

APLICAÇÃO DAS NORMAS DA OIT NAS LIDES TRABALHISTAS*

APPLICATION OF ILO STANDARDS ON LABOUR ISSUES

Carlos Alberto Toselli**

1 Introdução

El primer aspecto que debemos analizar puesto a verificar la posibilidad de aplicación de las normas de la O.I.T. dentro de los procesos laborales nacionales, es cuál es la categoría normativa que le hemos de asignar a las mismas.

Ello ha de ser así, por cuanto la sanción de los Convenios de la OIT, que es el cuerpo normativo que verificaremos, ya que es el único que en realidad reúne tal carácter, puesto que las Recomendaciones revisten el contenido de instrucción moral pero sin inserción específica en el marco legislativo y los dictámenes y observaciones de los órganos de consulta y comités específicos si bien pueden ser considerados como una especie de cuerpo jurisprudencial, tal categorización dependerá del valor que se le asigne a tales organismos. En cambio los Convenios requieren de un modo complejo para su aproba-

ción y puesta en vigencia, con la posibilidad incluso de los países miembros de proceder a su denuncia cuando se den los requisitos o las decisiones de política laboral nacional que así lo habiliten o justifiquen, sin perjuicio de lo que infra señalaré respecto de cómo opera tal posibilidad dentro del contexto del principio de progresividad, conforme al modo que entiendo es de aplicación en el ordenamiento legislativo y también en la hora de su resolución judicial.

El jurista argentino Geraldo Von Potovsky, con relación al valor de los convenios de la Organización Internacional del Trabajo señalaba: “¿Cuál es la situación en la que se encuentran los convenios de la Organización Internacional del Trabajo ante la reforma constitucional? Si bien, su rango es ahora claramente superior al de las leyes, ninguno de los convenios que conforme a la clasificación de la OIT forman parte de los derechos humanos fundamentales

*XII Congresso Nacional de Direito do Trabalho e Processual do Trabalho.

**Doctor en Derecho. Docente de la cátedra de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la Universidad Nacional de Córdoba. Vocal de la Sala Décima del Trabajo de la Cámara Unica del Trabajo de Córdoba, desde setiembre de 1991.

(libertad sindical, trabajo forzoso e igualdad de oportunidades y de trato) ha sido listado en el art. 75 de la Constitución y por lo tanto no se les reconoce jerarquía constitucional.

La principal consecuencia práctica para el orden jurídico interno, es que mediante la ratificación de un convenio pueden quedar sin efecto las disposiciones legales contrarias, tanto si son anteriores como posteriores a dicho acto. Las mismas serían tachadas de inconstitucionales por oponerse a una norma jerárquicamente superior¹.

Al respecto el mencionado autor luego de efectuar la diferencia entre normas operativas “autoejecutables” y normas programáticas que requieren su adecuación dentro del derecho interno, señala que en función del carácter supra legal de los convenios de la OIT caben dos posibilidades: a) por un lado, la suplantación de la norma nacional por la internacional, si ésta tuviera operatividad propia o carácter autoejecutivo; b) por el otro, si careciera de tal carácter, sólo la inaplicabilidad de la norma nacional², aspecto éste que en todo caso podría dar lugar a una laguna normativa que debería ser

en todo caso llenada por la jurisprudencia a tenor de lo normado por el art. 2 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre³.

Concluye su análisis afirmando que ante los nuevos alcances de la autoejecutividad de los convenios internacionales de la OIT a tenor de la nueva jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación,

[...] puede sostenerse que surge así una nueva dimensión para los convenios de la O.I.T. con respecto a su aplicación en el orden interno de la Argentina. Una dimensión que les dará mayor eficacia tanto frente al Estado como entre las partes en la relación laboral. Ciertas facetas de esta dimensión, es decir, la supralegalidad y la aplicación directa de las normas internacionales del trabajo, ya tienen su aplicación en diversos sistemas nacionales. En cambio, las consecuencias en el orden interno de la responsabilidad internacional del Estado, en relación con dichos convenios, constituye una dimensión nueva de un carácter mucho más general.⁴

¹VON POTOVSKY, Geraldo. Los convenios de la Organización Internacional del Trabajo: ¿una nueva dimensión en el orden jurídico interno? **Revista Derecho del Trabajo**, 1997, p. 457 y siguientes.

²VON POTOVSKY, Geraldo. Los convenios de la Organización Internacional del Trabajo: ¿una nueva dimensión en el orden jurídico interno? **Revista Derecho del Trabajo**, 1997, p. 473.

³Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Art. 2 – Deber de adoptar disposiciones de orden interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionadas en el art. 1, no estuvieran ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

⁴VON POTOVSKY, Geraldo. Los convenios de la Organización Internacional del Trabajo: ¿una nueva dimensión en el orden jurídico interno? **Revista Derecho del Trabajo**, 1997, p. 473.

Queda claro entonces que cuando un país adopta un convenio de la OIT se obliga a establecer los cambios en su legislación interna que permitan su aplicación, como también la autorización para que los órganos de control puedan verificarlo y asimismo la obligación de efectuar los informes periódicos para señalar los avances en la legislación nacional en el sentido de adaptación y aplicación.

Respecto de las consecuencias de la aplicación de las normas internacionales en el ordenamiento interno la Corte Suprema de Justicia argentina ha señalado:

Lo atinente a la interpretación de los tratados internacionales suscita cuestión federal de trascendencia a los efectos del recurso extraordinario. Con tal solución se abandona la distinción formulada en precedentes de la Corte Suprema, según la cual, cuando las normas del tratado funcionan como preceptos de derecho común, su interpretación no constituye cuestión federal. El referido abandono se debe a que cuando el país ratifica un tratado internacional se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que el tratado contemple, obligación cuyo incumplimiento puede originar la responsabilidad internacional

del Estado, circunstancia que configura cuestión federal suficiente (C.S.J.N. – Sentencia de fecha 26.12.1995, Autos: “Méndez Valles Fernando c/ Pescio, A.M. S.C.A.”).

Ello puso punto final en Argentina a la discusión doctrinaria respecto de las tesis dualistas y monistas de incorporación, que a mediados del siglo XX habían generado pronunciamientos como el de “Alonso c/ Haras Los Cardos”, que determinara el rechazo de la demanda de un trabajador rural que reclamara la indemnización por los daños padecidos en su salud como consecuencia del trabajo desarrollado a las órdenes de su empleador con basamento jurídico en el Convenio 17 de la OIT⁵ por sostener la Corte de ese momento que no habiéndose realizado el proceso de adecuación normativa, la aplicación directa no era posible.

Por otra parte la tesis monista resulta ser un claro reflejo de lo que dispone el art. 27 del Tratado de Viena sobre el derecho de los tratados al especificar: “27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”⁶.

A su vez tal disposición es complementada con el art. 53 del

⁵Convenio 17 de fecha 10 de junio de 1925 sobre la indemnización por accidentes de trabajo.

⁶Convención de Viena sobre el derecho de los tratados - Viena, 23 de mayo de 1969, U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entrada en vigencia Enero 27, 1980.

mismo cuerpo cuando señala:

Es nulo todo tratado que al momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

Ello nos lleva a su vez a la discusión acerca de la existencia y prevalencia del Derecho Universal de los Derechos Humanos, el *Ius Cogens*, que en última instancia determina la existencia de un conjunto de normas que se corresponden con la conciencia jurídica universal y que traspasan la posibilidad de cuestionamiento sobre la base de discusiones de órgano emisor o sancionador, ya que deben ser aplicadas a todas las personas, cualquiera fuera su nacionalidad o lugar de domicilio o residencia, por el mero hecho de ser personas, por su inherente dignidad como ser humano, sin que existan posibilidades

de admitir restricciones.

Las modernas reformas constitucionales han ido estableciendo en sus textos cimeros la obligatoriedad de sujeción al *Jus Cogens*, variando acerca de cuál es su modo de inserción en el ordenamiento positivo local. El debate en ese punto es si dichos cuerpos normativos tienen carácter supra constitucional, constitucional, supra legal o meramente legal. La Constitución argentina ha adoptado a través del art. 75 inc. 22 el rango de carácter constitucional de una serie de tratados y declaraciones sobre derechos humanos y de carácter supra legal de las restantes normas internacionales incorporadas al contexto nacional, entre las que se cuentan los tratados de la OIT, tal como se señalara supra al transcribir la opinión doctrinaria del profesor Von Potovsky, excepción hecha del Convenio 87 sobre Libertad Sindical, que al estar estipulado dentro del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁷, su remisión directa implica, a entender de casi toda la doctrina nacional, su vigencia irrestricta con carácter constitucional.

En Brasil el marco constitucional especifica en su título II referido a los Derechos y Garantías Fundamentales en su art. 5, apartado LXXVIII, que las normas definidoras de derechos y garantías

⁷Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Nueva York, 19 de Diciembre de 1.966, que en su art. 22 inc. 3 expresa: "Ninguna disposición de este artículo autoriza a los Estados Parte en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948 relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación, a adoptar medidas legislativas que pueden menoscabar las garantías previstas en él ni aplicar la ley de tal manera que pueda menoscabar esas garantías". En idéntico sentido el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su art. 8 inc. 3 con texto de igual tenor.

fundamentales tienen aplicación inmediata (parágrafo primero) señalando asimismo que los derechos y garantías constitucionales sentados en el marco constitucional no excluyen otros que sean consecuentes de éstos ni tampoco los que surjan en Tratados Internacionales en los que la República Federativa de Brasil sea parte (parágrafo segundo), sin embargo no existe una ubicación de los mismos dentro del sistema de fuentes ni una categorización jerárquica normativa, más allá de que en diversas sentencias se han aplicado normas de la OIT como fundamento de derecho⁸.

En otros países latinoamericanos la respuesta tiene el mismo nivel de contundencia. Así p.ej. la constitución guatemalteca en su art. 46 establece que en materia de derechos humanos los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala tienen preeminencia sobre el derecho interno. De igual modo la República Bolivariana de Venezuela en su art. 23 señala: "Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados

por Venezuela tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en esta Constitución y en las leyes de la República y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.

Esta ubicación en la pirámide normativa interna reviste importancia central, ya que en supuestos de conflictos normativos, si los convenios de la OIT detentan rangos superiores a las leyes, no pueden quedar dudas acerca de su prevalencia y desplazamiento con relación a las normas locales que pudieran estar en contradicción. De igual modo si la ubicación es equivalente, ya sea constitucional o legal, entiendo que debe darse primacía a la norma que sea más favorable respecto del trabajador reclamante.

Ello en el orden constitucional por la aplicación de la teoría que ha venido sosteniendo el Tribunal Constitucional Alemán denominada *drittwirkung*, con referencia precisamente a la apli-

⁸Información en Internet extraída con fecha 1.6.2012 que hace referencia a la aplicación de los Convenios 139 sobre Prevención y Control de Riesgos Profesionales causados por sustancias cancerígenas (TRT de la 6ta. Región), Convenio 137 sobre Trabajadores Portuarios (Tribunal Superior del Trabajo); Convenio 111 sobre discriminación a trabajador portador del Sida (TRT 2da. Región), Convenio 131 sobre fijación de salarios mínimos (TST), Convenio 122 sobre fraudes laborales en la contratación por intermediación, también se hizo una interpretación del Convenio 95 en cuanto a la protección del crédito de los trabajadores en la quiebra, limitándolo a los intereses moratorios y si bien Brasil no ratificó el Convenio 87 existen sentencias que lo han aplicado para rechazar la imposición de contribuciones asistenciales a todos los trabajadores, hubieran estado o no afiliados por entender que ello violenta la libertad sindical con fundamento en el art. 8 inc. V de la Constitución Brasileira (Información extraída del texto de Luis Da Silva Flores y Viviane Colucci).

cación horizontal de los derechos humanos fundamentales a la hora de dirimir conflictos normativos basados en normas constitucionales de igual o similar rango.

En cuanto a los conflictos de orden legal, la aplicación de los principios del Derecho del Trabajo, en especial los que refieren al *in dubio pro operario juris*, el principio *pro homine* y el principio de la justicia social determinan sin hesitación tal modelo de preferencia a la hora de su discusión y argumentación judicial⁹.

Este aspecto no resulta menor, ya que también ha señalado la Corte Nacional Argentina, que las normas internacionales deben aplicarse de conformidad al modo en que es estipulado por los órganos de control, ya que de lo contrario por vía de una interpretación local se desvirtuaría el sentido que se ha estado señalando. Al respecto en un importante precedente el Tribunal nacional ha expresado: “8º) Que este orden conceptual se corresponde con la interpretación del Convenio n. 87 y la labor de dos órganos de control internacional de la OIT. Por un lado, el Comité de Libertad Sindical (creado por el Consejo de Administración de la OIT en su 1170 reunión de noviembre de 1951), destinado al examen de las alegaciones relativas a la violación de la libertad sindical

(Compendio normativo aplicable al Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, adoptado por el Consejo en su 2920 reunión, marzo de 2005, anexos I y II). Por el otro, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (instituido por resolución adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su octava reunión -1926), que ejerce el control regular de la observancia por los Estados Miembros de las obligaciones derivadas de los convenios que han ratificado (Manual sobre procedimientos en materia de convenios y recomendaciones internacionales del trabajo, Sección VI). De estas fuentes, por lo demás, hizo mérito la Corte Interamericana de Derechos Humanos tanto en *Huilca Tecse* (cit., párr. 75) cuanto en *Baena* (cit., párrs. 157, 164 y 165). Y tampoco ha faltado la oportunidad para que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales exhortara a un Estado a que revise su legislación laboral con vistas a adaptarla a las observaciones de la Comisión de Expertos relativas al Convenio n. 87 (vgr. *Concluding Observations: Malta*, 26.11.2004, E/C.12/1/ Add. 101, párr. 35, y *Concluding Observations: Poland*, 29.11.2002, E/C.12./1/Add. 82, párr. 44).¹⁰

⁹La ley Orgánica Procesal del Trabajo de Venezuela en su art. 9 señala: “Cuando hubiere duda acerca de la aplicación o la interpretación de una norma legal o en caso de colisión entre varias normas aplicables al mismo asunto, se aplicará la más favorable al trabajador. En caso de duda sobre la apreciación de los hechos o de las pruebas, se aplicará igualmente la que más favorezca al trabajador. La norma adoptada se aplicará en su integridad”.

¹⁰C.S.J.N. autos: “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Asociación Trabajadores del Estado c/ Ministerio de Trabajo s/ Ley de Asociaciones Sindicales”, Sentencia de fecha 11 de noviembre de 2.008.

Como es dable advertir, la irrupción de las normas internacionales en el contexto nacional suponen una doble revolución sobre los componentes tradicionales nacionalistas, por un lado se genera un desplazamiento de la soberanía legislativa al derivar a órganos internacionales, en este caso la Conferencia Internacional de la OIT, la sanción de cuerpos legales que impactarán en el ordenamiento nacional, pero lo que es más contundente aún es la derivación vinculante de la interpretación judicial a órganos de control, que en muchos casos ni siquiera revisten el carácter de órganos jurisdiccionales.

Por otra parte como anticipa si bien existe la posibilidad de denuncia de los Convenios de la OIT y ello está así previsto en la Constitución de dicho organismo tripartito, tal posibilidad en la hora actual aparece sumamente acotada al colisionar con el principio de progresividad. Al respecto el profesor argentino Rolando Gialdino señala:

[...] lo relativo a la obligación del Estado de lograr la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, está marcado por dos condiciones. Por un lado, se trata de una progresividad dinámica, que

impone la obligación de proceder de manera concreta, constante, permanente y continua, con miras a lograr ese objetivo. Por el otro, de una progresividad unidireccional, que invalida toda medida que implique la disminución del grado de realización que los derechos hubiesen alcanzado ('principio de prohibición de retroceso social' o de 'prohibición de evolución reaccionaria'), lo cual se proyecta, incluso, hacia las llamadas normas programáticas.¹¹

2 Los principios y derechos fundamentales en el trabajo

La Declaración de la OIT de 1.998, realizada en el marco de la 86 Conferencia Internacional del Trabajo, marca un hito central en lo que hace a la aplicación de los Convenios de dicha Organización ya que a partir de la misma, los Convenios que queden abarcados por su marco inclusivo no generan dudas respecto de su traslación al ordenamiento local, al menos mientras el país donde se pretenda su aplicación esté admitido y obligado como miembro de dicho Organismo tripartito, ya que se entiende que por el mero hecho de su pertenencia tienen la obligación de su aplicación sin cortapisas ¹².

¹¹GIALDINO, Rolando, Dignidad, Justicia Social, Principio de Progresividad y núcleo duro interno. Aportes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos al Derecho del Trabajo y al de la Seguridad Social.

¹²La Conferencia Internacional del Trabajo: 2. Declara que todos los Miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales

Los derechos fundamentales señalados en dicha declaración son los siguientes: a) la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; c) la abolición efectiva del trabajo infantil; y d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

Ello implica que más allá de que el país haya o no remitido el instrumento de ratificación parlamentaria para su depósito en la sede de la OIT, hoy no se podría argumentar la no aplicación interna de los siguientes convenios y de sus consecuencias sobre el derecho individual o colectivo:

Convenio 29 y 105 sobre la abolición del trabajo forzoso;

Convenio 100 sobre igualdad de remuneración;

Convenio 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación);

Convenio 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación;

Convenio 98 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva;

Convenio 138 sobre la edad mínima en el empleo;

Convenio 182 sobre las peores formas del trabajo infantil.

Por otra parte el profesor uruguayo, Héctor Hugo Barbagelata, al realizar un estudio sobre la posibilidad de aplicación de una legislación uniforme en el ámbito del Mercosur, como zócalo de derechos mínimos, señalaba la existencia de 12 convenios de la OIT que conformarían la referencia común¹³.

3 Aplicación en el derecho individual

Más allá de los convenios abarcados por la Declaración supra mencionada y que en Argentina obligó a la modificación legislativa de la edad laboral de los menores¹⁴, hay numerosos aspectos donde el marco especificado por los Convenios de la OIT en su regulación han tenido importancia decisiva a la hora de la interpretación judicial.

¹³Los que eran los siguientes:

- 1) Nro. 11, sobre sindicalización en la Agricultura;
- 2) Nro. 14, sobre descanso semanal;
- 3) Nro. 26 sobre salario mínimo;
- 4) Nro. 29 sobre trabajo forzoso;
- 5) Nro. 81 sobre inspección del trabajo;
- 6) Nro. 95 sobre protección del salario;
- 7) Nro. 98 sobre libertad sindical y negociación colectiva;
- 8) Nro. 100 sobre igualdad de remuneración;
- 9) Nro. 105 sobre abolición del trabajo forzoso;
- 10) Nro. 111 sobre igualdad y no discriminación;
- 11) Nro. 115 sobre protección contra radiaciones;
- 12) Nro. 159 sobre readaptación profesional.

¹⁴ Conforme Ley n. 26.390 - PROHIBICION DEL TRABAJO INFANTIL Y PROTECCION DEL TRABAJO ADOLESCENTE - Modificación de las Leyes n. 20.744, 22.248, 23.551, 25.013 y del Decreto Ley n. 326/56 - Sancionada el 4.6.2008.

En ese sentido la Corte Nacional en la causa “Pérez Aníbal R. c/ Disco S.A.”¹⁵ al determinar el alcance que se le debía otorgar a las llamadas “prestaciones no remunerativas”¹⁶ se basó en el Convenio 95 de la OIT que efectúa una caracterización abarcativa que no admite el escapismo pretendido. En ese sentido la Corte Argentina especificó: “En efecto, a propósito del Convenio n. 95 dicha Comisión, con expresa referencia al art. 103 bis, le recordó a la Argentina el párrafo 64 del ‘Estudio general sobre protección del salario’, de 2003, en cuanto a que el art. 1º del citado convenio, si bien ‘no tiene el propósito de elaborar un ‘modelo vinculante’ de definición del término ‘salario’”, sí tiene como objeto “garantizar que las remuneraciones reales de los trabajadores, independientemente de su denominación o cálculo, serán protegidas íntegramente en virtud de la legislación nacional, respecto de las cuestiones que tratan los arts. 3 a 15 del Convenio”. Acotando que, “como lo demuestra la experiencia reciente, en particular con respecto a las políticas de ‘desalarización’, practicadas en algunos países, las obligaciones derivadas del Conve-

nio en materia de protección de los salarios de los trabajadores, no pueden eludirse mediante la utilización de subterfugios terminológicos”. Por el contrario “es necesario que la legislación nacional proteja la remuneración del trabajo, cualquiera sea la forma que adopte, de manera amplia y de buena fe” (Conferencia Internacional del Trabajo, 97ª reunión, 2008. Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución).

También la regla internacional ha sido considerada a la hora de delimitar el régimen de jornada de trabajo de varias actividades como la de vigilancia que se pretendía que estaba excluida de aquel régimen general.

De igual manera en la esfera individual se debe considerar las normas vinculadas con la seguridad laboral (Convenio 155 de la OIT) y en el modo de reparación de los daños en la salud del trabajador por el hecho u ocasión del contrato laboral, conforme Convenio 17 de dicho organismo¹⁷.

Una incógnita interesante surgirá sin duda en la aplicación del recientemente aprobado convenio

¹⁵Sentencia de fecha 1 de setiembre de 2009.

¹⁶Llamados así por su pretensión de eludir el carácter salarial de las mismas, con especial impacto en las cotizaciones a la seguridad social pero con afectación también a componentes tales como la indemnización por antigüedad, el cálculo del valor día de vacaciones, la asignación familiar por maternidad, etc.

¹⁷En la causa: “**Milone, Juan A. c/Asociart S.A. Aseguradora de Riesgos del Trabajo s/accidente - ley 9688**”, Sentencia de fecha 26 de octubre de 2004 expresó: “Asimismo, particular importancia cobra el Convenio 17 de la Organización Internacional del Trabajo, de 1925, ratificado por nuestro país, y que tiene jerarquía superior a las leyes (Constitución Nacional, art. 75.22), puesto que, si bien dispone el pago de la indemnización “en forma de renta”, como lo afirma la recurrente, no deja de prever la posibilidad del pago “en forma de capital” (art. 5), circunstancia que silencia esta última al transcribir el precepto de manera parcial”.

Nro. 189 aprobado en la Conferencia Nro. 100 de la OIT que regula el trabajo doméstico, señalándose entre otros aspectos que el déficit del trabajo decente en ese sector invisibilizado del espectro laboral, ya no podía ser tolerado, aspecto que en Argentina resulta ser una asignatura pendiente de labor parlamentaria y mucho más aún de aplicación judicial, refractario como en ningún otro aspecto en romper un modelo casi feudal de vinculación con el señor de la casa, el patrón y que determina la aplicación de una legislación de mediados del Siglo XX para regular tal relación laboral.

4 Aplicación en el derecho colectivo

Si bien no parece ser objeto de discusión, por lo mencionado precedentemente respecto de los Convenios 87 y 98, existen otros convenios que merecen idéntica consideración en especial el Convenio 135 de protección del dirigente que desempeña su labor en el seno de la empresa, al igual que el convenio que castiga la discriminación (Convenio 111) teniendo presente que la represalia por desempeñar actividades gremiales resulta ser una de las formas más directas de coartar la libertad sindical al atacar las formas embrionarias de ingreso en la actividad gremial. Es por ello que en Argentina ha habido numerosos pronunciamientos judiciales que han ido recogiendo esta necesidad de protección y así se ha in-

cluido dentro de este ámbito al dirigente de hecho, a los promotores de una entidad sindical en proceso formativo y a representantes de entidades simplemente inscriptas (en ámbitos donde funcionaban otros gremios que detentaban la personería gremial).

Algunos precedentes jurisprudenciales

A - **Alvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo**¹⁸: “Corresponde agregar, aun cuando la República no ha ratificado el Convenio n. 158 sobre la terminación de la relación de trabajo (OIT, 1982), que el mentado Comité no ha dejado de considerar que los alcances del derecho al trabajo del PIDESC son determinables a la luz del instrumento citado, al menos en cuanto “impone, en particular, la necesidad de ofrecer motivos válidos para el despido así como el derecho a recursos jurídicos y de otro tipo en caso de despido improcedente” (Observación general n. 18, cit., párr. 11). Y, es de importancia subrayarlo, dicho Convenio, además de excluir los **motivos discriminatorios** como causa justificada para la terminación de la relación de trabajo (art. 5.d), prevé, dentro de la sección aludida anteriormente por el Comité, que los tribunales llamados a resolver sobre el carácter justificado o injustificado de dicha terminación puedan, en este último

¹⁸C.S.J.N. Sentencia de fecha 7 de diciembre de 2010.

supuesto, “anular la terminación” y ordenar la “readmisión” del trabajador (art. 10”).

B - Belén, Robrigo Hernán c. Jumbo Retail Argentina S.A.¹⁹: “La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo, al referirse al Convenio 111 sobre la Discriminación (empleo y ocupación) de 1958, ratificado por la República Argentina, señala en lo pertinente: “Uno de los problemas de procedimiento más importantes que se plantean cuando una persona alega una discriminación en el empleo o la ocupación se refiere a que con frecuencia le corresponde la carga de la prueba del motivo discriminatorio subyacente al acto incriminado, lo que puede constituir un obstáculo insuperable a la reparación del perjuicio sufrido. Si bien a veces los elementos de prueba se pueden reunir sin demasiadas dificultades, lo más frecuente es que la discriminación sea una acción o una actividad más presunta que patente, y difícil de demostrar, sobre todo en los casos de discriminación indirecta o sistemática, y tanto más cuanto que la información y los archivos que podrían servir de elemento de prueba están la mayor parte de las veces en manos de la persona a la que se dirige el reproche de discriminación. La exigencia de que sea el autor de la discriminación el que aporte la prueba de que el motivo

de la medida adoptada no guarda relación con la demanda constituye una protección suplementaria para la persona discriminada, pudiendo al mismo tiempo tener un efecto disuasivo[...]” La Comisión considera que la cuestión de la carga de la prueba tiene una importancia fundamental en toda discriminación alegada. En un estudio general precedente, la Comisión ya tuvo ocasión de subrayar que, en lo que respecta a la discriminación por motivo antisindical, la obligación que tenía el empleador de aportar la prueba del carácter no sindical del motivo subyacente a la intención de despedir a un trabajador o que estaba en el origen del despido constituía un medio complementario para asegurar una verdadera protección del derecho sindical. De todas estas consideraciones se desprende que existen circunstancias en las cuales la carga de la prueba del motivo discriminatorio no debe corresponder a la víctima que alega una discriminación, y en todo caso la duda debe beneficiar a ésta (Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, Estudio general de 1988 sobre Igualdad en el empleo y la ocupación)”.

C - Rossi, Adriana María c/ Estado Nacional - Armada Argentina s/ sumarísimo. “Que sùmase a todo ello el aporte del antes citado Convenio n. 87 de la OIT, instrumento indudablemente fundamental en la materia, según ha

¹⁹C.N.A.T., Sala V, sentencia de fecha 20.8.2008.

quedado extensamente demostrado en la recordada sentencia Asociación Trabajadores del Estado (considerandos 4º, 5º y 8º). En lo que ahora interesa, este instrumento es concluyente en cuanto obliga al Estado, tanto “a adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores [...] el libre ejercicio del derecho de sindicación” (art. 11), cuanto a “abstenerse de toda intervención que tienda a limitar [...] o a entorpecer [el] ejercicio legal” del derecho de las “organizaciones de trabajadores [...] de organizar [...] sus actividades y el de formular su programa de acción” (art. 3.1 y 2). La “legislación nacional”, a su vez, “no menoscabará ni será aplicada de suerte que menoscabe las garantías previstas por el presente Convenio” (art. 8.2). El término “organización”, aclara el art. 10, significa “toda organización de trabajadores que tenga por objeto fomentar y defender los intereses de los trabajadores.

También en este sentido se ha discutido judicialmente la posibilidad de agremiación del personal policial, penitenciario y de las fuerzas armadas, y así se ha señalado: “Debe reconocerse a las FFAA y a las Fuerzas de Seguridad la libertad sindical y el derecho de negociación colectiva, pues cuando Argentina ratificó el convenio 87 y el 98 de la OIT, ninguna ley fue sancionada excluyendo de la libertad sindical a las fuerzas armadas, a las fuerzas policiales y las de seguridad, y en la Ley 23551 tampoco hubo disposición alguna que impida a los traba-

jadores sindicalizarse” (Del voto en disidencia del Dr. Capón Filas de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VI, en Ministerio de Trabajo c/ Sindicato Único del Personal de Seguridad, de fecha 15.02.06, LL 2006-B, 591-DT 2006 (abril) 579). En igual sentido el voto en primera instancia (luego revocado por la Alzada) con relación a la posibilidad de agremiación del personal del servicio penitenciario en autos: **“REARTE ADRIANA SANDRA Y OTRO C/ SUPERIOR GOBIERNO DE LA PROVINCIA DE CORDOBA - AMPARO” (Expediente 1321645/36)**. Sentencia de fecha 8 de febrero de 2.008.

Otro aspecto del Derecho Colectivo que merece especial consideración es el Convenio 154 de Fomento de la Negociación Colectiva que marca un hito de importancia a la hora de resolver la reticencia a negociar y que en Argentina ha determinado la negociación del Convenio Colectivo del Sector Público, más allá de que existen ámbitos puntuales donde aún se niega tal posibilidad, como es el caso del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, que sigue manejando, sus relaciones con el personal a través de Estatutos dictados unilateralmente por el poder empleador, ello a pesar de las denuncias que se formularon por este aspecto y por las restricciones a permitir la realización de Asambleas en el ámbito de trabajo.

También completando este punto de vista es importante señalar el Convenio 144 de Formación Profesional, en especial en materias tan sensibles como son la

polivalencia funcional, la capacitación tecnológica o la recategorización de trabajadores afectados en daños a su salud por causa de accidentes o enfermedades derivadas del hecho u ocasión del contrato laboral. Esta última materia ha tenido un importante impacto en el ámbito de la negociación colectiva, pero no ha merecido hasta el momento mayores pronunciamientos jurisdiccionales, salvo en lo que respecta a la responsabilidad patronal por omisión de deberes de capacitación tendientes a la protección de la salud de sus operarios.

5 Aplicación en materia de inspección del trabajo

Un tema que reviste singular importancia es la verificación del cumplimiento de la normativa laboral en las distintas jurisdicciones del país, ya que de lo contrario se generaría una suerte de **dumping social interno** por la permisividad de ciertas autoridades que en aras a lograr mayor radicación industrial o comercial limitaría el accionar de control, permitiendo de esa manera ventajas comparativas por elusión de disposiciones legales.

Ello mereció la apreciación de la OIT que sancionó el Convenio 81 referido a ese aspecto y que en Argentina obligó al dictado de la Ley 25.887 que estableció el Sistema Unificado de Inspección del Trabajo y de la Seguridad Social coordinando acciones conjuntas entre el Ministerio de Trabajo y la Administración Federal de Ingresos Públicos para sancionar las

violaciones a la legislación laboral, en especial la fijación o el pago de salarios por debajo de los mínimos legales o convencionales, el empleo no registrado y también en aquellos casos en que se detectara empleo de trabajadores migrantes ilegales, la necesaria participación de la Dirección Nacional de Migraciones, más allá de que como consecuencia de la Ley 25.871 tal modalidad de contratación ingresa en la esfera del contrato de objeto prohibido.

También en un importante precedente la Corte Nacional especificó los alcances que se le debe otorgar a la labor de la policía del trabajo y en ese sentido señaló “Al respecto, procede recordar que ya el art. 427 de la Parte XIII, Sección II, del Tratado de Versalles, de 1919, por el que se creó la OIT, dispuso, a fin de realizar los “principios” que revestían una “especial y urgente importancia”, que “[todos los Estados deberán adoptar disposiciones para organizar un servicio de inspección del trabajo [...] a fin de asegurar la aplicación de las leyes y reglamentos relativos a la protección de los trabajadores”. A su turno, el art. 10.2.b. de la Constitución de la OIT (1944) previó que la ayuda al mejoramiento de la inspección del trabajo formaría parte del mandato de la Oficina Internacional del Trabajo. Desde luego, no puede ser pasado por alto que, ya en su primera reunión (1919), la Conferencia de la OIT había adoptado la Recomendación sobre la Inspección del Trabajo (servicios de higiene, n. 5), que

preconizaba un sistema de inspección encargado de vigilar la salud de los obreros. Cuatro años más tarde, dicha conferencia consagró la única cuestión del orden del día a los “principios generales para la organización de la inspección del trabajo”. Una consecuencia de ello fue la Recomendación sobre la Inspección del Trabajo (n. 20), de 1923, sustentada en que “la creación de un servicio de inspección debe ser indiscutiblemente recomendada, por constituir uno de los medios más eficaces de asegurar la aplicación de convenios y otras obligaciones concernientes a la reglamentación de las condiciones de trabajo”. Se insertan en estos desarrollos otras recomendaciones sobre la inspección del trabajo, entre ellas, la Recomendación sobre la Inspección del Trabajo (gente de mar, n. 28), de 1926, y la Recomendación sobre la Inspección (construcción, n. 54), de 1937. Como fruto de esta originaria y permanente preocupación se arribó, en 1947, al Convenio n. 81 sobre la inspección del trabajo en los establecimientos industriales y comerciales, el cual obliga a los Estados que lo han ratificado a mantener un “sistema de inspección” encargado de:

- Velar por el cumplimiento de las disposiciones legales relativas a las condiciones de trabajo (tales como las referentes a “salarios”);
- “facilitar información técnica y asesorar a los empleadores y a los trabajadores sobre la manera más efectiva de cumplir las disposicio-

nes legales”, y c. “poner en conocimiento de la autoridad competente las deficiencias o los abusos que no estén específicamente cubiertos por las disposiciones legales existentes”. El texto, además, dispone que “la legislación nacional deberá prescribir sanciones adecuadas, que habrán de ser efectivamente aplicadas, en los casos de violación de las disposiciones por cuyo cumplimiento velan los inspectores del trabajo” (arts. 1, 3 y 18). Súmase a ello, para 1969, el Convenio n. 129, que hizo extensivas las obligaciones estatales antedichas al ámbito de la agricultura (arts. 3, 5 y 24). 8º). Que, en síntesis, los convenios recordados en el considerando anterior exigen, como medio para la protección de los derechos de los trabajadores, el establecimiento de un sistema de inspección laboral amplio y eficaz²⁰.

6 Conclusiones

1. Aceptado que los Convenios de la OIT tienen fuerza normativa en el ordenamiento legal interno, su rango de aplicación dependerá de la ubicación que se le haya asignado conforme la pirámide kelseniana.

2. Sin perjuicio de ello, no resulta posible discutir que en esta materia existe un fuerte impulso de lo que se conoce como *Ius Cogens* o Derecho Universal de los Derechos Humanos que posee como límite infranqueable la dignidad humana y que desplaza a

²⁰C.S.J.N. Autos: “Aerolíneas Argentinas S.A. c/ Ministerio de Trabajo”, Sentencia de fecha.

cualquier ordenamiento nacional que pretendiera la vigencia de disposiciones que estén en contradicción con tales normas superadoras.

3. La OIT ha señalado aspectos no negociables en lo que hace al derecho individual y al derecho colectivo a través de su declaración de principios de derechos fundamentales, los que no pueden ser cuestionados y resultan de aplicación directa en los juicios de los trabajadores, por el mero hecho de ser el país donde se petitiona su aplicación miembro de dicha organización internacional.

4. La posibilidad de denuncia de los Convenios Internacionales tiene una fuerte restricción sobre la base del principio de progresividad, o lo que es más preciso sobre la veda de la aplicación de su contracara esto es la irregresividad normativa.

5. El impacto de la aplicación de los Convenios de la OIT se refleja de manera potente en los diversos campos que conforman el contexto del Derecho Laboral. Así no existen dudas de su aplicación directa en materias tanto del derecho individual como del colectivo. Pero, otro aspecto no menor y que no debe ser descuidado es el rol de

la administración del trabajo como garante de la aplicación uniforme de la legislación que se ha especificado de suerte tal de evitar el *dumping* social interno como modo de precarizar el sentido unidireccional y protectorio del Derecho Social en este Siglo XXI.

6. Sostener una suerte de “nacionalismo” legislativo y jurisprudencial implicaría a más de un retroceso injustificable, una suerte de aislamiento y desconocería aquello que la Corte Nacional argentina ha marcado de manera precisa y categórica: que el respeto a dichas normas internacionales caracterizan el ritmo universal de la Justicia, que es la meta y objetivo a alcanzar para integrarnos definitivamente al concierto de las naciones en una sociedad que clama por el bienestar y la superación de las condiciones de vida de sus trabajadores, para así alcanzar lo que dicho tribunal predicara: que el ser humano debe ser el señor del mercado laboral y que sostener lo contrario en aras a posibles derrames de bienestar, por otra parte no comprobados, implicaría subvertir los preceptos que conforman el molde de las naciones civilizadas.