, energía eléctrica y hospitales, deberán asegurar, en caso de huelga, el suministro esencial para la población. Los hospitales deberán mantener activos los servicios de primeros auxilios y todo servicio necesario para no poner en peligro la vida de las personas.” La jurisprudencia ha sostenido que este principio “debe compatibilizarse también con la noción de ‘servicio mínimo’, que en términos generales, define la cuota de servicio o actividad que debe mantenerse en toda circunstancia”⁵⁶. El art. 369, CT, complementa la restricción al ejercicio de la huelga en estas actividades, ordenando que el “Sindicato, o en su defecto el Comité de Huelga, garantizará la prestación de los servicios esenciales a que se refiere la Constitución Nacional...”.

El art. 367, CT, limita la huelga también en protección de “aquellas labores cuya suspensión perjudique gravemente la reanudación de los establecimientos y talleres”. No obstante, en su segundo párrafo, deja en cabeza de los huelguistas la prevención del número de trabajadores indispensables a tal fin. El mismo art. 367, CT, en resguardo de la eficacia residual de la huelga, prohíbe la contratación de trabajadores sustitutos de los huelguistas.

k) Uruguay

El ordenamiento uruguayo, caracterizado como “abstencionista” en términos de la regulación de las relaciones laborales, carece de concepto de servicios esenciales, por lo que la doctrina y la jurisprudencia construyen su significado a partir de los criterios de los órganos de control de normas de la OIT, con la salvedad de que, al igual que en el actual sistema argentino, no se prevé la prohibición de la huelga en estos servicios sino solamente el “mantenimiento de turnos de emergencia”⁵⁷.

La ley 13.720 instrumenta el procedimiento aplicable, dentro del cual se exige un preaviso de 7 días a la ejecución de la medida de conflicto y se confiere al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social el poder de determinar si el conflicto afecta o no un servicio esencial. En caso afirmativo, esta autoridad fija también los servicios mínimos que deberán ser mantenidos por turnos⁵⁸.

La reciente ley 17.940, establece garantías a favor de los trabajadores en ejercicio de este derecho. Reproduciendo términos del Convenio n° 98 de la OIT, dicha ley declara, en su artículo 1°, la nulidad de todo acto u omisión que tenga por objeto:

⁵⁵ Cfr. CRISTALDO M., Jorge Darío y CRISTALDO R., Beatriz, “Legislación y Jurisprudencia del Trabajo. Completa, actualizada, comentada, concordada”, Litocolor SRL, Asunción, 2002, pp. 527/40.

⁵⁶ Ibidem.

⁵⁷ Cfr. MANTERO ÁLVAREZ, Ricardo, “Límites...”, cit., pp. 187/8.

⁵⁸ Cfr. MANTERO ÁLVAREZ, R. y LÓPEZ LÓPEZ, Adriana, “Derecho...”, cit., pp. 494/5.

“Despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales, fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo”.

IV. La determinación jurídica de los servicios esenciales

IV.1. Problemática en torno a la fuente de la determinación

Como bien afirma Sarthou, la regulación de los derechos fundamentales es materia reservada al legislador. La fuente legal, como principio, proporciona mayores garantías, en tanto cualquier decisión del órgano legislativo debe contar con el aval de todos los sectores de opinión que componen la representación parlamentaria⁵⁹. Y es precisamente la ley —informa Ermida Uriarte— la fuente utilizada por la mayoría de los países para reglamentar los conflictos en los servicios esenciales⁶⁰.

En la Argentina, la regulación jurídica de la huelga parte desde el más alto nivel normativo. La garantía que le confiere a este derecho el artículo 14 bis de la Constitución Nacional se refuerza con la reforma de 1994, que otorga jerarquía constitucional a un selecto grupo de tratados internacionales (art. 75, inc. 22, 2º párrafo, CN), entre los cuales cabe destacar el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), que a su vez contienen al Convenio n° 87 de la OIT (arts. 8.3 y 22.3, respectivamente, del PIDESC y el PIDCP). Esta incorporación del Convenio sobre Libertad Sindical a los Pactos determina —conforme explica Rodríguez Mancini— la elevación del primero a la máxima jerarquía normativa⁶¹. Dicho convenio fundamental de la OIT alude al derecho de huelga en su art. 3.1, cuando garantiza la autonomía de los trabajadores para formular su *“programa de acción”*.

La tutela constitucional del derecho de huelga presenta una regulación distintiva incluso dentro del propio texto del artículo 14 bis, CN. A diferencia del método implementado en el párrafo primero de este artículo —en el que la protección del trabajo *“en sus diversas formas”* es encomendada por el Constituyente a *“las leyes”*—, en el párrafo segundo, la Constitución les deja garantizado por sí misma *“a los gremios”*, sin intermediación de instrumento alguno emanado del poder constituido, el goce de los derechos de libertad sindical con individualización especial del *“derecho de huelga”*.

La diferencia en la redacción entre párrafos del artículo 14 bis no es accidental, sino más bien una exteriorización del respeto por parte del Poder Constituyente a la eficacia autónoma de los derechos colectivos fundamentales. Con ello se acentúa la

⁵⁹ SARTHOU, Helios, *“La huelga en los servicios Esenciales en nuestro derecho positivo y la autonomía del derecho del Trabajo”*, citado por MANTERO ÁLVAREZ, R., *“Límites...”*, cit., p. 190.

⁶⁰ ERMIDA URIARTE, Oscar, *“La huelga en los servicios esenciales”*, ponencia presentada en las XII Jornadas Rioplatenses de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, organizadas por la Asociación Uruguaya de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, la AADTySS y la AADTySS Filial Córdoba, Córdoba 4/5 de mayo de 2001, Alveroni Editores, Córdoba, 2001, p. 218.

⁶¹ Cfr. RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, *“Derechos fundamentales y relaciones laborales”*, Astrea, Bs. As., 2004, p.154; y del mismo autor: *“Las instituciones del Derecho Colectivo del Trabajo y la Constitución Nacional”* en VV.AA., *“Derecho Colectivo del Trabajo”*, La Ley, Bs. As., 1998, pp. 47 y ss.

necesidad de que toda restricción al ejercicio de estos derechos provenga, como mínimo, de fuente legal (cfr. art. 28, CN), resultando imposible a la reglamentación vulnerar esta garantía a través de la atribución de potestades legislativas, la elaboración de excepciones conceptuales o de enumeraciones extensas o abiertas de las actividades comprendidas en dicha categoría —de interpretación necesariamente restrictiva— o de injerencias que impliquen, en la práctica, menoscabo al ejercicio de este derecho derivado de la libertad sindical (cfr. art. 8.2, Convenio n° 87).

En síntesis, de acuerdo con el ordenamiento constitucional argentino, las fuentes con potestad de definir válidamente los límites al ejercicio del derecho fundamental de huelga, son: la propia Constitución Nacional, la autonomía colectiva —sindical o bilateral de las partes en conflicto— y la ley. Por ende, sólo de cualesquiera de estos instrumentos puede surgir la determinación del concepto de servicios esenciales a los efectos de su utilización como límite al goce del mencionado derecho.

IV.2. Las técnicas de determinación de los servicios esenciales

Existen al menos tres mecanismos normativos destinados a la determinación jurídica de los servicios esenciales. Tales son la *definición*, la *enumeración* y la *delegación*, además de las técnicas mixtas derivadas de las posibles combinaciones entre los tres mencionados⁶².

IV.2.1. La *definición* de servicios esenciales

Esta técnica consiste en plasmar una definición de servicios esenciales en la normativa positiva, para la que suelen tomarse, como se ha visto, a modo de elementos identificadores, los bienes jurídicos personales que se pretende salvaguardar. En la opinión de Néstor Corte, va de suyo que en un plano de estricta lógica, la noción de “esencialidad” del servicio debe ser tanto diseñada como interpretada con carácter restrictivo, como corresponde a todas las circunstancias de excepción que implican la limitación o la privación del goce de algún derecho subjetivo, en tanto a mayor amplitud o flexibilidad del concepto, obviamente, seguirá una mayor restricción del ejercicio del derecho en cuestión⁶³.

La técnica definitoria, en sí, ofrece ciertos márgenes a la subjetividad del intérprete, factor al que no puede quedar librada la habilitación de recortes al goce de un derecho fundamental. Los órganos de control de la OIT han puesto límites al uso distorsivo de la definición de servicios esenciales, alertando que la admisibilidad de restricciones o prohibiciones al ejercicio del derecho de huelga a través de la noción de

⁶² Cfr. CORTE, Néstor T., “*Regulación...*”, cit., pp. 100/1, con cita de PANKERT, Alfred, “*Solución de los conflictos del trabajo en los servicios esenciales*”, RIT, OIT, Ginebra, 1981, vol. 100, n° 1, p. 55; y ACKERMAN, Mario E., “*Conflictos colectivos de trabajo. Ratificación y ampliación de la abolición del arbitraje obligatorio y reglamentación de la huelga en los servicios esenciales para la comunidad*”, en VV.AA. “*Reforma Laboral – Ley 25.877*”, Rubinzal-Culzoni Editores, Bs. As. - Santa Fe, 2004, p. 224.

⁶³ Cfr. CORTE, N. T., “*Regulación...*”, cit., p. 101.

servicios esenciales “*perdería todo sentido si en la legislación se adoptase una definición demasiado amplia*” de estos servicios⁶⁴.

La legislación vigente en la Argentina, a diferencia de regulaciones anteriores, se abstiene de plasmar una definición de servicios esenciales, inclinándose, como describe Ackerman, por un “sistema de enumeración complementada por una delegación restringida”⁶⁵, notas características que serán objeto de desarrollo en los párrafos subsiguientes.

IV.2.2. La enumeración de actividades consideradas servicios esenciales

Este procedimiento consiste en la inclusión, en el enunciado normativo, de un listado de las actividades o tareas consideradas servicios esenciales.

El riesgo que entraña la utilización de este procedimiento reside en los posibles excesos del legislador en la inclusión de actividades cuya interrupción o afectación por las medidas de conflicto no llegaría a poner en riesgo ni impedir el goce de los bienes jurídicos fundamentales tenidos en cuenta a los efectos de imponer limitaciones *necesarias* al ejercicio del derecho de huelga.

Ejemplos de la utilización de esta técnica, constituyen las ya mencionadas leyes brasileña n° 7.783 e italiana n° 146/90, modificada, esta última, por ley n° 83/00. Ambos regímenes contienen enumeraciones de las actividades consideradas esenciales, con carácter taxativo o cerrado en el primero de ellos y ejemplificativo o abierto en el segundo. La enumeración de actividades —aunque más acotada que en los mencionados ejemplos—, es también el mecanismo utilizado recientemente por el legislador argentino, plasmado en el artículo 24 de la ley 25.877.

En el segundo párrafo del recién mencionado artículo 24: “*Se consideran esenciales los servicios sanitarios y hospitalarios, la producción y distribución de agua potable, energía eléctrica y gas y el control del tráfico aéreo.*” Con excepción de la producción y distribución de gas, todas las actividades enumeradas por la ley integran el elenco de los servicios considerados esenciales en sentido estricto por los órganos de control de la OIT. Elenco que integran también los servicios telefónicos, no obstante lo cual no han sido incluidos en la categoría por el actual régimen argentino.

El mencionado listado de servicios esenciales constituye un “catálogo cerrado”⁶⁶, en el sentido de que no habría otras actividades susceptibles de ser consideradas servicios esenciales en sentido estricto, aunque sí de la aplicación excepcional de *servicios mínimos de funcionamiento* ante un conflicto *en concreto* y en circunstancias específicas (art. 24, párrafo 3°, incisos “a” y “b”).

⁶⁴ CLS, 1985, n° 393; CEACR, 1983, n° 214, citados por ACKERMAN, M. E., “*Conflictos...*”, cit., p. 210.

⁶⁵ ACKERMAN, M. E., “*Conflictos...*”, cit. p. 224.

⁶⁶ Cfr. TRIBUZIO, José, “*Nueva reglamentación del derecho de huelga en los servicios esenciales*”, DT, t. 2006-A, p. 709.

IV.2.3. La delegación

Este método consiste en transferir a determinados órganos la facultad de establecer, con carácter general o frente a casos concretos y determinados, las actividades a ser consideradas servicios esenciales. Es utilizado, por ejemplo, en España (por el RDLRL n° 17/1977) y Uruguay (por la ley n° 13.720).

El uso de esta técnica ha merecido críticas de la doctrina⁶⁷, en tanto es la que presenta más riesgos en función del amplio margen que suele abrir a la discrecionalidad de la autoridad u órgano de aplicación⁶⁸, dando lugar a presumir indeseables consecuencias, como la práctica neutralización del derecho de huelga, además de incertidumbre jurídica, litigiosidad y conflictividad social.

En la Argentina, el decreto 2.184/90 —luego derogado por el art. 34 de la ley 25.250— adoptaba una técnica mixta para la determinación de los servicios esenciales, que combinaba una definición amplia de servicio esencial con una enumeración no taxativa y más extensa que la que contiene la regulación vigente actualmente, más una vasta delegación de facultades al Ministerio de Trabajo para incluir, en abstracto, más actividades en esta categoría, fijar los servicios mínimos, revisar los que pudieran haber acordado las partes durante el procedimiento de conciliación obligatoria implementado por la ley 14.786 e imponer discrecionalmente la aplicación del arbitraje obligatorio previsto en el decreto-ley 16.936. De todo ello surgía el inevitable resultado de una virtual prohibición del ejercicio del derecho de huelga en prácticamente todos los servicios públicos, con la consecuente acumulación de observaciones por los órganos de control de la OIT⁶⁹.

La ley 25.250 —que, como se adelantó, derogó el decreto 2.184/90 e hizo lo propio con el decreto-ley 16.936, de “arbitraje obligatorio”— introducía, en su artículo 33, un singular mecanismo de integración normativa⁷⁰ para regular el ejercicio del derecho de huelga en los servicios esenciales. Dicho artículo desarrollaba una redacción fuertemente intervencionista del derecho de huelga en sus cuatro primeros párrafos y culminaba en una singular cláusula de cierre que remitía a “*las normas y resoluciones de la OIT*”. Fuera de las implicancias de este último párrafo, el artículo 33 otorgaba un protagonismo desmesurado a la autoridad administrativa del trabajo, tanto para “*disponer intimatoriamente*” los servicios mínimos a falta de acuerdo de las partes como para imponer sanciones a las mismas en caso de incumplimiento.

No obstante la imprecisa remisión del artículo a las “normas y resoluciones” de la OIT —que contienen sólo escasas y tangenciales referencias al derecho de huelga como

⁶⁷ Por todos: VIVERO SERRANO, J. B., “*La huelga...*”; cit., pp. 100/1; y SARTHOU, Helios, “*Trabajo, Derecho y Sociedad*”, Tomo I – Estudios de Derecho Colectivo del Trabajo, 1ª edic., FCU, Montevideo, 2004, p. 165 y ss.

⁶⁸ Cfr. CORTE, N. T., “*Regulación...*”, cit., p. 111.

⁶⁹ Cfr. LÓPEZ, Justo, “*El decreto sobre huelga en los servicios esenciales y el Comité de Libertad Sindical*”, Relaciones Laborales y Seguridad Social, año I, diciembre 1994, pp. 9 y ss.

⁷⁰ ACKERMAN, Mario E., “*Abolición del arbitraje obligatorio y reglamentación de la huelga en los servicios esenciales para la comunidad*”, Revista de Derecho Laboral, número extraordinario, “*La reforma laboral*”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, pp. 99 y ss.

mecanismo prioritario de solución de conflictos y condenan la aplicación de represalias por su ejercicio—, la doctrina y la jurisprudencia coincidieron en que significaba la introducción en el ordenamiento interno argentino, con carácter vinculante, de los pronunciamientos y criterios de interpretación de los órganos de control de la aplicación de normas de dicha organización internacional tripartita⁷¹.

El reenvío de la cláusula final del art. 33 de la ley 25.250 a las reglas de la OIT —con mayor precisión, la actual regulación contenida en el art. 24 de la ley 25.877 se remite a los *criterios y principios* de sus órganos de control— fue reglamentado por el decreto 843/2000, norma que recibió el beneplácito de la Comisión de Expertos, que se pronunció en el siguiente sentido: “(La Comisión) *toma nota con satisfacción de que el nuevo decreto núm. 843/2000 sobre servicios esenciales permite la huelga en servicios esenciales en el sentido estricto del término. El decreto prevé también que las partes deberán ponerse de acuerdo sobre los servicios mínimos que se mantendrán durante el conflicto, pudiendo el Ministerio de Trabajo determinarlo si el acuerdo no fuera posible (en ningún caso se podrá imponer a las partes una cobertura mayor al 50 %).*”⁷² El límite cuantitativo máximo impuesto a la facultad de fijación de servicios mínimos, que destaca el órgano técnico internacional, restringió el margen de la delegación efectuada por el párrafo segundo del art. 33 de la ley 25.250 a la autoridad administrativa, y constituyó un impedimento a la fijación de “servicios mínimos excesivos” acostumbrada por la durante la vigencia del decreto 2.184/90, que implicaba la virtual prohibición del ejercicio del derecho de huelga, con la consecuente acumulación de amonestaciones de parte del Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Expertos que se tratan más abajo.

El artículo 24 de la ley 25.877 —núcleo de la regulación vigente actualmente— admite, en su tercer párrafo, que “*una actividad no comprendida*” en la enumeración de servicios esenciales plasmada en el segundo párrafo del mismo artículo, pueda ser “*calificada excepcionalmente como servicio esencial, por una comisión independiente integrada según establezca la reglamentación, previa apertura del procedimiento de conciliación previsto en la legislación, en los siguientes supuestos: a) Cuando por la duración y extensión territorial de la interrupción de la actividad, la ejecución de la medida pudiere poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población. b) Cuando se tratase de un servicio público de importancia trascendental, conforme los criterios de los organismos de control de la Organización Internacional del Trabajo*”.

Esta nueva “delegación” prevista la ley vigente, si bien permite que “*una actividad no comprendida*” en la nómina de servicios esenciales pueda ser calificada excepcionalmente como tal, marca —como aclara Ackerman— sustanciales diferencias con la técnica seguida por la precedente ley 25.250 en su art. 33 —y, cabría agregar, por el decreto 2.184/90—, en tanto el artículo 24 de la nueva ley no sólo individualiza al

⁷¹ Cfr. ERMIDA URIARTE, O., “*La huelga...*”, ponencia cit.; ACKERMAN, Mario E., “*Abolición...*”, loc. cit.; GIANIBELLI, Guillermo, “*Conflictos Colectivos de Trabajo*”, en VV.AA. (RAMÍREZ, Luis E., director), “*Reforma Laboral - Ley 25.877*”, Nova Tesis, Bs. As., 2004, p. 190; y las sentencias de las salas III y X de la CNAT, respectivamente en los autos “SADOP c. Estado Nacional” y “CTERA c. Ministerio de Trabajo”.

⁷² OIT, “*Aplicación*”, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Informe III (Parte 1A), OIT, Ginebra, 2001, pp. 242/3.

órgano o sujeto habilitado para producir dicha calificación excepcional (la “*comisión independiente*”) sino además limita tal posibilidad a sólo dos supuestos e impone un requisito procesal⁷³.

Son tres, entonces, las limitaciones que el legislador ha puesto para la inclusión de actividades no listadas como servicios esenciales⁷⁴:

1) Que la calificación sea producida por una *comisión independiente*, órgano de naturaleza arbitral cuya integración será definida por la reglamentación;

2) Que esta comisión se pronuncie luego de iniciada la instancia conciliatoria (prevista en la ley 14.786);

3) Que la medida de acción a adoptar, en razón de su *duración* y su *extensión territorial*, pudiera poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población, o que se trate de un *servicio público de importancia trascendental*, conforme los *criterios* de los órganos de control de la OIT.

Con respecto a estos supuestos, cabe añadir con Ackerman, que pese a que la norma remite sólo en el segundo de ellos a la opinión de los órganos de la OIT, es evidente que también la primera de ambas hipótesis está tomada de las decisiones de dichos órganos internacionales⁷⁵.

V. Las excepciones

V.1. Los denominados servicios esenciales “por extensión”

El tercer párrafo del artículo 24 de la ley 25.877 habilita la procedencia de los denominados “servicios esenciales por extensión”, admitidos también por la doctrina de los órganos de la OIT. Son aquellos que, sin ser calificables como servicios esenciales en sentido estricto, pueden dar lugar a la exigencia de prestaciones mínimas⁷⁶.

Hay que distinguir dos supuestos:

a) las actividades en las que la ejecución de la medida, en función de dos condiciones objetivas —duración y extensión territorial—, pueda hacer peligrar la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población; y

b) cuando se trate de un *servicio público de importancia trascendental* conforme a los criterios de los mencionados organismos de la OIT.

Con respecto al primer supuesto, la ley no admite la calificación de actividades o prestaciones “en abstracto”, sino que requiere se considere si la concreta “ejecución de la

⁷³ ACKERMAN, M. E., “*Conflictos...*”, cit., p. 225.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ *Ibidem* y p. 226.

⁷⁶ Cfr. MEGUIRA, Horacio D. y GARCÍA, Héctor Omar; “*La ley de Ordenamiento Laboral o el discreto retorno del Derecho del Trabajo*”, en ETALA (h.), Juan José (dir.); “*Reforma Laboral – Ley 25.877*”, suplemento especial La Ley, Bs. As., marzo 2004, pp. 30/1.

medida”, en función de su *duración y extensión*, podría hacer peligrar los bienes jurídicos prioritarios que se intenta poner a resguardo (vida, seguridad y salud de la población).

V.2. El “servicio público de importancia trascendental”

V.2.1. Concepto y efectos

Ya me he referido en este trabajo a la distinción entre servicio esencial y servicio público. Ahora también corresponde distinguir entre los conceptos de servicio público y “*servicio público de importancia trascendental*”. Este concepto no es utilizado de manera insignificante o casual por la ley sino, al contrario, tiene un significado jurídico preciso que comporta una remisión implícita a la doctrina de los organismos técnicos de la OIT.

Se trata de un “concepto intermedio”, creado por la doctrina del Comité de Libertad Sindical de la OIT⁷⁷, referido 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”⁷⁸.

No en vano, el artículo 24 de la ley 25.877 remite, coherentemente y en forma expresa, a “*los criterios de los organismos de control de la OIT*” y ordena asimismo, a la reglamentación, conformarse a los “*principios de la OIT*”.

V.2.2. El origen del concepto: el caso “UTA”

En 1994, la Unión Tranviarios Automotor (UTA) presentó una queja ante el Comité de Libertad Sindical, en razón de que, ante una huelga en el transporte de pasajeros, el Ministerio de Trabajo encuadró a dicha actividad como servicio esencial y exigió el cumplimiento de servicios mínimos, cuyo incumplimiento sancionó declarando la ilegalidad de las medidas de acción directa y amenazando a la organización sindical querellante con la suspensión o quite de su personería gremial⁷⁹.

En las conclusiones del Comité, no obstante conceder que “*comparte las declaraciones del Gobierno en las que pone de relieve la necesidad de atender al interés general y subraya la función primordial que cumple en un país, que tiene puntos geográficos distantes, así como las consecuencias negativas que tendría para la población la falta de un servicio mínimo (distribución de alimentos, traslado de enfermos, etc.)*”, se consideró “*que el transporte de pasajeros y mercancías no es un servicio esencial en el sentido estricto del término (...), pero admitió, sin citar antecedentes, que*

⁷⁷ GERNIGON, B., ODERO, A. y GUIDO, H.; “*Principios...*”, cit., p. 473.

⁷⁸ 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. Cfr., asimismo, GERNIGON, B., ODERO, A. y GUIDO, H., op. y loc. cit.

⁷⁹ Cfr. el desarrollo in extenso del caso en LÓPEZ, J., “*El decreto...*”, cit., pp. 11/5. Véase también la referencia de AQUINO, M., “*La regulación...*”, cit., pp. 270/1.

“se trata de un servicio público de importancia trascendental en el país y, en caso de huelga, puede justificarse la imposición de un servicio mínimo”.

Contra la ilegalidad de la huelga declarada por el Ministerio de Trabajo en razón del incumplimiento de los servicios mínimos, el Comité advirtió que ya *“ha señalado anteriormente que el recurso al arbitraje obligatorio sólo debería aplicarse a los servicios esenciales en el sentido estricto del término (...), servicios éstos entre los cuales no figura el transporte”*. En apoyo de esta opinión, citó su propio precedente en el “caso Nicaragua” (284° Informe, caso 15.586, párr. 942), en el que concluyó que: *“La decisión final de declaración de ilegalidad de las huelgas, no debería ser pronunciada por el Gobierno, particularmente en aquellos casos en que éste es parte en un conflicto”*.

También el Comité, consideró *“inaceptables”* las medidas de suspensión o cancelación de la personería gremial *“por no cumplir con los servicios mínimos”*, y objetó que *“la decisión final de suspender o cancelar la personería gremial corresponde a un órgano judicial independiente”*, reiterando su recomendación de *“que tales medidas no deberían adoptarse en caso de incumplimiento de los servicios mínimos”*.

En lo relativo a los elevados porcentajes de servicios mínimos fijados por el Ministerio de Trabajo, el Comité objetó que *“El Gobierno no ha hecho comentarios sobre los —a primera vista— elevados porcentajes de prestación de servicios señalados por los querellantes que, en ciertos casos, habrían alcanzado al 90 y 100 %, lo que equivale en la práctica a una prohibición del derecho de huelga”*. Por lo que, el mismo Comité *“no excluye que se hayan fijado servicios mínimos excesivos, aunque la huelga en cuestión no haya llegado a producirse”*, agregando, *“como en ocasiones anteriores”*, que *“un pronunciamiento definitivo con elementos de apreciación sobre si el nivel de servicios públicos fue o no indispensable sólo puede realizarse por la autoridad judicial, toda vez que supone en particular un conocimiento en profundidad de la estructura y funcionamiento de las empresas y establecimientos concernidos y del impacto efectivo que tuvieron las acciones de huelga”* (caso “Uruguay”, n° 1403, párr. 447).

En uno de los párrafos más significativos de su pronunciamiento, el Comité reiteró *“la importancia de que la declaración de ilegalidad de las huelgas en los servicios públicos y el establecimiento de servicios mínimos en caso de falta de acuerdo de las partes corresponda a un órgano independiente”*.

Finalmente, el Comité pidió al Gobierno *“que tome las medidas necesarias con miras a la modificación de la legislación, con objeto de que la decisión final sobre la ilegalidad de las huelgas y el establecimiento de servicios mínimos en caso de falta de acuerdo entre las partes corresponda a un órgano independiente”* y señaló *“el presente caso a la atención de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones”*.

Esta conclusión del Comité en el “caso UTA”, adquiere importancia por cuanto ese órgano de control de la vigencia efectiva de la libertad sindical introduce la variable del “servicio público de importancia trascendental” que, si bien no puede ser considerado (en lo que se refiere al transporte de personas y mercancías) como servicio esencial en el

sentido estricto del término, culmina justificando “*la imposición de un servicio mínimo*”⁸⁰.

La trascendencia de este caso adquiere mayores relieves a partir de la remisión explícita que hace el artículo 24 de la ley 25.877 —con efectos de normas de derecho interno⁸¹— a los “*criterios*” o “*principios*” de los órganos de control de la OIT.

En resumen, de la doctrina del “caso UTA”, pueden extraerse algunos *criterios* o *principios* con fuerza vinculante en nuestro ordenamiento:

- a) El transporte de pasajeros y mercancías no es un servicio esencial en el sentido estricto del término.
- b) Hasta el momento, el Comité de Libertad Sindical sólo ha considerado “servicio público de importancia trascendental” al transporte terrestre de personas y mercancías.
- c) La exigencia de porcentajes elevados como servicios mínimos, puede equivaler, en la práctica, a la prohibición del derecho de huelga.
- d) La determinación de servicios mínimos no puede hacerse en forma unilateral por el Ministerio de Trabajo, sino que “*la legislación debe prever que la divergencia sea resuelta por un órgano independiente*”.
- e) La huelga no puede ser declarada ilegal por un órgano administrativo sino sólo por un órgano judicial o independiente.
- f) La decisión de suspender o cancelar la personería gremial de una asociación sindical, es privativa de un órgano judicial o independiente y tales medidas no deberían adoptarse en caso de incumplimiento de los servicios mínimos”.

La Comisión de Expertos de la OIT ha construido, en paralelo al concepto de servicio público de importancia trascendental, la noción de “servicios de utilidad pública”, mediante la cual justificó que, en ciertos casos y determinadas situaciones de actividades no consideradas servicios esenciales en sentido estricto, se exija la prestación de servicios mínimos con el objeto de asegurar la satisfacción de las necesidades básicas de los usuarios o el funcionamiento continuo y en condiciones de seguridad de las instalaciones⁸².

Sin embargo, considero que este concepto no sería aplicable en nuestro ordenamiento, atento a que la remisión que efectúa el artículo 24 de la ley 25.877 se hace en forma expresa y concreta sólo al *servicio público de importancia trascendental* y no procede interpretar con amplitud una norma reglamentaria restrictiva de un derecho fundamental.

⁸⁰ Cfr. LÓPEZ, J., “*El decreto...*”, pp. 13/4.

⁸¹ Cfr. GARCÍA, Héctor Omar, “*La interpretación y aplicación de las normas internacionales del trabajo como fuentes propias del Derecho argentino*”, Rev. DL-Errepar, n° 240, agosto 2005, pp. 713/25.

⁸² OIT-CEACR, 1994^a, párr. 162; GERNIGON, B., ODERO, A. y GUIDO, H., “*Principios...*”, cit., pp. 484/5.

V.2.3. La calificación de “servicio público de importancia trascendental”: sujeción de la Comisión de Garantías a los criterios de los órganos de la OIT

Como se ha dicho más arriba, el art. 24 de la ley 25.877 incorpora la doctrina de la Comisión de Expertos y del Comité de Libertad Sindical de la OIT como fuentes propias del ordenamiento jurídico argentino en materia de huelga, a través de un reenvío expreso a “*los criterios de los organismos de control de la OIT*” a los que luego menciona como “*principios de la OIT*”. Mediante dicho reenvío a la doctrina del Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Expertos, se entabla una relación de *articulación o complementariedad* entre normas —conforme a la tipología de relaciones entre fuentes de Martín Valverde⁸³— esto es, entre el mismo artículo 24 de la ley, los *criterios* o *principios* de los órganos de la OIT —también denominados por la doctrina internacional “recomendaciones”, “jurisprudencia”⁸⁴ e incluso “normas”⁸⁵— y la reglamentación, plasmada en el reciente decreto n° 272/06.

La introducción de estas nuevas *fuentes* en nuestro ordenamiento, condiciona la interpretación y aplicación, tanto administrativa como judicial, de todas las demás normas que constituyen el subsistema jurídico específico de la regulación del derecho de huelga⁸⁶.

De acuerdo con lo precedente, la normativa de la Constitución Nacional (art. 14 bis); los tratados internacionales con jerarquía constitucional (arts. 8.3, PIDCP, art. 22.3, PIDCP, y Convenio n° 87, OIT); el art. 24 de la ley 25.877 y la reglamentación (decreto 272/06) constituyen, junto con los *criterios* o *principios* de los órganos de control de la OIT, un conjunto de normas que deben aplicarse en conjunto —“*engranadas*”, como grafica Martín Valverde— tratándose de fuentes concurrentes *complementarias* que constituyen un plexo normativo único y armónico que regula el ejercicio del derecho de huelga de modo compatible con su investidura constitucional y su naturaleza de *libertad sindical de acción* (arts. 3.2, Conv. 87, y 24, ley 25.877)⁸⁷, que reconoce como únicos límites jurídicos los derivados de las actividades enumeradas como servicios esenciales por el citado artículo 24 de la ley 25.877 y las excepciones circunstanciadas previstas en el mismo.

De acuerdo con el artículo 24 de la ley 25.877 —en armonía con los criterios expresados por el Comité de Libertad Sindical en el comentado “caso UTA”, entre otros, y de la Comisión de Expertos en las observaciones de 2001 y 2003—, tanto el tratamiento de una actividad “no enumerada” como servicio esencial *por extensión*, como la calificación de una actividad como “*servicio público de importancia trascendental*”

⁸³ MARTÍN VALVERDE, Antonio, “Concurrencia y articulación de normas laborales”, Rev. de Política Social, n° 119, jul.-sept. 1978, Madrid, pp. 5 y ss.

⁸⁴ Cfr. VON POTOBSKY, G. “Los debates en torno a la interpretación de los convenios de la Organización Internacional del Trabajo”, DT, 1998-A, p. 821; VALTICOS, Nicolas, “Derecho Internacional del Trabajo”, Tecnos, Madrid, 1977, p. 151.

⁸⁵ Cfr. VALTICOS, N., “Derecho Internacional...”, cit., p. 152.

⁸⁶ Cfr. el comentario de Julio Simón en relación con la recepción de estos criterios interpretativos en la doctrina de la CSJN. Cfr. SIMÓN, Julio C., “La nueva reglamentación del derecho de huelga en los servicios esenciales”, en “Convenios Colectivos”, suplemento especial DT, abril 2006, p. 3.

⁸⁷ Cfr. MEGUIRA, H. D. y GARCÍA, H. O., “La Ley...”, cit., p. 29.

corresponden exclusivamente a la “Comisión de Garantías” creada por el reciente decreto n° 272/06, según se verá líneas abajo en este trabajo.

En sus intervenciones, este órgano arbitral pluripartito deberá tener presente que la interpretación y aplicación de toda la normativa que integra este subsistema no puede dar lugar al menoscabo de este derecho fundamental —conforme lo ordena el art. 8.2 del Convenio n° 87— ni a más restricciones a su ejercicio que aquellas que acuerden las partes o las estrictamente establecidas por la ley en procura de su compatibilización con el cumplimiento indispensable del servicio esencial de que se trate (tales son las derivadas del citado art. 24 de la ley 25.877 y del procedimiento conciliatorio previsto en la ley 14.786).

VI. Los servicios mínimos

VI.1. Concepto y distinciones entre servicios mínimos *de funcionamiento, de mantenimiento y de seguridad*

La doctrina de los órganos de control de normas de la OIT reconoce la existencia de diversos tipos de servicios mínimos. A través de sus pronunciamientos, es posible distinguir entre *servicios mínimos*: a) *de seguridad*, b) *de mantenimiento* y c) *de funcionamiento*.

Conforme a esta doctrina, cabe denominar “servicio mínimo de seguridad”, al que se encuentre destinado a garantizar la seguridad de las personas, y “servicio mínimo de mantenimiento”, a aquel cuya prestación tiene por objeto la preservación de la seguridad de las instalaciones⁸⁸.

El servicio mínimo que tiene por objeto la satisfacción de las necesidades de la población, es el denominado “servicio mínimo de funcionamiento” o, menos comúnmente, “de actividad” o “de prestación”.

Con respecto a estos servicios, el Comité de Libertad Sindical “*ha insistido en la importancia de que las disposiciones relativas a los servicios mínimos a aplicar en caso de huelga en un servicio esencial, se determinen en forma clara, se apliquen estrictamente y sean conocidas a tiempo por los interesados*”⁸⁹.

Cuando la normativa enuncia los servicios mínimos sin establecer especificaciones, debe interpretarse que se refiere a los *de funcionamiento*.

VI.1.1. El principio de proporcionalidad

De acuerdo con este principio, los servicios mínimos exigibles han de ser los estrictamente necesarios para la protección de los derechos afectados por el ejercicio del derecho de huelga. En consecuencia de ello, no son admisibles las restricciones que

⁸⁸ Ibidem, párr. 162.

⁸⁹ OIT, “*La Libertad Sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*”, 4ª edición (revisada), Ginebra, 1996, p. 126, párr. 559.

superen las necesarias para evitar perjuicio a los bienes jurídicos prioritarios tutelados (vida, seguridad y salud de las personas).

Este criterio se debatió en Italia, antes de la sanción de la citada ley n° 146/90, encontrándose justificación a la limitación en el ejercicio del derecho de huelga como derivación de la tutela de los “intereses generales preeminentes” de los usuarios. Según la jurisprudencia de la Corte Constitucional de ese país, la huelga en los servicios esenciales es admisible sólo si la ley o, en su ausencia, la autorregulación sindical, han previsto reglas destinadas a garantizar el funcionamiento mínimo del servicio, es decir, “las prestaciones indispensables” para asegurar una eficiencia del servicio en grado suficiente para evitar perjuicio a los intereses generales preeminentes de los usuarios.

La Comisión de Expertos de la OIT ha precisado que el servicio mínimo “*debería satisfacer, por lo menos, dos condiciones. En primer lugar, y este aspecto es de la mayor importancia, debería tratarse real y exclusivamente de un servicio mínimo, es decir, de un servicio limitado a las actividades estrictamente necesarias para cubrir las necesidades básicas de la población o satisfacer las exigencias mínimas del servicio, sin menoscabar la eficacia de los medios de presión. En segundo lugar, dado que el sistema limita uno de los medios de presión esenciales de que disponen los trabajadores para defender sus intereses económicos y sociales, sus organizaciones deberían poder participar, si lo desean, en la definición de este servicio, de igual modo que los empleadores y las autoridades públicas*”⁹⁰.

VI.2. Distinción entre “servicios” mínimos y “guardias” mínimas

Conviene remarcar, asimismo, otra distinción, entre los *servicios mínimos* —a ser mantenidos durante la ejecución de la huelga— y el *personal mínimo* afectado al cumplimiento de los mismos, en razón de que, en no pocas ocasiones, se tiende a confundir el servicio mínimo (de funcionamiento) con la dotación necesaria para prestarlo, llegando a utilizarse en tales ocasiones la terminología confusa e indebida de *guardias* mínimas.

Para visualizar con más claridad esta diferencia, conviene una vez más acudir a la legislación italiana, que ofició de modelo y antecedente tenido en cuenta por la normativa argentina.

La reforma a la ya mencionada ley n° 146/90, introducida por la ley n° 83 del 11 de abril de 2000 (ley 83/00), que no sólo recogió la experiencia de la autorreglamentación sindical sino también se abrevó en la “jurisprudencia” de la *Commissione di Garanzia*, reforzó las atribuciones de este órgano⁹¹ —aspecto que se desarrolla en el punto VI.3.2.b) de este trabajo—, pudiendo dictar una “reglamentación provisoria” que modifique los servicios mínimos acordados por las partes en caso de no considerarlos idóneos para resguardar los derechos de las personas constitucionalmente tutelados. Sin embargo, como contrapeso de tal ampliación de facultades, la reforma legal italiana impone *límites*

⁹⁰ OIT, 1994^a Recopilación, párr. 161, cit. por GERNIGON, B. ODERO, A. y GUIDO, H., “Principios...”, cit., p. 492; y ACKERMAN, M. E., “Conflictos...”, cit., p. 214.

⁹¹ Cfr. BALLESTRERO, M. V., “Diritto ...”, cit., p. 316.

máximos a la fijación de servicios mínimos por el órgano independiente. Los servicios mínimos impuestos a las partes, a falta de acuerdo entre las mismas, no deben exceder “*el 50% de las prestaciones normalmente erogadas*” —esto es, un servicio mínimo de funcionamiento— con la “*cuota estrictamente necesaria del personal no superior a un tercio del personal normalmente utilizado para la plena erogación del servicio*” (art. 13, ley 146/1990, ref. por ley 83/2000), lo que demuestra que el servicio mínimo y la dotación mínima no son identificables y que para cubrir determinado porcentaje de prestación del primero, no es necesario el mismo porcentaje de trabajadores.

El decreto 843/2000, recientemente derogado por el decreto 272/06, luego de su vigencia diferida por el art. 44 de la ley 25.877, indudablemente se abrevó en la ley italiana, como evidencia el último párrafo de su art. 4º, en el que prescribe que la autoridad de aplicación: “*En lo que respecta a las prestaciones mínimas, en ningún caso podrá imponer a las partes una cobertura mayor al CINCUENTA POR CIENTO (50%) de la prestación normal del servicio de que se tratare*”.

Sin embargo, la norma reglamentaria argentina tomó del modelo sólo el límite máximo aplicable como servicio mínimo de funcionamiento (50%) y desechó el porcentaje máximo del personal exigible en el sistema italiano para cubrirlo. Por lo que sólo cabe concluir, en atención al carácter restrictivo que corresponde a la interpretación de una norma de reglamentaria de un derecho fundamental, que en la actual regulación de los servicios esenciales, la determinación del personal necesario para cubrir la prestación de los servicios mínimos es privativa de la autorregulación, unilateral o negociada, de la parte que dispone la medida de conflicto, conforme surge del art. 24 de la ley 25.877.

VI.3. El establecimiento de los servicios mínimos

VI.3.1. La autorregulación como regla general

El artículo 24 de la ley 25.877 dispone, en su primer párrafo, que: “*Cuando en un conflicto de trabajo alguna de las partes decidiera la adopción de medidas legítimas de acción directa que involucren actividades que puedan ser consideradas servicios esenciales, deberá garantizar la prestación de servicios mínimos para evitar su interrupción*”.

Este artículo, surgido de la consulta previa a las centrales sindicales⁹², otorga prioridad a la solución autónoma del conflicto, al adoptar como punto de partida y regla general la autorregulación del conflicto, al poner en cabeza de la parte que hubiere decidido la adopción de “*medidas legítimas de acción directa que involucren actividades que puedan ser consideradas servicios esenciales*”, la obligación de garantizar la ejecución de los servicios mínimos que resulten adecuados a fin de evitar su interrupción⁹³.

El mismo artículo 24, en su tercer párrafo, admite que una actividad no comprendida en la enumeración de servicios esenciales pueda ser calificada como tal por una “*comisión independiente*” cuando se trate de los denominados “servicios

⁹² Cfr. GARCÍA, H. O., “Estado y sindicatos...”, citado.

⁹³ Cfr. TRIBUZIO, J., “Nueva reglamentación...”, cit., pp. 708/9.

esenciales por extensión” —a los cuales ya me he referido en este trabajo— o de un “servicio público de importancia trascendental, conforme los criterios de los organismos de control de la OIT”.

Lo relativo a la creación, integración, naturaleza y funciones de la “comisión independiente” —denominada “Comisión de Garantías” por la nueva reglamentación— y las cuestiones en torno a la determinación de los servicios mínimos en última instancia, se desarrollan en el punto VII del presente trabajo.

VI.3.2. La experiencia italiana, desde la autorregulación a la legislación con participación sindical

a) La autorregulación durante los años ochenta

Gracias a la intervención de la Corte Constitucional, se creó en Italia el espacio jurídico necesario para poner en marcha una experiencia de autorregulación sindical unilateral.

En la década de 1980 se produce un declive en la conflictividad industrial al mismo tiempo que aumenta la frecuencia e intensidad de las huelgas en el sector terciario, especialmente en los servicios públicos (proceso denominado por Aris Accornero, de “*terziarizzazione del conflitto*”)⁹⁴. Hacia fines de esa década, el Parlamento italiano, tomando en cuenta algunas propuestas avanzadas de las grandes confederaciones sindicales y con la ayuda de un pequeño número de juristas, abordó la regulación del ejercicio del derecho de huelga, dando como resultado la citada ley n° 146, del 12 de junio de 1990, que constituyó el primer intento de disciplinar el ejercicio del derecho de huelga de conformidad con lo establecido por el art. 40 de la Constitución Italiana⁹⁵.

Entre los diversos problemas que vino a resolver el dictado del nuevo régimen, se encuentra la derogación de los arts. 330 y 333 del Código Penal de 1930, que reprimían “con meticulosidad morbosa —adjetiva Romagnoli— el conflicto colectivo en todas sus posibles manifestaciones”⁹⁶. La cuestión había originado la intervención de la Corte Constitucional, que en diversos pronunciamientos (sentencias n° 46/1958, 123/1962 y 31/1969) había sostenido la legitimidad de la huelga de los funcionarios y prestadores de servicios públicos en defensa de sus intereses económicos y profesionales, y también, consecuentemente, la inaplicabilidad de las disposiciones del Código Penal que punían la retención de tareas por parte de estos trabajadores.

La Corte italiana, no obstante dicho reconocimiento, introdujo en su doctrina una distinción entre “servicios públicos” y “servicios públicos esenciales”, definiendo a éstos como “*de interés general preeminente*”. En los servicios públicos esenciales, la huelga era admisible —según la Corte— sólo si no acarreaba perjuicio a los intereses generales preeminentes de los usuarios. Por lo tanto, la huelga podía ser ejercida sólo si la ley o, en su ausencia, la autorregulación sindical, habían previsto reglas destinadas a garantizar el

⁹⁴ ACCORNERO, Aris, “*Conflitto ‘terziario’ e terzi*”, DLRI, 1985, p. 17, citado por BALLESTRERO, M. V., “*Diritto...*”, cit., p. 313.

⁹⁵ Cfr. BALLESTRERO, M. V., “*Diritto...*”, cit., p. 314/5.

⁹⁶ ROMAGNOLI, Umberto, “*El Derecho, el Trabajo y la Historia*”, 1ª edic., CES, Madrid, 1997, p. 122.

funcionamiento mínimo del servicio, es decir, las “prestaciones indispensables” para asegurar una eficiencia del mismo suficiente para salvaguardar los intereses generales preeminentes de los usuarios⁹⁷.

Como síntesis de la doctrina de la Corte Constitucional italiana, surgen dos consecuencias trascendentes:

1) En los servicios esenciales, debe definirse un núcleo duro de prestaciones indispensables de funcionamiento mínimo del servicio que deben ser erogadas en todos los casos.

2) Tales prestaciones pueden estar previstas en la ley, el convenio colectivo de trabajo e incluso en un acto de autorreglamentación sindical.

La Corte Constitucional había abierto la puerta a la autorregulación sindical, tanto convencional como unilateral. Pero los “códigos de autorregulación” de los sindicatos, desarrollados durante la década de 1980, presentaban cierta problemática. Por ejemplo, en un mismo servicio podían confluir tantos códigos como sindicatos con representación en el establecimiento, lo cual generaba incertidumbre a los usuarios en torno a las prestaciones que serían aseguradas durante la ejecución de la medida. Quizás el problema de mayor dimensión residía en que cada “código” se aplicaba a los trabajadores afiliados al sindicato que lo había adoptado, pero no en grado vinculante para los no afiliados, que podían sentirse libres de ejercer su derecho de huelga sin sujeción al cumplimiento de los servicios mínimos allí previstos.

El escaso éxito del intento de confiar a los sindicatos la entera responsabilidad de dictar las reglas del conflicto en los servicios públicos, debía confrontar los reclamos de la opinión pública reacia a tolerar la huelga ininterrumpida en estas actividades, que escapaba al control de los códigos de autorregulación. En tales circunstancias, se hacía imposible, según algunas opiniones, la postergación de la intervención legislativa, a favor de la cual concurrió a sumarse un factor de interés para las grandes organizaciones sindicales. Las centrales sindicales mayoritarias, preocupadas tanto por la reacción negativa de la opinión pública como —y principalmente— por la competencia que representaba la mayor combatividad de los sindicatos pequeños en el sector de los servicios públicos, acordaron colaborar activamente con el Gobierno y prestar su conformidad a la sanción de la referida ley de 1990, que en otro contexto habría resultado quizás políticamente imposible⁹⁸.

b) Las atribuciones de la Commissione di Garanzia

La ley n° 146/1990, es reformada a los diez años de su vigencia por la ley n° 83 del 11 de abril de 2000 (ley n° 83/2000). Esta reforma vino a completar las lagunas que había evidenciado la ley de 1990 durante una década de aplicación, receptando la “jurisprudencia” de la *Commissione di Garanzia* y reforzando notablemente los poderes de este órgano.

⁹⁷ Cfr. BALLESTRERO, M. V., “*Diritto...*”, cit., p. 314/5.

⁹⁸ *Ibidem*.

La Comisión tiene la potestad de controlar y revisar incluso las “*prestaciones indispensables*” pactadas en convenios colectivos y autorreglamentos sindicales. En caso de que no existieran tales fijaciones autónomas, o de que a juicio de este órgano no resultaran idóneas para satisfacer las exigencias de tutela de los usuarios, la ley otorga a la Comisión de Garantías la atribución de dictarlas provisionalmente, si hubiera fracasado el intento de conciliación entre las partes del conflicto. Dicha reglamentación provisional, debe ser respetada por las partes mientras las mismas no aporten un nuevo acuerdo sobre servicios mínimos considerado idóneo por la propia Comisión⁹⁹. En caso de persistir un “fundado peligro” de perjuicio grave e inminente a los “los derechos de las personas constitucionalmente garantizados” derivado de la interrupción o alteración del funcionamiento del servicio por efecto de la huelga, la Comisión puede activar la “*precettazione*”.

Se trata del procedimiento por el cual la Comisión de Garantías le propone intervención en el conflicto a la autoridad gubernamental respectiva (el Presidente del Consejo de Ministros o un Ministro con facultades delegadas por aquél en caso de conflicto de relevancia nacional, o el Gobernador si no tiene dicho alcance) a efectos de que, agotado infructuosamente un nuevo intento conciliatorio, dicte una “ordenanza” que disponga las medidas necesarias para evitar el perjuicio a los derechos de las personas constitucionalmente protegidos. Tales medidas pueden consistir, por ejemplo, en la postergación de la huelga para una fecha diferente, la reducción de su duración o en la obligación de que tanto los sujetos convocantes de la misma como los trabajadores que adhieran y la Administración pública prestadora del servicio adopten medidas idóneas para asegurar niveles de funcionamiento del servicio “compatibles” con la salvaguarda de los mencionados derechos objeto de tutela constitucional. Como garantía de su eficacia, la ley 146/1990 prevé sanciones civiles y administrativas¹⁰⁰.

Por lo demás, las facultades de la *Commissione di Garanzia* están sujetas a la jurisprudencia del Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT.

VII. Los servicios esenciales en la reglamentación (decreto 272/06)

La *comisión independiente* en la cual el artículo 24 de la ley 25.877 delega la competencia para habilitar excepcionalmente la aplicación de la normativa sobre huelga en servicios esenciales a actividades no enumeradas expresamente como tales por la propia ley, con sujeción a circunstancias y supuestos específicos, ha sido creada, con casi dos años de retraso¹⁰¹, por el decreto n° 272/06 y denominada por este reglamento “Comisión de Garantías”, bajo la impronta del prestigioso órgano epónimo italiano.

VII.1. Naturaleza e integración de la Comisión de Garantías

⁹⁹ Cfr. BIAGI, M. e TIRABOSCHI, M., “*Instituzioni...*”, cit., pp. 435/6.

¹⁰⁰ *Ibidem*.

¹⁰¹ El decreto 272/06 apareció en el Boletín Oficial en fecha 13-03-2006; la ley 25.877 había obtenido publicación oficial el 19-03-2004.

Esta Comisión constituye un órgano de naturaleza arbitral no estatal — “independiente”, conforme exige la ley— que se integrará con cinco miembros (titulares y otros tantos suplentes) que durarán 3 años en su cargo, pudiendo ser reelectos por única vez (arts. 3º y 5º in fine). El decreto establece que la selección recaerá “*en personas de reconocida solvencia técnica, profesional o académica en materia de relaciones del trabajo, del derecho laboral o del derecho constitucional de destacada trayectoria*”. No pueden integrar la Comisión “*los legisladores nacionales, provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y quienes ocupen otros cargos públicos electivos y aquellas personas que ejerzan cargos electivos de dirección o conducción en partidos políticos, en asociaciones sindicales o en organizaciones de empleadores*” (art. 4º). Al no encontrarse incluidos dentro de la excepción, podrían integrar la Comisión los miembros del Poder Judicial y del Poder Ejecutivo siempre que reúnan las condiciones de idoneidad técnica exigidas por el propio reglamento.

La designación de los árbitros o *Comisionados* —en el sistema italiano se los denomina “*Garantes*”— atañe al Poder Ejecutivo nacional. Cuatro titulares y la misma cantidad de suplentes serán desinsaculados de las respectivas ternas de candidatos que deberán enviar “*las organizaciones de empleadores (Unión Industrial Argentina y Cámara Argentina de Comercio) y de trabajadores (CGT y CTA) más representativas, de la Federación Argentina de Colegios de Abogados y del Consejo Interuniversitario Nacional*”. El decreto establece la designación por el Poder Ejecutivo de un miembro titular, más su suplente (art. 5º), pero sin atribuirle la presidencia de la Comisión, que podrá dictar sus propias normas de funcionamiento, incluido el mecanismo de cooptación del que surja su titular (art. 6º).

La integración de la Comisión por un funcionario gubernamental no altera la independencia formal del órgano, en tanto la composición, ya sea de tipo *tripartito* como *pluripartito* o *plurisectorial*, resulta compatible con los principios de la OIT a los que reenvía el artículo 24 de la ley reglamentada, como demuestra la propia integración del Comité de Libertad Sindical, modelo de órgano imparcial de integración tripartita.

Lo que exige la doctrina de la OIT, como lo hace, en concreto, el Comité de Libertad Sindical, es que se garantice que las organizaciones de trabajadores y de empleadores puedan elegir a los miembros que los representen en los órganos de tipo arbitral, como es el caso de la Comisión de Garantías. Puntualmente, el Comité entendió que: “*el nombramiento por el ministro en último término de los cinco miembros del Tribunal de Arbitraje de los Servicios Esenciales pone en tela de juicio la independencia e imparcialidad de dicho Tribunal, así como la confianza de los interesados en tal sistema. Las organizaciones representativas de trabajadores y de empleadores deberían poder, respectivamente, elegir a los miembros del Tribunal de Arbitraje en los Servicios Esenciales que los representan*”¹⁰².

Como surge del citado pronunciamiento del Comité de Libertad Sindical, la designación de los miembros de la Comisión por el Ministro “en último término”, en sí, no resulta incompatible con la doctrina de los órganos de control mientras se asegure la posibilidad a las organizaciones sindicales y empresariales de “*elegir a sus representantes*”. De todos modos, la garantía efectiva de la imparcialidad constituye un

¹⁰² OIT-CLS, 295º informe, caso nº 1775, párr. 517; OIT, “*La Libertad...*”, cit., p. 124, párr. 550.

problema difícil de calificar teóricamente y a priori. No hay que olvidar que, por ejemplo, los exámenes que efectúan el Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Expertos no se limitan a lo puramente normativo ni en abstracto sino se llevan a cabo sobre casos concretos o sistemas jurídicopolíticos en particular, en los que se evalúan también las “prácticas nacionales”. Por ello, para juzgar la imparcialidad de la Comisión de Garantías, será preciso esperar a que el sistema comience a funcionar y este órgano concite el respeto y la confianza de las partes, lo cual, sin duda, dependerá en gran medida de las personalidades seleccionadas para integrarlo.

Por el momento, como principio de orientación general en este tema, conviene no perder de vista los *criterios* de los órganos de control de la OIT. Tiene dicho el Comité de Libertad Sindical que: *“En caso de mediación y arbitraje en conflictos colectivos, lo esencial es que todos los miembros de los órganos encargados de esas funciones no sólo sean estrictamente imparciales, sino que también lo parezcan, tanto a los empleadores como a los trabajadores interesados, para obtener y conservar la confianza de ambas partes, de lo cual depende realmente el funcionamiento eficaz del arbitraje, aun cuando sea obligatorio”*¹⁰³.

La Comisión de Expertos, al analizar la memoria argentina sobre el grado de aplicación del Convenio n° 87 en su informe dirigido a la 91ª Conferencia Internacional del Trabajo (2003), tomó nota de que el Gobierno manifestaba encontrarse *“analizando la posibilidad de dar mayores garantías al sistema previsto en el mencionado decreto (n° 843/2000), a través de la incorporación de la consulta a una comisión imparcial integrada por personas de reconocida solvencia técnica, con el fin de determinar el carácter esencial de un servicio que no se encontrara dentro de los estrictamente definidos como tales y que por sus características pudieran resultar asimilables”*. En ese pronunciamiento, los Expertos de la OIT recomendaron al Gobierno argentino *“que si prevé introducir modificaciones al decreto en cuestión 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 corresponda al Ministerio de Trabajo sino a un órgano independiente. La Comisión pide al Gobierno que le mantenga informada sobre toda medida que considere adoptar en relación con el decreto núm. 843/2000”*¹⁰⁴. En el mismo sentido se había pronunciado el Comité de Libertad Sindical en el ya comentado caso “UTA”.

VII.2. Funciones y facultades de la Comisión de Garantías¹⁰⁵

La competencia de la Comisión de Garantías se encuentra desagregada en una serie de atribuciones que enumera el art. 2° del decreto 272/06, entre cuyos incisos se deslizan algunos desvíos reglamentarios con respecto a lo establecido por el artículo 24 de la ley 25.877.

¹⁰³ OIT, “La Libertad...”, cit., p. 124, párr. 549.

¹⁰⁴ OIT, “Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones”, Informe III (Parte 1A), OIT, Ginebra, 2003, pp. 239 (resaltado agregado).

¹⁰⁵ El tema desarrollado en este punto ha sido tratado con anterioridad en mi monografía “Estado y sindicatos...”, citada en la nota preliminar.

A fin de acompañar la explicación del tema, conviene reproducir el texto del artículo 2º del decreto 272/06:

“La Comisión prevista en el tercer párrafo del artículo 24 de la Ley N° 25.877 se denominará COMISION DE GARANTIAS y estará facultada para:

a) Calificar excepcionalmente como servicio esencial a una actividad no enumerada en el segundo párrafo del artículo 24 de la Ley N° 25.877, de conformidad con lo establecido en los incisos a) y b) del tercer párrafo del citado artículo.

b) 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, conforme al procedimiento que se establece en el presente.

c) Pronunciarse, a solicitud de la Autoridad de Aplicación, sobre cuestiones vinculadas con el ejercicio de las medidas de acción directa.

d) Expedirse, a solicitud de la Autoridad de Aplicación, cuando de común acuerdo las partes involucradas en una medida de acción directa requieran su opinión.

e) Consultar y requerir informes a los entes reguladores de los servicios involucrados, a las asociaciones cuyo objeto sea la protección del interés de los usuarios y a personas o instituciones nacionales y extranjeras, expertas en las disciplinas involucradas, siempre que se garantice la imparcialidad de las mismas.

La Comisión podrá ser convocada por el MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL de oficio o a pedido de las partes intervinientes en el conflicto colectivo.”

Del tenor del artículo 24 de la ley 25.877 y del artículo 2º del decreto —incluso a pesar de la literalidad de algún inciso de este último— es posible extraer cuatro tipos de funciones de la Comisión, que pueden calificarse como: a) *normativas*, b) *arbitrales*, c) *consultivas* e d) *instrumentales*.

a) Función normativa

La función de carácter *normativo* de la Comisión de Garantías, proviene de la delegación de facultades dispuesta por el artículo 24 de la ley 25.877 a la “*comisión independiente*” para habilitar excepcionalmente la aplicación de la normativa sobre servicios esenciales a actividades distintas de las enumeradas en el mismo artículo legal y bajo las condiciones allí previstas.

La previsión legal encuentra su correlato reglamentario en el inciso a) del artículo 2º del decreto 272/06, que instrumenta la delegación de competencia en favor de la Comisión en estos términos: “*La Comisión (...) estará facultada para: a) Calificar excepcionalmente como servicio esencial a una actividad no enumerada en el segundo párrafo del artículo 24 de la Ley N° 25.877, de conformidad con lo establecido en los incisos a) y b) del tercer párrafo del citado artículo.*”

Los incisos a) y b) del tercer párrafo del artículo 24 —cabe recordar— se refieren a los supuestos de los denominados servicios esenciales “por extensión” y del “*servicio público de importancia trascendental*”, a los cuales ya me he referido líneas más arriba.

b) Función arbitral

b.1) Caracterización de la competencia de la Comisión de Garantías

La función *arbitral* de la Comisión de Garantías se relaciona con la facultad establecida en el inciso b) del artículo 2° del decreto reglamentario, caracterización que merece una explicación detenida, en tanto controvierte los términos expresos de la referida cláusula reglamentaria.

Sostengo que la facultad enumerada en el inciso b) del artículo 2° del decreto es de carácter *arbitral* y no *consultivo*, a pesar de que se encuentra formulada en el reglamento como un rol de asesoramiento al Ministerio de Trabajo. Tal como está redactado el inciso, la intervención de la Comisión aparece como una opinión dirigida a la autoridad de aplicación —no a las partes— con carácter no vinculante, pero ello resulta incompatible con lo establecido por la ley.

Como se ha dicho más arriba, el artículo 24 de la ley 25.877, en su primer párrafo, deriva la obligación de garantizar los servicios mínimos a la autorregulación de “la parte que decida la adopción de la medida de conflicto”. En ningún caso faculta a hacerlo al Ministerio de Trabajo y sólo ordena al poder administrativo el dictado de la reglamentación conforme a los principios de la OIT. No obstante ello, el art. 10 del decreto agrega, con notorio exceso reglamentario, que: “*Si las partes no cumplieran con las obligaciones previstas en los artículos 7º, 8º y 9º del presente Decreto, dentro de los plazos establecidos para ello, o si los servicios mínimos acordados por las mismas fueren insuficientes, la Autoridad de Aplicación, en consulta con la Comisión de Garantías, fijará los servicios mínimos indispensables para asegurar la prestación del servicio, cantidad de trabajadores que se asignará a su ejecución, pautas horarias, asignación de funciones y equipos, procurando resguardar tanto el derecho de huelga como los derechos de los usuarios afectados. La decisión será notificada a las partes involucradas y, en caso de incumplimiento, se procederá de acuerdo a lo previsto en el artículo 14 de la presente reglamentación.*”

La sustracción de las facultades atribuidas por la ley a las partes para traspasárselos a la autoridad administrativa, al mismo tiempo que constituye una violación de los *criterios o principios* de la OIT a los cuales el art. 24 de la ley 25.877 condiciona la validez de la reglamentación, configura una contravención a la Constitución Nacional, tanto a las normas que organizan la escala jerárquica del ordenamiento jurídico (art. 28, 31 y 99, inc. 2° y cc.) como al artículo 14 bis, cuyo segundo párrafo consagra a “*la conciliación y el arbitraje*” como derechos fundamentales de los “*gremios*”, todo lo contrario de la imposición autoritaria por parte de la Administración estatal. En el mismo sentido, la doctrina de los órganos de control de normas de la OIT considera a la conciliación y el arbitraje como “*garantías compensatorias*” de las restricciones al ejercicio del derecho de huelga en los servicios esenciales.

La nulidad, por inconstitucionalidad, del citado precepto reglamentario hace necesario establecer si existe o no un sujeto u órgano —y en su caso, de cuál se trata— que pueda asumir en última instancia la competencia no ejercitada por las partes, función de relevancia nuclear en este sistema regulatorio de la huelga en los servicios esenciales.

En camino a encontrar una solución a la cuestión, no me parece que se pueda sostener válidamente que el lugar que eventualmente deje vacante la autorregulación no podría ser ocupado por la intervención de ningún otro órgano. Tal sería una hipótesis utópica y a la vez riesgosa, dado que el vacío de regulación o de competencia —como siempre ocurre— sería llenado inmediatamente por el poder de policía estatal —que tiene una inclinación natural por el orden— limitando el ejercicio del derecho de huelga, como demuestra el examen de los sistemas comparados, en particular, el caso de España, luego de que el fracaso del intento de legislación consensuada abrió paso a la fijación de servicios mínimos por las autoridades gubernativas sin encontrar oposición por parte del Tribunal Constitucional.

A la solución del problema se arriba a través de la cláusula final del artículo 24 de la ley 25.877, que ordena a la reglamentación conformarse “a los principios de la Organización Internacional del Trabajo”. La compatibilización entre la normativa legal y reglamentaria y los “criterios” o “principios” de la OIT —y al mismo tiempo, entre el ejercicio del derecho de huelga y el resguardo de los demás derechos o bienes fundamentales protegidos— sólo se consigue si la fijación de servicios mínimos, a falta de acuerdo entre las partes, queda bajo la competencia de la Comisión de Garantías; no si la ejecuta el Ministerio de Trabajo y esta función arbitral, central en el sistema —que estaría llamado a cumplir el órgano arbitral independiente—, queda devaluada a un rol meramente consultivo.

Si bien, como se ha señalado, el artículo 24 de la ley imputa a la parte que decida la medida de conflicto la facultad y la responsabilidad de garantizar la prestación de los servicios mínimos, la atribución de competencia a la Comisión de Garantías para determinar estos servicios en caso de desacuerdo entre aquéllas, resulta inobjetable en términos jurídicos, en tanto esa metodología de equilibrio entre el ejercicio del derecho de huelga y el resguardo de los bienes vitales de la población (*vida, seguridad y salud*) encuentra plena admisibilidad en los “criterios” o “principios” de la OIT, a los cuales reenvía la propia ley. Tal intervención en última instancia de la Comisión comporta, en definitiva, un recorte o “externalización”¹⁰⁶ del poder de policía estatal en favor de un organismo imparcial, lo que constituye, como contrapartida, una garantía concedida a la autonomía de las partes.

No puede soslayarse a este efecto, la existencia de una observación puntual de la Comisión de Expertos de la OIT que pone el foco sobre este aspecto concreto de la reglamentación del derecho de huelga en los servicios esenciales, a través de la cual previno al Estado argentino que para la fijación de servicios mínimos —siempre a falta de acuerdo de las partes— no es suficiente la “consulta” a una comisión imparcial, sino que la fijación de servicios mínimos esenciales, en tal caso, no debe corresponder al Ministerio de Trabajo sino a un “órgano independiente”.

En el informe dirigido a la 91ª Conferencia Internacional del Trabajo (2003), los Expertos tomaron nota de que el Gobierno se había referido al decreto 843/2000 en su memoria sobre el grado de aplicación del Convenio n° 87, en la cual manifestaba que se encontraba “analizando la posibilidad de dar mayores garantías al sistema previsto en el

¹⁰⁶ Expresión de SIMON, Julio César, en “Breves reflexiones sobre la huelga en los servicios esenciales, la racionalidad y el poder”, Rev. Jur. La Ley, suplemento especial 70º aniversario.

mencionado decreto, a través de la incorporación de la consulta a una comisión imparcial integrada por personas de reconocida solvencia técnica, con el fin de determinar el carácter esencial de un servicio que no se encontrara dentro de los estrictamente definidos como tales y que por sus características pudieran resultar asimilables". Los Expertos concluyeron dirigiendo al Gobierno argentino la siguiente recomendación —“criterio” en la terminología legal— específica sobre el establecimiento de servicios mínimos: *“la Comisión sugiere al Gobierno que si prevé introducir modificaciones al decreto en cuestión 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 corresponda al Ministerio de Trabajo sino a un órgano independiente. La Comisión pide al Gobierno que le mantenga informada sobre toda medida que considere adoptar en relación con el decreto núm. 843/2000”*¹⁰⁷. En el mismo sentido se había pronunciado el Comité de Libertad Sindical en el caso “UTA”.

Este *criterio* dirigido especialmente al Estado argentino, tiene valor de ley por eficacia de los inequívocos términos del artículo 24 de la ley 25.877. Por lo tanto, no puede dejar de ser tenido en cuenta por las autoridades administrativas ni judiciales ni por la propia Comisión de Garantías. No sería posible convalidar el absurdo jurídico que implicaría admitir que el decreto consumara una violación frontal de la teleología y el espíritu de la misma ley que pretende reglamentar; ley que por otra parte ratifica —como se señaló— la derogación de las normas que establecían el arbitraje obligatorio y prevé expresamente que la reglamentación se subordine a los principios de la OIT.

Dado que los criterios de los órganos de la OIT dirigidos al Estado argentino, tienen valor de ley, por el cual se sobreponen a la norma reglamentaria, de acuerdo con los inequívocos términos del reenvío contenido en el artículo 24 de la ley 25.877, no pueden dejar de ser tenidos en cuenta ni por las autoridades administrativas y judiciales ni por la Comisión de Garantías.

En conclusión, con respecto a la decisión arbitral sobre los servicios mínimos, la única vía de salvar la constitucionalidad de los artículos 2° inciso b) y 10 del decreto 272/06 —que constituyen el corazón de la nueva reglamentación— consiste en interpretar que la función de la Comisión de Garantías no es meramente consultiva del Ministerio de Trabajo, sino que ella ejerce la plena competencia derivada de la ley para determinarlos en el supuesto de falta de acuerdo entre las partes. En tal caso, el Ministerio deberá limitarse a hacer propios los términos del laudo que dicte la Comisión y a canalizar el mismo administrativamente para asegurar su inmediato conocimiento por las partes, a la manera en que el Consejo de Administración de la OIT emite las *Recomendaciones* que van dirigidas a los Gobiernos sin modificar una coma a las *Conclusiones* del Comité de Libertad Sindical, contenido éste que integra el acervo jurídico al que reenvía el artículo 24 de la ley 25.877, integrándolo así al ordenamiento jurídico con jerarquía superior a la reglamentación.

b.2) Improcedencia de la revisión de los servicios acordados por la partes

¹⁰⁷ OIT, “Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones”, Informe III (Parte 1A), OIT, Ginebra, 2003, pp. 239 (resaltado agregado).

El mismo inciso b) del artículo 2° prevé una intervención del Ministerio de Trabajo que luce como un notorio exceso reglamentario insalvable, en tanto comporta una variante del arbitraje obligatorio, instituto suprimido íntegramente por la ley 25.877.

El mencionado inciso b) delega en la autoridad de aplicación, careciendo de sustento en la normativa superior, una facultad de revisión de los servicios mínimos eventualmente acordados por las partes cuando aquélla los considere discrecionalmente “insuficientes”, lo que permite controvertir la validez y legitimidad de esta cláusula.

Esta atribución de revisar y modificar los acuerdos de las partes por supuesta “insuficiencia”, puesta en poder de la autoridad administrativa, configura una manifiesta violación de la normativa superior por el reglamento, porque contraviene no sólo la letra y “el espíritu” del artículo 24 de la ley 25.877 y los “*criterios*” y “*principios*” de la OIT —a los cuales el reglamento debe conformarse— sino, consecuentemente, las normas constitucionales que organizan la escala jerárquica del ordenamiento jurídico (arts. 28; 31; 75, inc. 22; y 99, inc. 2°, CN; PIDESC y PIDCP; y convenios n° 87, 98 y 154, OIT) y el artículo 14 bis, cuyo segundo párrafo, como se señaló más arriba, garantiza “*la conciliación y el arbitraje*” como derechos de “*los gremios*”, lo que impide la revisión imperativa del acuerdo conciliatorio por la administración estatal. Del mismo modo, de acuerdo con los *criterios* o *principios* de los órganos de control de normas de la OIT, los procedimientos de conciliación y los sistemas paritarios de arbitraje constituyen “*garantías apropiadas*”, compensatorias de las restricciones que por sí recibe el ejercicio del derecho de huelga en los servicios esenciales¹⁰⁸.

La atribución de un poder de revisión del acuerdo de partes a la autoridad estatal, carece de coherencia y legitimidad en el marco de una nueva legislación que resultó objeto de consulta a los actores sociales y que pretende un mayor ajuste en el respeto a las normas y principios de la OIT; organización que anteriormente, a través de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, había exteriorizado su beneplácito por la derogación del decreto 2184/90 y su reemplazo por el decreto 843/00¹⁰⁹. Vale recordar que el decreto 843/00 no contemplaba la facultad que surge ahora del art. 2° inciso b) del decreto 272/06. Sólo permitía —a pesar de reglamentar una norma legal mucho más intervencionista y restrictiva del ejercicio del derecho de huelga— la fijación de servicios mínimos por parte del Ministerio sólo cuando el acuerdo entre las partes no fuera posible y bajo el condicionamiento del control judicial “*de razonabilidad*” y sin poder superar un límite máximo del 50% del servicio (art. 4°, dec. 843/00); límites y condiciones a la intervención administrativa que no contempla el nuevo reglamento, sin perjuicio de la aclaración formulada en el subpunto b.4).

En cambio, si esta facultad fuera puesta en cabeza de la Comisión de Garantías resultaría admisible, de acuerdo con la doctrina de los órganos de la OIT, en situaciones

¹⁰⁸ Cfr. OIT, “*La Libertad...*”, cit., p. 124, párr. 551.

¹⁰⁹ La Comisión de Expertos, en el ya citado pronunciamiento en su informe de 2001, tomó nota “*con satisfacción (...) de que el decreto núm. 843/2000 sobre servicios esenciales permite la huelga en servicios esenciales en el sentido estricto del término*”, y destacó que dicho decreto previera que las partes debieran ponerse de acuerdo sobre los servicios mínimos, “*pudiendo el Ministerio de Trabajo determinarlo si el acuerdo no fuera posible (en ningún caso se podrá imponer a las partes una cobertura mayor al 50 por ciento)*.” Cfr. OIT-CEACR, “*Aplicación*”, Informe cit., pp. 242/3.

en que se encuentren en juego “*servicios esenciales en el sentido estricto del término*”, categoría que para la OIT abarca un listado breve de actividades —que tiene gran similitud con la enumeración del art. 24 de la ley 25.877— en las cuales, por encontrarse en peligro la *vida*, la *seguridad* o la *salud* de la población, la doctrina de los órganos de control llega a justificar hasta la prohibición de la huelga¹¹⁰. Conforme a la jurisprudencia del Comité de Libertad Sindical, integran el concepto de servicios esenciales en sentido estricto para la OIT: “*el sector hospitalario; los servicios de electricidad; los servicios de abastecimiento de agua; el control de tráfico aéreo*”. La enumeración contempla también a “*los servicios telefónicos*”, a los cuales la normativa argentina no incluye dentro de la calificación estricta¹¹¹. En el modelo italiano —viene al caso recordar— la ley n° 146/90, con la reforma de la ley n° 83/00, atribuye a la *Comissione di Garanzia* la potestad de modificar provisionalmente los mínimos acordados por la partes con el objeto de asegurar las “*prestaciones indispensables*”, a lo cual se suma la posibilidad de intervención en última instancia del Gobierno (Presidente del Consejo de Ministros, Ministro con facultad delegada o Gobernador, según el alcance del conflicto) dictando la ordenanza de “*precezione*”¹¹².

Si la huelga afectara actividades no enumeradas, pero en las cuales la Comisión de Garantías interviniera por la *delegación* efectuada por el art. 24 de la ley, declarando aplicable esta normativa “por extensión” o por tratarse de un “*servicio público de importancia trascendental*”, no resultaría admisible la revisión de lo acordado por las partes ni siquiera por la propia Comisión de Garantías. Tal intervención del órgano arbitral sólo sería válida y justificable, bajo expresión fundada, en una situación extrema en la que existieran serios indicios de que los servicios mínimos consensuados resultaran notoriamente insuficientes para despejar la “*amenaza evidente e inminente para la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población*”¹¹³. Se trata de la previsión de una hipótesis muy excepcional, prácticamente teórica, que sería procedente sólo si el órgano facultado fuera la Comisión de Garantías —cuyo ejercicio requeriría de todos modos, la mayor prudencia de sus miembros para no afectar la garantía del derecho de huelga y también para no minar la confianza de la partes, imprescindible para la efectividad del sistema—, pero nunca si se pretende instrumentar bajo la forma de una atribución de competencia exorbitada a la autoridad administrativa.

b.3) Irrecurribilidad de los laudos de la Comisión de Garantías

Ni el decreto 272/06 ni el artículo 24 de la ley prevén instancia recursiva alguna contra el *laudo* de la Comisión de Garantías. La hipótesis de recurribilidad de este pronunciamiento de la Comisión —sin perjuicio de la opinión que sostendré más abajo— se presenta como muy ardua sino imposible de encajar en toda la normativa procesal vigente, entre otros aspectos, por la naturaleza arbitral no administrativa ni judicial del órgano que lo emite.

¹¹⁰ OIT, “*La Libertad...*”, cit., p. 122, párr. 540.

¹¹¹ OIT, “*La Libertad...*”, cit., pp. 122/3, párr. 544.

¹¹² Para una descripción de este procedimiento, v. BALLESTRERO, M. V., “*Diritto...*”, cit., pp. 327/8.

¹¹³ OIT, “*La Libertad...*”, cit., p. 122, párr. 540.

Si bien cabría hacer algún paralelismo con las situaciones que dan lugar el recurso previsto en el artículo 62 de la ley 23.551, considero no aplicable esta apelación desde la perspectiva de que la competencia no la tiene el Ministerio de Trabajo sino la Comisión de Garantías. Además, la ley 23.551 no prevé la legitimación empresarial para dicha instancia recursiva, con lo que la misma no resultaría aplicable a las medidas de conflicto ejercidas por empleadores —como por ejemplo el *lock out*—, para las cuales también rige la normativa que resguarda los servicios esenciales.

La revocatoria de los laudos de la Comisión traería aparejados, por otra parte, problemas adicionales. Uno de ellos estaría en la segura extralimitación que acarrearía el trámite del hipotético recurso al plazo máximo de conciliación obligatoria previsto en la ley 14.786, el cual no puede extenderse más allá de los 20 días hábiles que autoriza el artículo 11 de la misma. El otro problema estaría en determinar el *efecto* que tendría la interposición del no instrumentado recurso. Si el mismo tuviera admisibilidad, su interposición no podría sino tener efecto *suspensivo*, tal como razona Ciampa¹¹⁴, en resguardo de la garantía del derecho de huelga, aunque entiendo que con esto se tornaría abstracta la sustanciación de tal revocatoria.

En mi opinión, dado el carácter arbitral de la intervención de la Comisión de Garantías, debe estarse a la jurisprudencia de los órganos de control de la OIT, como por ejemplo el Comité de Libertad Sindical, que tiene dicho que “*la limitación de la huelga debe ir acompañada por procedimientos de conciliación y arbitraje adecuados, imparciales y rápidos en que los interesados puedan participar en todas las etapas, y en los que los ‘laudos’ dictados deberían ser aplicados por completo y rápidamente*”¹¹⁵. Es decir que, en virtud de la aplicación de los principios de la OIT, los pronunciamientos que emita la Comisión de Garantías deben ser *ejecutorios* —en los términos del Comité de Libertad Sindical, “*aplicados por completo y rápidamente*”—, lo que implica decir “irrecurribles”, como por otra parte cabe a todo laudo arbitral, cuya impugnación se subordina a las causales de nulidad por resolución de materias no sometidas al arbitraje o fuera de término.

La vigencia de este “criterio vinculante” de los órganos de control de la OIT no excluye toda posibilidad de impugnación de un eventual laudo de la Comisión de Garantías cuando éste resulte violatorio de la libertad sindical; en cuyo caso, la organización sindical o los trabajadores que vieren impedido u obstaculizado el ejercicio de la libertad sindical, podrán ejercer la acción de amparo especial prevista en el artículo 47 de la ley 23.551. Ello, del mismo modo que toda persona que considere afectados o amenazados “con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta” sus derechos y garantías reconocidos por la Constitución, los tratados o las leyes, tendrá a su alcance la acción de amparo ofrecida por el artículo 43 del texto constitucional.

Tanto los señalados excesos reglamentarios como la problemática derivada de la ejecutoriedad de los laudos de la Comisión de Garantías, podrían subsanarse a través de un mecanismo de concertación o diálogo social, que se convoque con anticipación a que

¹¹⁴ CIAMPA, Gustavo, exposición en las “XXXI Jornadas de Derecho Laboral – Por la Progresividad de las Normas en el Derecho del Trabajo” organizadas por la Asociación de Abogados Laboristas, Colonia del Sacramento, Uruguay, 27/29 de octubre de 2005.

¹¹⁵ OIT-CLS, recopilación cit., párr. 547 (entrecomillado agregado).

este órgano comience a funcionar, en el que se acuerden las reglas de interpretación del inciso b) del artículo 2º del decreto —en el que se encuentran sendos defectos— y las reglas de juego o de comportamiento básicas para el funcionamiento del sistema en condiciones de respeto a la garantía de los derechos y de confiabilidad para las partes, los usuarios y el Estado.

b.4) Vigencia del límite máximo del 50 % del servicio

Otra materia cuestionable de la nueva reglamentación, que también la muestra a contramano del sentido de la ley 25.877, reside en la supresión del límite máximo del 50% del servicio de funcionamiento.

Sin perjuicio de la crítica que merece tal supresión de la literalidad legal, considero posible sostener que el 50% del servicio de funcionamiento, continúa vigente como límite máximo a la fijación de servicios mínimos por un sujeto distinto de las partes, en función de la vigencia adquirida por los pronunciamientos de los órganos de control de la OIT como fuente de derecho interno.

Concretamente, dicho límite máximo a la fijación de servicios mínimos por un mecanismo arbitral, es objeto de mención por la Comisión de Expertos en el ya citado pronunciamiento de 2001, mereciendo el beneplácito de este órgano. En el último párrafo de aquél comentario, la Comisión “*tomó nota con satisfacción (...) de que el decreto núm. 843/2000 sobre servicios esenciales permite la huelga en servicios esenciales en el sentido estricto del término*”, y destacó que dicho decreto previera que las partes debieran ponerse de acuerdo sobre los servicios mínimos, “*pudiendo el Ministerio de Trabajo determinarlo si el acuerdo no fuera posible (en ningún caso se podrá imponer a las partes una cobertura mayor al 50 por ciento)*.”¹¹⁶

c) Función consultiva

De acuerdo con los incisos c) y d) del artículo 2º del decreto 272/06, la Comisión de Garantías se encuentra facultada para: “*c) Pronunciarse, a solicitud de la Autoridad de Aplicación, sobre cuestiones vinculadas con el ejercicio de las medidas de acción directa. b) Expedirse, a solicitud de la Autoridad de Aplicación, cuando de común acuerdo las partes involucradas en una medida de acción directa requieran su opinión.*”

Estas funciones atribuidas a la Comisión de Garantías por la reglamentación resultan inobjetablemente de tipo consultivo, complementarias de la competencia arbitral del órgano, que podrá, en los supuestos previstos en la norma reglamentaria, emitir su opinión a solicitud del Ministerio de Trabajo, tanto motivada en el interés de la propia Administración como en el interés conjunto de las partes en obtener dicho pronunciamiento.

Las intervenciones de este tipo —que denominaré *dictámenes* de la Comisión, para distinguirlos de los laudos *arbitrales* que emita este mismo órgano en ejercicio de su función principal— no tienen efecto vinculante para las partes del conflicto, ni podrán ser

¹¹⁶ OIT-CEACR, “*Aplicación*”, Informe cit., pp. 242/3.

utilizados como pseudonormas reglamentarias para agregar restricciones al ejercicio del derecho de huelga.

d) Función instrumental

El inciso e) del mismo artículo 2º del reglamento faculta a la Comisión de Garantías para: “*Consultar y requerir informes a los entes reguladores de los servicios involucrados, a las asociaciones cuyo objeto sea la protección del interés de los usuarios y a personas o instituciones nacionales y extranjeras, expertas en las disciplinas involucradas, siempre que se garantice la imparcialidad de las mismas.*”

El uso de esta facultad se encuentra destinado a que el órgano pueda reunir la información y la ilustración que considere necesarias o conducentes a los efectos de cumplir su cometido con adecuado equilibrio y ponderación de los derechos e intereses involucrados y los efectos no sólo jurídicos sino también materiales de su intervención.

La información podrá ser recabada a través de organismos públicos y de instituciones nacionales o extranjeras de imparcialidad y especial conocimiento de las disciplinas involucradas —lo que incluye indudablemente a la OIT—, además de organizaciones defensivas de los intereses de los usuarios y de *personas expertas*.

VIII. Epílogo

Entre las muchas son las cuestiones que es necesario resolver para la aplicación de la todavía reciente normativa y la puesta en ejecución del nuevo sistema de arbitraje en la huelga en los servicios esenciales, uno de los grandes temas pendientes y que requiere pronta definición es el atinente a la vigencia del sistema en los ámbitos provinciales.

Los nuevos institutos emanan de la *legislación de fondo* que compete al Congreso (art. 75, inc. 12, CN), con jerarquía de “*ley suprema de la Nación*” (arts. 31 y 75, inc. 22, CN). Por lo tanto, la adecuación normativa podría implementarse —a mi entender y entre otros métodos institucionales— a través de la adhesión de los Estados provinciales al sistema que tiene como núcleo al artículo 24 de la ley 25.877 y la Comisión de Garantías creada por el decreto 272/06 —por ejemplo, un mecanismo de “ley-convenio” análogo al establecido en la Ley del Pacto Federal, n° 25.212.

Por su parte, las respectivas legislaciones provinciales deberán asegurar la eliminación del arbitraje forzoso —que subsiste en diversos regímenes y procedimientos locales— y los cauces formales para la derivación de los conflictos ocurridos en sus respectivos ámbitos territoriales a la competencia de la Comisión de Garantías. ♦