

¿FONDO DE CESE O CESE DEL FONDO?

Rolando E. Gialdino¹

A. La ley 27.742, vejatoria y retorcida por variadas razones, prescribe que “[m]ediante convenio colectivo de trabajo, las partes podrán sustituir la indemnización prevista en el artículo 245 de la ley 20.744 por un fondo o sistema de cese laboral conforme los parámetros que disponga el Poder Ejecutivo nacional” (art. 96). Por cierto, ya se han elaborado y publicado impugnaciones más que fundadas, cuanto inteligentes, que vacían de toda validez jurídica atamano agravio. De ahí que el interés de estas breves líneas, solo reside en añadir un fundamento más en análogo sentido, para lo cual nos apoyaremos en algunos pasajes, del todo decisivos para el presente asunto, expuestos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en *Derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, y su relación con otros derechos, con perspectiva de género*, derivados del art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), de inequívoca jerarquía constitucional (art. 75.22, segundo párrafo. Constitución Nacional [CN])².

B. Como es sabido, en la citada oportunidad, entre otras respuestas, el Tribunal atendió la pregunta formulada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos acerca de si “es posible permitir de manera general que las protecciones establecidas por la legislación puedan ser derogadas ‘in peius’ por medio de la negociación colectiva” (§ 143). Para contestar, la Corte regional partió de una base que no siempre ha sido tenida lo suficientemente en consideración, o siquiera identificada³, no obstante que exhibe una relevancia mayor, en la medida en que perfila la matriz que da forma al objeto y fin de las convenciones colectivas. En efecto, tras mencionar que “las normas jurídicas laborales, tanto aquellas de origen internacional como nacional, fijan *mínimos legales* de protección de los derechos de los trabajadores y las trabajadoras”, sostuvo que ello no obstaba “a la creación de acuerdos que las *complementen* por parte de los sindicatos en la negociación

¹ Abogado y Doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires. Fue Secretario de Corte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en materia de Derecho del Trabajo y Derechos Humanos. Profesor de Derechos Humanos en la Universidad Nacional de Cuyo, en la Universidad Nacional del Litoral y en la Universidad Andina Simón Bolívar (Ecuador), de Derecho Constitucional en la Universidad Católica Argentina, y de instituciones jurídicas argentinas en la Southwestern University School of Law de California (Estados Unidos). Conferencista. Autor de libros y publicaciones.

² Opinión Consultiva OC-27/21, 5/5/2021, Serie A N° 27. La cita de párrafos (§) referirá a esta Opinión salvo indicación en contrario.

³ Como es el caso del Convenio N° 154 sobre la negociación colectiva (1981), art. 2. Por lo contrario, diversos instrumentos adoptados por los Estados americanos “entienden a la libertad sindical como un derecho humano, y resaltan su importancia para el *mejoramiento* de las condiciones de vida de los trabajadores y las trabajadoras” (§ 55). Algo también podría tomarse de la Carta Democrática Interamericana: “La democracia se fortalece con el mejoramiento de las condiciones laborales y la calidad de vida de los trabajadores del Hemisferio” (art. 10).

colectiva” (§ 144, *itálicas agregadas*, y sus citas de Comité de Libertad Sindical y de Carta Internacional Americana de Garantías Sociales).

Vale decir, sosteniendo una verdad inconcusa: el “derecho laboral tiene un carácter protector” (§§ 145 y 146), la Corte IDH aseguró que “el derecho a la negociación colectiva se dirige a proteger a las organizaciones de trabajadores y trabajadoras para que se encuentren en condiciones de negociar con sus empleadores, con el objetivo principal de *mejorar* sus condiciones de vida y de trabajo” (§ 145, *itálica agregada*); que “la garantía del derecho a la libertad sindical, con sus componentes del derecho a la negociación colectiva y la huelga, se constituyen como instrumentos que permiten a los trabajadores y las trabajadoras aspirar a tener *mejores condiciones laborales y de vida*” (§ 131, *itálicas agregadas*)⁴. Previamente, había consignado que el derecho a la negociación colectiva, como parte esencial de la libertad sindical, estaba compuesto de diversos elementos, que incluyen, entre otros dos, “el estímulo progresivo a procesos de negociación voluntaria entre empleadores y empleadoras, y trabajadores y trabajadoras, que permitan *mejorar*, a través de contratos colectivos, las condiciones del empleo” (§ 94, *itálicas agregadas*). Ergo, dicho carácter protector —que tiene como punto de partida el desbalance de poder entre los trabajadores y las trabajadoras, y los empleadores y empleadoras, al momento de negociar sus condiciones laborales (§ 146)— determina “que permitir que la ley laboral pueda ser derogada, de manera general, *in peius*, en virtud de un contrato colectivo, colocaría a los trabajadores y las trabajadoras en una situación mayor de desventaja frente al empleador, potencialmente provocando el desmejoramiento de sus condiciones de trabajo y de vida, y vulnerando así el mínimo de protección establecido por el derecho nacional e internacional” (*ídem*). Por lo contrario, sí pueden, y nos arriesgamos a decir: deben, “mejorar la legislación laboral cuando se amplíe el ámbito de protección de los derechos laborales, salvo que la ley interna contenga disposiciones que limiten esa posibilidad de manera justificada” (*ídem*).

C. Más aún. Dado que los arts. 1.1 y 2, CADH, imponen a los Estados la obligación de “respetar y garantizar el contenido mínimo de los derechos protegidos por dicho tratado y de lograr que estos sean reconocidos en su derecho interno, no pudiendo restringirlos ni limitarlos salvo en las condiciones que el propio tratado permite”, dado ello, repetimos, los

⁴ “[L]os derechos a la libertad de expresión, de reunión y de asociación, en su relación con la libertad sindical, la negociación colectiva y la huelga, constituyen derechos fundamentales para que los trabajadores y las trabajadoras, y sus representantes, se organicen y expresen las *reivindicaciones* específicas acerca de sus condiciones laborales, para poder así representar efectivamente sus intereses ante el empleador, e incluso participar en cuestiones de interés público con una voz colectiva” (§ 141, *itálica agregada*); “los Estados deben abstenerse de realizar conductas que limiten a los sindicatos ejercer el derecho de negociar para tratar de *mejorar* las condiciones de vida y de trabajo de aquellos a quienes representen” (§ 91, *itálica agregada*); “la negociación colectiva y la huelga son mecanismos habilitantes para las mujeres para superar la discriminación estructural en el ámbito laboral, su respeto y garantía resulta fundamental para *mejorar* sus condiciones de vida y laborales” (§ 142); “el Tribunal considera relevante recordar que el derecho a la negociación colectiva se dirige a proteger a las organizaciones de trabajadores y trabajadoras para que se encuentren en condiciones de negociar con sus empleadores, con el objetivo principal de *mejorar* sus condiciones de vida y de trabajo (*supra* párr. 94)” (§ 145).

derechos laborales que se encuentren protegidos por el art. 26, CADH, “deben ser garantizados por el Estado y reconocidos en el derecho interno, constituyendo un *límite* a la posibilidad de que los mismos sean derogados por acuerdos llevados a cabo en el ejercicio de la negociación colectiva” (§ 147, *itálica agregada*). No es casual, entonces, y sí de relevancia nada menor, la suerte de analogía teleológica que encuentra el Tribunal regional entre el derecho a la negociación colectiva y los tratados de derechos humanos: aquel derecho “debe ser entendido en su relación con el fin y propósito de los tratados de derechos humanos”, *i.e.*, “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos’, incluidos sus derechos laborales” (§ 149).

D. En tales condiciones, merece subrayarse con doble trazo, que el “derecho al trabajo”, prescripto por el art. 26, CADH, incluye “el derecho a la estabilidad laboral”, el cual, en el ámbito privado, se traduce en principio en los siguientes deberes estatales: “a) adoptar las medidas adecuadas para la debida regulación y fiscalización de dicho derecho; b) proteger al trabajador y trabajadora, disuadiendo la conducta disvaliosa por parte del empleador, a través de sus órganos competentes, contra el despido injustificado; c) *en caso de despido injustificado, remediar la situación (ya sea, a través de la reinstalación o, en su caso, mediante la indemnización y otras prestaciones previstas en la legislación nacional, a opción del trabajador)*. Por ende, d) el Estado debe disponer de mecanismos efectivos de reclamo frente a una situación de despido injustificado, a fin de garantizar el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva de tales derechos” (§ 129, *itálicas agregadas*)⁵.

E. Ahora bien, al orden de ideas que venimos exponiendo, se yuxtapone otro elemento de fuerte gravitación, el principio de progresividad en su manifestación, como regla, de prohibición de regresividad, “de forma tal que las medidas de carácter deliberadamente regresivo de los derechos requerirán de la consideración más cuidadosa, y en adecuada justificación respecto a la totalidad de los derechos y al aprovechamiento máximo de los recursos disponibles” (§ 147)⁶. De consiguiente, toda vez que las medidas que restrinjan derechos reconocidos en la legislación laboral deben ser realizadas conforme a condiciones establecidas en la CADH, “no sería jurídicamente válido que la legislación nacional autorice a las partes negociantes de un convenio colectivo de trabajo [que] puedan renunciar a la protección de los derechos reconocida en el ámbito interno”. Esto constituiría incumplimiento de las obligaciones de “desarrollo progresivo”, en tanto permitiría que los trabajadores y las trabajadoras, y los empleadores y empleadoras, a través de la negociación colectiva, es decir a partir de un acto de autonomía privada, deroguen derechos reconocidos

⁵ Asimismo, Corte IDH; *Lagos del Campo vs. Perú*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 31/8/2017, Serie C N° 340, §§ 149/150, y *Trabajadores Cesados de Petroperú y otros Vs. Perú*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 23/11/2017, Serie C N° 344, § 192, entre otros.

⁶ El principio de progresividad se alza no solo como un “principio arquitectónico del Derecho Internacional de los Derechos Humanos sino también [como] una regla que emerge de las disposiciones de nuestro propio texto constitucional en la materia” (Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Registro Nacional de Trabajadores Rurales y Empleadores c. Poder Ejecutivo Nacional y otro s/ acción de amparo*, Fallos 338:1347, § 6 y sus citas —2015—).

F. Paremos mientes, finalmente, por cuanto hemos encontrado fundamento en diversos precedentes de la Corte IDH, en que “todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la [CADH] tienen la obligación de ejercer un control de convencionalidad”¹⁰, para lo cual, es preciso “tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”, tanto en su faz contenciosa cuanto en la consultiva¹¹.

culturales fundamentales han sido reconocidos en anteriores instrumentos internacionales, tanto de ámbito universal como regional, resulta[ba] de gran importancia que éstos [fuesen] reafirmados, desarrollados, perfeccionados y protegidos en función...” (Preámbulo, párrafo séptimo, *itálicas agregadas*).

¹⁰ Corte IDH, *Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 28/8/2014, Serie C N° 282, § 497.

¹¹ Ídem, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, Opinión Consultiva OC-21/14, 19/8/2014, Serie A N° 21, § 31. “[L]as Opiniones Consultivas cumplen, en alguna medida, la función propia de un control de convencionalidad preventivo” (ídem, *Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-22/16, 26/2/2016, Serie A N° 22, § 26).