

Derecho del Trabajo y conducta judicial, Recopilación de la
CNAT Sala VI (02.85-03.06), Parte Ia.

Equipo Federal del Trabajo

Parte Primera. Derechos Humanos y orden jurídico

Caso 1. Delegado sindical "desaparecido" durante la dictadura militar y despedido por abandono de trabajo

Palabras claves: Liberación de la prescripción cumplida, Uso de los trabajadores como fuente para interpretar la norma legal

Denuncia policial e internacional de la conducta de la empresa.

Resumen: Al momento del despido estaba formalmente vigente la ley 20615 cuyo art. 57 establece el desafuero como condición de validez del despido del actor. Dicho desafuero no se ha producido, con lo cual el despido ha sido nulo, con el consiguiente deber de la empresa de reincorporar al actor durante el período de su mandato y el año posterior, es decir hasta el 13 de abril de 1979. No es obstáculo a ello la exigencia de la regla estatal 21.400/76 y específicamente la de su art. 11, cuya inconstitucionalidad solicitada por Conti debe declararse, tanto por su origen como por su contenido. La inconstitucionalidad de origen es manifestada ya que provienen de un eón autoritario y han emanado de órganos inhábiles para sancionar normas generales. En ese sentido reitero e incorporo a la presente las consideraciones presentadas en las causas "Zander c/ Entel" y "López de Dal Santo c/ Entel" así como las enseñanzas de Héctor Hugo Barbagelata respecto de la ilegitimidad en el derecho del trabajo (reseñadas en la última de las causas mencionadas). La inconstitucionalidad de contenido también es manifiesta, porque viola la garantía sindical y el derecho de huelga, constitucionalmente reconocidos, porque vulnera la libertad sindical establecida en la Carta Internacional de los Derechos Humanos y en los Convenios 87 y 98 de la OIT y, a todo evento, porque en el momento en que se aplicó la norma al actor vulneraba, además, los postulados del denominado Proceso de Reorganización Nacional (como agudamente han observado los doctores Noemí Rial y Enrique Rodríguez en su Aportes para el análisis de la ley 21.400). En el caso concreto, el art. 11 de la regla estatal 21.400/76 es inconstitucional porque ha violentado la garantía sindical que obraba en su esfera y ha vulnerado su propiedad privada al establecer que el despido impuesto no conlleva indemnización alguna, con lo cual dicha norma contradice abiertamente los arts. 14 bis y 17 de la Constitución Nacional.

Capón Filas, adhesión de Fernández Madrid

Corresponde, dada la gravedad de los hechos demostrados en esta causa, remitir copias certificada de la misma a:

1. Cámara Nacional en lo Criminal y Federal Correccional de Capital Federal
 2. Organización Internacional del Trabajo para que tomen conocimiento tanto el Comité de Libertad Sindical como la Comisión que estudia la sanción del Código de Conducta de las empresas Transnacionales.
 3. Ministerio de Trabajo, a los efectos de las normas policiales
- Capón Filas, en minoría

No considero configurado un delito de derecho criminal que torne procedente una acción penal que obligue a denunciarla ante el Fuero correspondiente, La posible existencia de una práctica antisindical no justifica que el Tribunal es dirija a un organismo Internacional cuya intervención debe ser instada –en todo caso- por los propios sindicatos. No encuentro que el objetable proceder de la demandada pueda dar motivo a la intervención de la Dirección de Policía del Trabajo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.
Fernández Madrid, adhesión de Morando

SALA VI

EXPEDIENTE N° 26.091

JUZGADO N° 24

AUTOS: "CONTI JUAN CARLOS C/ FORD MOTOR ARGENTINA S.A. S/ COBRO DE PESOS".

Buenos Aires, 10 de febrero de 1987.-

EL DOCTOR RODOLFO ERNESTO CAPON FILAS DIJO:

I) El actor apela la sentencia porque no ha hecho lugar a su pretensión basándose en que ha

operado la prescripción.

II) Para resolver la cuestión se debe tener en cuenta varios elementos:

1. existencia de la prescripción
2. naturaleza del despido impuesto al trabajador
3. condena aplicable a la demandada
4. medidas que deben adoptarse por esta alzada

El primero condiciona a los restantes, con excepción del último.

III) Existencia de la prescripción

A. El despido del actor se produjo el 08/12/76, basándose en el art. 1 de la regla estatal o "ley de facto" (en terminología de la Corte Suprema) 21.400/76, por cuanto el actor se encontraba a disposición del Poder Ejecutivo y ya habían transcurrido tres meses.

Conti recupera su libertad recién el 23/1/77. Por las circunstancias que expone, plenamente aceptadas por el señor juez de primera instancia, no pudo reclamar en procura de sus derechos mientras rigió el denominado proceso de reorganización nacional.

Cuando se recupera el Estado de Derecho (10/12/83) Conti se siente con fuerzas para tal reclamo. Se presenta al Ministerio de Trabajo el 08/02/84, iniciándose el expediente 744.611 (fotocopias en fs. 123/133). El 07/03/84 se realiza la audiencia de conciliación a la que acude la demandada sin objetar la jurisdicción, pero, lejos de ofrecer una solución conciliatoria, opone la excepción de prescripción.

Ante esa realidad, Conti interpone la demanda judicial el 24/7/84.

B. El señor Juez de primera instancia considera que el plazo para hacer valer sus derechos, dentro de los límites del art. 3980 C.C., vencia el 10 de marzo de 1984 (a los tres meses de la anunciación del gobierno democrático) pero, como Conti recién interpuso la demanda judicial el 24 de julio, se ha cumplido la prescripción, con lo cual, apoyándose en un dictamen del señor Procurador en la causa "Manzano c/ Ford" y en la sentencia en ella dictada (expte. 68.051, Sala I) y en las sentencias dictadas en las causas "Troiana c/ Ford" y "Avalos c/ Ford" (Sala V), rechaza la pretensión del actor.

C. Conti apela, argumentando que:

1. el despido interpuesto fue nulo. Por consiguiente, la acción es imprescriptible.
2. A todo evento, no debe aceptarse la interpretación restrictiva del art. 3980 CC que no menciona como condicionante la demanda judicial.

D. Se deben tener en cuenta los siguientes elementos:

+ Conti ingresó a trabajar el 01/9/65

+ Fue elegido delegado del personal, en su carácter de militante del SMATA.

+ Estaba en funciones el 13/4/76

+ El día mencionado se produce la detención del actor, mientras estaba trabajando. Fue llevado a un quincho, perteneciente al predio de la demandada. Fue retirado del establecimiento, a plena luz del día, en una camioneta de la demandada, habiendo sido atadas sus manos con alambres (fs. 163), con pleno conocimiento de los supervisores (fs. 163 vta., fs. 165 vta.).

El operativo fue realizado por un grupo de tareas perteneciente al Ejército Argentino que, desde tiempo atrás, estaba instalado en el interior de la planta, disponía de instalaciones de la empresa, y era por todos conocido (fs. 29, fs. 163, fs. 163 vta., fs. 164 vta., fs. 165, fs. 165 vta.).

+ A partir de ese día comienza el largo calvario del actor que sin proceso alguno estuvo detenido mucho tiempo y posteriormente puesto a disposición del Poder Ejecutivo en virtud del Estado de sitio, hasta que recuperó su libertad física el 23/3/77.

+ Interesa la conducta de la demandada, desde el día 13/4/76 hasta el 08/12/76.

+ Remite el 23/4/76 un telegrama al actor intimándolo a presentarse a trabajar y justificar sus inasistencias bajo apercibimiento de despedirlo por abandono de trabajo (fs. 6) a lo que contesta la esposa de Conti aclarando la situación, por otra parte suficientemente conocida por la empresa (fs. 5).

+ suspende al actor el 26/4/76 por aplicación del RCT (fs. 3).

+ comunica a la esposa del actor que éste ha sido despedido en virtud del art. 11 de la regla estatal 21.400/76, mediante telegrama del 08/12/76 (fs. 4).

+ Conti aclara perfectamente las razones que le impidieron reclamar durante el régimen autoritario hasta tal punto que es el mismo señor juez de primera instancia quien no sólo las acepta sino establece que el plazo de tres meses, establecido por el art. 3980 CC comienza con la asunción del régimen democrático finalizado, en consecuencia, el 10 de marzo de 1984.

E. Con tales datos se debe resolver las cuestión

1. No se trata de decidir si la presentación de Conti en el Ministerio de Trabajo interrumpió o

no la prescripción ya que ésta, como bien dice el señor juez, ya se había cumplido por lo que imposible interrumpir lo ya clausurado.

2. La nulidad del despido, argumentada por Conti, depende de que se declare inconstitucional el art. 11 de la regla estatal 21.400/76, tema que corresponde al fondo del asunto y es imposible decidir mientras se substancias la excepción de prescripción.

Pero aún en el supuesto más favorable al actor, cabe señalar que dicha nulidad solamente cubriría el período de su mandato y un año posterior. Dado que en autos no se ha probado el día inicial del mandato mencionado, debo tener por cierto que éste existía el 13/4/76 a partir del cual se deberá contar el mandato y el año posterior de garantía, con lo cual dicho período llegaría hasta el 13 de abril de 1979. Aún suponiendo por vía de hipótesis académica que se declarara de oficio la inconstitucionalidad del art. 256 RCT (en cuanto extendió en perjuicio del actor el plazo de prescripción), ésta hubiera expirado el 08/12/80, con lo cual, al mes de febrero de 1984, ya habría igualmente operado.

3. La situación normativa es otra, de laguna manera también insinuada por el actor: los alcances del art. 3980 CC.

Velez Sarfield aclara en su comentario al mismo que la legislación comparada establece una solución diferente a la proyectada por él. Afirma que en época de guerra los casos de impedimento por fuerza mayor se han producido a menudo, dando como ejemplo el hecho de que "algunos gobiernos han privado a sus tribunales recibir demandas de los súbditos enemigos contra los nacionales, y esta suspensión de la acción tiene como efectivo inmediato suspender al mismo tiempo la prescripción".

El Código propone una solución distinta. Abre una posibilidad de equidad, a criterio del decisor judicial, para que libere al pretensor de las consecuencias de la prescripción ya cumplida, con una sola condición que éste haga valer sus derechos dentro de los tres meses posteriores a la superación de obstáculo.

Cabe recordar que éste es un claro ejemplo del conflicto entre seguridad jurídica y Justicia, para el cual el ordenamiento vigente propone dos variables:

+ una, en la esfera del deudor, quien podría reconocer el derecho del pretensor y satisfacerlo.

+ otra, en la esfera del decisor judicial, quien puede dar la razón al pretensor mediante la equidad.

En autos la demandada no ha utilizado la primera variable, ya que no sólo no se allanó a las pretensiones del actor ni ofreció una conciliación medianamente razonable sino que intentó consolidar la situación a su favor interponiendo la excepción de prescripción.

Cabe analizar al correspondiente utilizar la segunda variable, en la esfera del decisor judicial, para lo que cabe tener en cuenta los siguientes datos:

+ cuando el art. 3980 CC prepara la misma, la condiciona a que el pretensor haga valer sus derechos dentro de los tres meses posteriores a la superación del impedimento.

+ en derecho laboral existen dos instancias aptas para solucionar los conflictos individuales con autoridad de cosa juzgada: el Poder Judicial y la Administración del Trabajo (art. 15 RCT).

+ el 08/02/84 estaba vigente la regla estatal 22.520/81 cuyo art. 24 describe las funciones del Ministerio de Trabajo, entre las cuales rige la de intervenir en los conflictos de trabajo, individuales o colectivos, como instancia de conciliación.

Por lo tanto, es obvio concluir que el actor hizo valer sus derechos en forma y tiempo hábil y ante una instancia valedera. De ahí que la conclusión se impone: es posible utilizar la variable de equidad acordada por el art. 3980 CC.

4. Debo utilizar la variable, por las siguientes razones:

a. la empresa incumplió su deber de seguridad y su obligación de obrar de buena fe.

Habiendo ingresado libre al establecimiento, Conti salió con las manos atadas con alambre, en una camioneta de la empresa, hacia un largo calvario. La demandada, no sólo impidió tal atropello sino que, incluso, le favoreció. Difícilmente se pueda afirmar que ha obrado como un "buen empleador" (art. 63 RCT).

b. La empresa intentó valerse en su beneficio de esta situación a todas luces anormal. No sólo se liberó de la presencia sindical en el establecimiento sino que, además, se benefició económicamente porque ninguna indemnización abonó a Conti. Además, durante todo este proceso intentó consolidar la situación en su beneficio, no sólo al no ofrecer una conciliación razonable sino, además, al interponer la excepción de prescripción, la que, de operar, confirmaría la conducta de la empresa, violatoria de la garantía sindical (art. 14 bis CN), de la propiedad privada de Conti (art. 17 CN) y de su obligación, como empresa transnacional, de respetar la libertad sindical (Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la política social, OIT, 1977, art. 41) que penetra en el ordenamiento a

través de los principios generales del derecho, como he expresado, *pari passeu*, en “Ojeda c/ Maronese”, “Zander c/ Entel” y “López de Dal Santo c/ Entel”.

c. El actor, dentro de los tres meses posteriores a la superación del impedimento, hizo valer sus derechos, colocando la condición que obraba en su esfera para que pueda utilizarse la variable de equidad.

d. Dado que ampliar los requisitos del art. 3980 CC significaría cargar al pretensor con un comportamiento no exigido legalmente, la exigencia en el caso de una demanda judicial demandada consolidando en su esfera una situación tan disvaliosa como la que se ha demostrado en autos.

e. No se me escapa, que dejar de utilizar esta variable de equidad significaría remachar el último clavo del calvario de Conti.

Por todas las razones, utilizando la variable que me acuerda el art. 3980 CC liberó al actor de las consecuencias de la prescripción ya cumplida.

IV) Naturaleza del despido impuesto al actor

Al momento de despido estaba formalmente vigente la ley 20615 cuyo art. 57 establece el desafuero como condición de validez del despido del actor. Dicho desafuero no se ha producido, con lo cual el despido ha sido nulo, con el consiguiente deber de la empresa de reincorporar al actor durante el período de su mandato y el año posterior, es decir hasta el 13 de abril de 1979.

No es obstáculo a ello la exigencia de la regla estatal 21.400/76 y específicamente la de su art. 11, cuya inconstitucionalidad solicitada por Conti debe declararse, tanto por su origen como por su contenido.

La inconstitucionalidad de origen es manifestada ya que provienen de un eón autoritario y han emanado de órganos inhábiles para sancionar normas generales. En ese sentido reitero e incorporo a la presente las consideraciones presentadas en las causas “Zander c/ Entel” y “López de Dal Santo c/ Entel” así como las enseñanzas de Héctor Hugo Barbagelata respecto de la ilegitimidad en el derecho del trabajo (reseñadas en la última de las causas mencionadas).

La inconstitucionalidad de contenido también es manifiesta, porque viola la garantía sindical y el derecho de huelga, constitucionalmente reconocidos, porque vulnera la libertad sindical establecida en la Carta Internacional de los Derechos Humanos y en los Convenios 87 y 98 de la OIT y, a todo evento, porque en el momento en que se aplicó la norma al actor vulneraba, además, los postulados del denominado Proceso de Reorganización Nacional (como agudamente han observado los doctores Noemí Rial y Enrique Rodríguez en su Aportes para el análisis de la ley 21.400).

En el caso concreto, el art. 11 de la regla estatal 21.400/76 es inconstitucional porque ha violentado la garantía sindical que obraba en su esfera y ha vulnerado su propiedad privada al establecer que el despido impuesto no conlleva indemnización alguna, con lo cual dicha norma contradice abiertamente los arts. 14 bis y 17 de la Constitución Nacional. Reproduzco y hago mío los argumentos del Dr. Roberto García Martínez en La Acción gremial en la empresa. Su regularización y protección legal (cr. VIII Congreso Iberoamericano y VII Nacional del Derecho del Trabajo, Bs. As. 1983, tomo I, pág. 637 y ss.).

Siendo así, debe declararse inconstitucional la regla estatal 21.400/76 y el despido impuesto tenerse por nulo.

V) Condena aplicable a la demandada

La reposición de las cosas a su estado anterior es imposible porque ya ha transcurrido con exceso el tiempo del mandato de Conti y el año posterior.

Por lo tanto, sólo cabe condenar a la demandada a satisfacer, en su reemplazo, las indemnizaciones pertinentes, detalladas en la demanda y determinadas económicamente en la pericia contable de fs. 249, consentida por ambas partes.

En consecuencias, corresponde condenar a la demandada a satisfacer al actor la suma de australes 0,155, actualizados de acuerdo a los índices de precios al consumidor desde diciembre 1976 al efectivo pago, con un interés moratorio del 15% anual.

Además, cabe sancionar la conducta de la empleadora como maliciosa y temeraria al pretender consolidar a su favor una situación amparada por el régimen autoritario, siendo que su actitud fue violatoria del art. 14 bis y del art. 17 de la Constitución Nacional y del art. 41 de la Declaración Tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social. Tal sanción se expresará en un interés, establecido dentro de los parámetros del art. 275 RCT, del 25% anual sobre el capital actualizado, que se adicionará al interés moratorio.

VI) Medidas a implementar en esta alzada

El 29 de diciembre de 1985 tomé conocimiento de los hechos narrados bajo juramento por los testigos de esta causal. Cumpliendo mi deber de denuncia remití copia certificada de tales

declaraciones al tribunal competente.

Sin perjuicio de ello, corresponde, dada la gravedad de los hechos demostrados en esta causa, remitir copias certificadas de la misma a:

1. Cámara Nacional en lo Criminal y Federal Correccional de Capital Federal
2. Organización Internacional del Trabajo para que tomen conocimiento tanto el Comité de Libertad Sindical como la Comisión que estudia la sanción del Código de Conducta de las empresas Transnacionales.
3. Ministerio de Trabajo, a los efectos de las normas policiales.

VII) En consecuencia, propicio: 1. Revocar la sentencia recurrida; 2. Declarar liberado a Conti de las consecuencias de la prescripción cumplida; 3. Declarar la inconstitucionalidad de la regla estatal 21.400/76 y especialmente de su art. 11; 4. Condenar a la demandada en la forma indicadas sub V. con costas; 5. Regular los honorarios de los profesionales intervinientes en la siguiente forma: representación letrada del actor y de la demandada, por su actuación en ambas instancias, en el 20% y 14% respectivamente y los del perito contador en el 8%. Dichos porcentajes se calcularán sobre el monto de condena actualizado; 6. Adoptar las medidas indicadas en sub VI.

Y así voto.

EL DOCTOR JUAN CARLOS MORANDO DIJO:

I. Coincido con la decisión adoptada por el señor Juez "a quo". Su ajustada aplicación del art. 3980 CC no resulta eficazmente rebatida por el apelante. Este insiste en que las actuaciones promovidas ante el Ministerio de Trabajo tiene eficacia interruptiva de la prescripción y en que la reclamación administrativa constituye un medio adecuado de "hacer valer sus derechos" en orden a lo dispuesto por aquella norma. Sus argumentos han sido recogidos y mejorados por el Dr. Capón Filas, en su ilustrado voto. Ello nos obliga a formular algunas precisiones.

II. En primer lugar, es necesario despejar un equívoco que campea en la memoria de fs. 264/269, como en el escrito de demanda, en el de contestación de traslado de la excepción de prescripción (fs. 34/38) y en el de interposición del recurso de apelación de fs. 58/63, respecto de la naturaleza del término de tres meses establecido por el art. 3980 CC. Antes de la reforma dispuesta por la ley 17.711, ya la Corte Suprema de Justicia de la Nación había sistematizado los requisitos de aplicación del instituto de dispensa de la prescripción regulado por el art. 3980, a) fuerza mayor imposibilitante del ejercicio de la acción, b) que la prescripción se haya cumplido durante el impedimento; c) que el derecho se haga valer sin demora (hoy debemos decir dentro de los tres meses) después de desaparecido el impedimento (Fallos: 235; 145). Es esencial el cumplimiento del plazo de prescripción, ya que, obviamente, sólo en tal hipótesis es inteligible otorgar la dispensa de la prescripción corrida. Si el impedimento hubiera desaparecido pendiente el plazo de prescripción, el acreedor o el propietario se encontrarían en condiciones de accionar durante el lapso restante, lo que privaría de interés al requerimiento de la dispensa y habría superfluo establecer un término para demandar, pues dicho lapso podría, incluso, ser superior.

Por lo tanto, resulta evidente que el término de tres meses no constituye un nuevo plazo de prescripción, que, insiste, se agotó durante el período del impedimento. Se trata de un verdadero plazo de caducidad, y en consecuencia, no es susceptible de ser interrumpido ni suspendido a través de cualquiera de los diversos actos susceptibles de interrumpir o suspender el curso de la prescripción. Por ello, la reclamación administrativa no pudo producir los efectos previstos por el art. 257 LCT.

III. Tampoco es válida, a mi juicio, la elaborada hipótesis del Dr. Capón Filas acerca de la eficacia de la reclamación administrativa como acto de ejercicio de los derechos que, verificando dentro de los tres meses de desaparecido el impedimento autoriza al juez a liberar al acreedor o propietario de los efectos de la prescripción cumplida, esterilizando la respectiva excepción. Ello es así, porque sólo a los jueces atribuye el art. 3980 CC la facultad de otorgar la dispensa. Resulta obvio, en consecuencia, que, dado que el acreedor o propietario deben "hacer valer sus derechos" dentro del término de tres meses, como requisitos de administrabilidad de su pretensión de obtener la dispensa, el acto sólo resultaría eficaz si se dirige a quien posee atribuciones para concederla. Es decir, que el único modo de hacer valer los derechos, dotado de relevancia en el sistema del art. 3980 del CC, es la demanda judicial.

IV. Lo hasta aquí expuesto sería suficiente para fundar la desestimación del recurso de apelación, ya que la prescripción de la acción ejercida por el actor se encuentra regida por el art. 256 LCT. En efecto, aún accediendo a la declaración de inconstitucionalidad del art. 11 de la ley 21.400 –que puede ser considerado paradigma de la irrazonabilidad-, resulta

improcedente la declaración de nulidad del despido.

En el régimen de la ley 20.615 –vigente en la época del despido del actor- la estabilidad de los representantes sindicales se encontraba protegida a través de un sistema de propuesta de despido. El empleador debía solicitar al Tribunal Nacional de Relaciones Profesionales la caducidad del derecho a la estabilidad –Fuero sindical- en virtud de la existencia de una justa causa de despido, que, en proceso contradictorio, estaba a su cargo acreditar. El despido directo era, en ese contexto, ineficaz como acto extintivo de relación de trabajo, y el afectado por tal medida tenía a su disposición una acción tendiente a obtener la declaración de su nulidad, con el consiguiente restablecimiento del statu quo (reinstalación y pago de la remuneraciones dejadas de abonar). La ley ofrecería la opción de demandar el pago de una indemnización. Puesto que “una vía electa non datur egremo ad alteram”, el ejercicio de la acción de indemnización implicaba la renuncia a la acción de nulidad, lo que importaba la confirmación del acto sujeto a ésta, que, en consecuencia, recuperaba su virtualidad extintiva de la relación que era su finalidad inmediata.

Por lo tanto, es evidente que la nulidad que afectaba al acto de despido directo era relativa y que, conforme al art. 1048 del CC, no era susceptible de ser declarada de oficio. El actor, si bien se refirió a la nulidad del despido, expuso una pretensión indemnizatoria, excluyente de la nulidad, lo que significaría que, cualquiera fuere la opinión que se sustente acerca del plazo de prescripción de la acción nulidad –a mi juicio, se encontraba sujeta a un plazo de caducidad implícito de duración igual al tiempo faltante para el agotamiento del lapso de estabilidad, pues, más allá la reinstalación en el cargo, devenía irrelevante-, es indudable que la acción indemnizatoria era prescriptible en el mismo plazo que los restantes créditos laborales.

V) El Dr. Capón Filas, en su voto, ha demostrado que la sociedad demandada actuó, en la emergencia, con una ejemplar mala fe. Incluso en el curso del proceso, pretendió asumir una admisible posición de tercero desinteresado, en relación con las circunstancias en que fueron detenidos el actor y los restantes delegados, episodio en el que estas actuaciones suscitan la certeza moral de que sus funcionarios actuaron como instigadores.

Ello es, sin embargo, irrelevante pues el acogimiento de la defensa de prescripción e independiente de la buena o mala fe del deudor (art. 1047 del CC).

Al votar en el plenario n° 252 (“Mackay Zernik, Sergio s/ Jubilación”, 12/6/86) recordó que “la prescripción es una defensa poco moral y que una persona rigurosamente honorable no puede utilizarla cuando realmente adeuda una prestación, sino en casos excepcionales o contra un deudor de mala fe” (Rezzónico, Luis M. “Estudio de las obligaciones en nuestro Derecho Civil”; pág. 320, nota 2). También recordó que la Corte Suprema de Justicia de la Nación expresó que “en otras tiempos de costumbres que van desapareciendo, en nuestro país las personas honorables reputaban una falta acogerse a tal defensa” (JA 67-724).

En tal caso, podría llegar a admitirse que la demandada considere que la contienda referente a las indemnizaciones que el actor reclama encierre una cuestión litigiosa y haya buscado, en la defensa de prescripción, el medio de liberarse de un eventual resultado adverso que podría reputar injusto. Lo que no se explica es que haya hecho extensiva la defensa a créditos remuneratorios (sueldo anual complementario y compensación por vacaciones no gozadas) que no afirmó haber satisfecho y cuya procedencia no pudo ser calificada como dudosa. Para tal actitud son las palabras de Ennecerus- Nipperdey: “aún siendo de mala fe, el deudor podrá invocar la prescripción, pero tendrá que echar sobre sí la legítima censura de conducirse con poco miramiento”.

VI) Resulta obvio que, en la medida en que se ha analizado la procedencia de la defensa de prescripción desde la perspectiva más favorable del actor, es irrelevante pronunciarse acerca de la corrección de tal perspectiva. No puedo dejar de señalar, sin embargo, que no comparto en absoluto el punto de vista del actor acerca de la imposibilidad de accionar en defensa de sus derechos antes el 1° de diciembre de 1983. Dicho punto de vista revela un pernicioso apego al maniqueísmo que tanto daño ha hecho, a lo largo de la historia, a la sociedad argentina. Durante el período 1976/1983 –al calor del mismo maniqueísmo- un cometieron violaciones a los derechos fundamentalmente de las personas, en algunos casos con connotaciones aberrantes que han sido objeto de censura y juzgamiento. Pero no puede afirmarse, sin un grosero apartamiento de la realidad, que los trabajadores tuvieron negado el acceso a la jurisdicción del trabajo, ni que la Justicia haya desoído sistemáticamente sus pretensiones. Tampoco, que demandas como la del actor, de contenido meramente patrimonial, hayan sido contempladas como actos de subversión.

Mucho de malo ocurrió en el período indicado, pero no necesariamente todo fue malo. Y, en general, el Poder Judicial respondió positivamente a los requerimientos de la sociedad, superando los condicionamientos impuestos por la situación de emergencia institucional. Que

el actor, subjetivamente, se haya considerado inhibido de demandar judicialmente a su ex – empleadora, es tan indemostrable como plausible. Que, objetivamente, le haya resultado imposible, en defecto de una actitud heroica que no le era exigible, constituye, por lo menos, una exageración.

VII. Sugiero se desestime el recurso de apelación. Las costas de la alzada serán soportadas por el orden causado, pues el rechazo de las pretensiones del actor deriva del acogimiento de la defensa de prescripción (art. 68 CPCCN).

EL DOCTOR JUAN CARLOS FERNANDEZ MADRID DIJO:

Adhiero al voto primero, salvo en lo perteneciente a las medidas popiciadas por el Dr. Capón Filas en el punto VI de su voto porque: a) no considero configurado un delito de derecho criminal que torne procedente una acción penal que obligue a denunciarla ante el Fuero correspondiente; b) la posible existencia de una práctica antisindical no justifica que el Tribunal es dirija a un organismo Internacional cuya intervención debe ser instada –en todo caso- por los propios sindicatos y c) no encuentro que el objetable proceder de la demandada pueda dar motivo a la intervención de la Dirección de Policía del Trabajo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

En atención al resultado del presente acuerdo, EL TRIBUNAL RESUELVE: 1) Revocar la sentencia recurrida. 2) Declarar liberado al actor Juan Carlos Conti de las consecuencias de la prescripción cumplida. 3) Declarar la inconstitucionalidad de la regla estatal 21400/76 y especialmente de su art. 11. 4) Condenar a la demandada Ford Motor Argentina SA a abonar al actor la suma de 0,155 australes, actualizados de acuerdo a los índices de precios al consumidor desde diciembre de 1976 hasta su efectivo pago, con un interés moratorio del 15% anual y punitivo del 25% anual sobre el capital actualizado. Con costas. 5) Regular los honorarios de la representación letrada del actor y de la demandada, por su actuación en ambas instancias, en el 20% y 14%, respectivamente, y los del perito contador en el 8%, porcentajes que se calcularán sobre el monto de condena actualizado. Cópiese, regístrese, notifíquese y vuelvan.

Caso 2. Objeción de conciencia y Derechos Humanos

SALA VI

EXPEDIENTE N° 6250/00 JUZGADO N° 42

AUTOS: "ARMELLA MIGUEL ANGEL C/ A.A. AEROLINEAS ARGENTINAS S.A. S/ JUICIO SUMARISIMO".

Buenos Aires, 26 de octubre de 2000.

EL DOCTOR HORACIO HECTOR DE LA FUENTE DIJO:

I) La parte actora apela la sentencia de primera instancia a fs. 220. Asimismo a fs. 223 se agravia la parte demandada.

II) El a quo declaró inválida la sanción disciplinaria aplicada al actor -amonestación grave- por considerar justificada su negativa a atender a un pasajero de la empresa -Antonio Bussi- fundando aquel su decisión en una cuestión de "conciencia" o de "principios", por tratarse el aludido pasajero de un personaje público al que califica de genocida o identificado con el régimen de facto instalado en el país a partir del 26/3/76. Contra esta decisión apela la accionada, a mi juicio, con razón.

En primer lugar comparto plenamente las afirmaciones del a quo en el sentido que el actor tuvo todo el derecho negarse a atender personalmente a quien representaba al pasajero Antonio Bussi en el trámite de embarque (una empleada de la fuerza aérea), ya que aquel invocó en la emergencia un justificativo (una cuestión de conciencia), que por las circunstancias, aparece como razonable y legítimo. La necesidad de preservar la personalidad y dignidad del trabajador justifica, a mi modo de ver, que este sea relevado de cumplir la obligación laboral a su cargo, por lo que su incumplimiento formal resulta reprochable. Sin embargo, considero que en la situación sub-examen el actor abusó de su derecho a no atender personalmente al pasajero Bussi

al adoptar la decisión extrema de rechazar lisa y llanamente la admisión del pasajero que -fuera quien fuera- tenía el innegable derecho a viajar por cuanto había adquirido el billete correspondiente expedido por su empleadora.

Me parece claro que Armella pudo perfectamente preservar su conciencia y principios sin afectar los intereses de su empleadora, lo que hubiese sucedido ya sea hablando a otro compañero de trabajo para que atiende al pasajero, o a su superiora para que ella disponga quien debía hacerse cargo de la atención, o incluso diciéndole a la persona encargada del trámite -que representaba a Bussi- que el no podía atenderla personalmente por cuestiones de conciencia, pero que sí podían hacerlo cualquiera de sus compañeros de trabajo que cumplían sus mismas tareas en la sala de atención al público.

Por ello comparto la posición de la accionada, la que con toda razón se siente agraviada y perjudicada porque el actor, que en ese momento la representaba, decide unilateralmente negar la admisión de un pasajero legitimado para viajar sin darle ninguna alternativa ni indicación, afectando así la prestación del servicio y la imagen pública de la empresa. A mi juicio, esta actitud constituye, por parte de Armella, un incumplimiento a los deberes a su cargo que justifica la aplicación de la sanción -mínima por otra parte- impuesta por la accionada.

En conclusión, considero que el actor tenía el legítimo derecho a negarse o atender personalmente a un pasajero que el repudiaba, pero lo que no podía hacer, por una elemental razón de buena fe y lealtad hacia la empresa, era negar lisa y llanamente, sin alternativas, la admisión de un pasajero - fuera quien fuere- que había contratado legítimamente con su empleadora.

Desconozco así que Armella tuviera el derecho a que sus problemas de conciencia repercutieran negativamente en la prestación del servicio que prestaba la accionada.

II) Por la forma en que se resuelve deviene en abstracto el tratamiento de los agravios planteados por el actor.

III) Costas en el orden causado en primera y segunda instancia. Regúlanse los honorarios de los letrados firmantes a fs. 220 y fs. 223 en un 25% y 30% respectivamente de lo que a cada uno le corresponde percibir por su labor en la anterior etapa.

EL DOCTOR RODOLFO ERNESTO CAPON FILAS DIJO:

I. Las apelaciones del actor y del demandado deben resolverse:

A. Marco referencial

1. La decisión meramente formal, utilizada por la doctrina tradicional, se queda en la superficie del Derecho sin ahondar en las profundidades del caso concreto, constituido no sólo por normas sino también por realidades, valores y conducta transformadora, como expresa la Teoría Sistémica del Derecho Social, de acuerdo a la cual el Derecho (d) es un conjunto, integrado por dos entradas, la realidad (r) y los valores (v) y dos salidas, las normas (n) y la conducta transformadora (t), pudiendo formularse: $d = (r + v) + (n + t)$.

2. En una especie de suma positiva ($1 + 1 = 2$), las relaciones laborales se basan en el respeto mutuo, en la buena fe y en el sentido común, guardando en los archivos de la historia, junto con el arado de manceras y las rucas de nuestras abuelas, el autoritarismo empresario, operación de resultado negativo ($1 - 1 = 0$), en que la ventaja de uno se logra por la desventaja del otro. Como expresa Amartya K. Sen, Premio Nobel de Economía 1998, "El asunto se vuelve particularmente relevante cuando se examina la posibilidad de tener un sistema moral sustantivo que dé absoluta prioridad a ciertas restricciones relacionadas con

los derechos. En tal sistema, los derechos imponen restricciones que no pueden ser relajadas y que tienen el efecto de excluir ciertas alternativas. Las personas han de obedecer tales restricciones, no importan qué otras cosas puedan o no hacer" ("Bienestar, justicia y mercado", Paidós, Barcelona, 1997, pág. 102).

3. Los Derechos Humanos, como expresan la doctrina alemana (cr. Martin Kriele, "Einführung in die Staatslehre", Rowohlt, Hamburgo, 1975, Parte II, Cap.3) y la portuguesa (cr. Jorge Reis Novais, "Contributo para uma Teoria do Estado de Direito", Coimbra, 1987, Cap. III. 2.1; José Abrantes, "Direito do Trabalho, Ensaios", Cosmos, Lisboa, 1995, pág. 35) irradian su eficacia no sólo sobre el Estado sino también sobre la sociedad civil y las empresas hasta tal punto que "el principal papel del Juez reside en su independencia para velar las libertades públicas y acrecentar el respeto por los Derechos Humanos porque el Poder Judicial tiene un compromiso histórico y moral con la preservación de la dignidad del hombre" (Benedito Calheiros Bomfim, "A Crise do Direito e do Judiciario", Destaque, Río de Janeiro, 1999, pág. 71). Este compromiso judicial, ético en sus raíces, se normativiza a partir de la directiva constitucional expresada en el art. 14 y en el 14 bis de la Constitución vigente. Como los documentos de Derechos Humanos enumerados en la Constitución Nacional art. 75, inc. 22, son superiores a las leyes, ya no se puede prescindir de ellos en la solución de los casos concretos, con el agregado que la prescindencia puede originar responsabilidad internacional del Estado Argentino (CS, "Méndez Valles, Fernando c/ A. M. Pescio SCA", 26.12.1995). Del mismo modo, la Declaración Sociolaboral del Mercosur, por emanar del Tratado de Asunción, es superior a las leyes (C.N., art.75, inc. 24). Los instrumentos indicados buscan la dignificación del trabajador como parte hiposuficiente de la relación laboral. De ahí que todo lo referente a las indemnizaciones han de considerarse como elemento axiológico y no como componente económico de los costos.

La dignidad del hombre, fuerza que surge de su naturaleza y se expande a todos los componentes de la sociedad civil, se ha expresado en la Carta Internacional de derechos humanos, especialmente en la Declaración Universal de derechos humanos (art.1) y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 3). También en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Preámbulo). Siempre, pero sobre todo en un mundo conflictivo como el actual, importa la doctrina de las Naciones Unidas en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, 14 a 25 de junio de 1993): "Todos los derechos humanos tienen su origen en la dignidad y el valor de la persona humana. Esta es el sujeto central de los derechos humanos y las libertades fundamentales, por lo que debe ser el principal beneficiario de esos derechos y libertades". De allí "la responsabilidad de todos los Estados, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, de fomentar y propiciar el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción alguna por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto de las obligaciones emanadas de los tratados y otras fuentes del derecho internacional, promover el progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad, practicar la tolerancia y convivir en paz como buenos vecinos y emplear un mecanismo internacional para promover el progreso económico y social de todos los pueblos" formas de discriminación y violencia a que siguen expuestas las mujeres en

todo el mundo. Exige "que todos los pueblos del mundo y todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas emprendan con renovado impulso la tarea global de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales para garantizar el disfrute pleno y universal de esos derechos"... "cada Estado debe prever un marco de recursos eficaces para reparar las infracciones o violaciones de los derechos humanos. La administración de justicia, en particular los organismos encargados de hacer cumplir la ley y del enjuiciamiento así como un poder judicial y una abogacía independientes, en plena conformidad con las normas contenidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos, son de importancia decisiva para la cabal realización de los derechos humanos sin discriminación alguna y resultan indispensables en los procesos de democratización y desarrollo sostenible".

4. En un mundo global, la sentencia concreta adquiere una dimensión planetaria. Llegado el caso, debe ser comunicada a los organismos internacionales relacionados con el tema que se resuelve. Así como "los hombres no son islas", tampoco lo son los países. Por eso, como todo juez vive en el mundo, debe comunicar su decisión al mundo, mediante los medios protocolares del caso y también mediante Internet: la tecnología al servicio no sólo de los intereses económicos sino también al servicio de la Justicia, con ojos abiertos para ver la realidad, como la esculpiera magistralmente Lola Mora.

B. Datos (realidad) (r)

a. Sentencia recurrida

1. Ante la negativa del trabajador a despachar el pasaje de Antonio Domingo Bussi, el empleador le impone una medida disciplinaria, consistente en una "grave amonestación" y lo apercibe que, de incurrir nuevamente en ese tipo de actitud, le aplicará "la sanción más severa conforme a la ley".

2. La señora Jueza considera que "si bien el trabajador incumplió una de las tareas a su cargo (y en un contexto kelseniano, debería ser sancionado), no cabe soslayar que las relaciones laborales se desenvuelven en un determinado marco histórico-político y que sus protagonistas (en el caso el trabajador) son personas y por ende deben ser respetadas por quien ejerce sobre ellas el poder de dirección. En otras palabras: la respetable actitud del dependiente, al negarse por razones de principios a atender a un personaje público y notorio ligado a la historia lacerante de la Argentina, debió compeler a la empleadora a respetar las razones invocadas por su trabajador" (fs.218, primer y segundo párrafo).

En los platillos de la balanza, la señora Jueza pone en uno "la dignidad y conciencia del dependiente" y en el otro "los intereses patrimoniales y comerciales de la empresa". Dado que el demandado ha preferido estos últimos sobre los primeros, concluye en que la sanción impuesta "implica un ejercicio abusivo del poder disciplinario del empleador, pues sobre el objetivo comercial debe prevalecer el respeto a la dignidad del trabajador" (arts. 67 y 68 RCT)". En consecuencia, declara la nulidad de la sanción impuesta.

3. Rechaza la pretensión del actor y de la entidad sindical correspondiente de que se considere al empleador incurso en práctica desleal porque no se ha realizado prueba alguna de que la medida disciplinaria se relacione con la in/discutida posición gremial del trabajador.

4. Como ningún daño se ha probado, rechaza la pretensión de reparar el mismo mediante la publicación de la sentencia en el diario de mayor circulación en la ciudad.

b. Apelación del demandado

1. Aerolíneas Argentinas SA sostiene que la sentencia carece de "fundamentos jurídicos", "sustentándose sólo en consideraciones de tipo extra-jurídicas".

Dado que la sentencia se aparta de la filosofía kelseniana pero no explica en cuál se apoya, la decisión carece de fundamento, "ni siquiera en el iusnaturalismo más ortodoxo".

2. La sentencia no ha valorado que, precisamente por respeto a los principios del actor, se ha sancionado su falta grave con una medida menor.

3. La sentencia descuida que de no haberse subsanado urgentemente la in/conducta del actor, el empleador hubiera violado los deberes de transporte público a su cargo, con todos los perjuicios del caso, y hubiera discriminado a Antonio Domingo Bussi.

4. La sentencia no ha meritado que la historia argentina ha generado numerosos personajes "especiales". De acuerdo a la tesis sustentada en la decisión, los trabajadores podrían no atenderlos, con las nefastas consecuencias del caso.

5. Como la mayoría de las pretensiones del actor han sido des/estimadas, no es razonable imponer el 80% de las costas al apelante.

6. Se queja porque los honorarios son elevados.

c. Apelación del actor

1. Existe práctica desleal en el demandado por sancionar al actor sin haber iniciado la exclusión de tutela.

Además, por haber violado la libertad de conciencia del actor, uno de los derechos fundamentales de los representantes gremiales.

2. El daño causado es evidente por lo que se debe publicar la sentencia en un medio masivo de comunicación.

3. No debe cargarse las costas al apelante porque bien pudo considerarse con derecho para litigar como lo hiciera.

C. Valores (v)

En este caso se hallan comprometidos los siguientes derechos humanos:

1. a un orden social justo

Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 28

2. a la libertad de conciencia

Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, art. 3

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 18

Pacto de San José de Costa Rica sobre Derechos Humanos, art. 13

D. Menú normativo (n)

a. Normas constitucionales

En el presente caso se hallan comprometidas las siguientes directivas:

Derecho a condiciones dignas y equitativas de trabajo (CN art. 14 bis)

Derecho a la garantía sindical (CN art. 14 bis)

b. Normas supra/legales

Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo (1998), art. 1

Declaración Sociolaboral del MERCOSUR (1998), art. 8,

c. Normas legales

En el presente caso se hallan comprometidas las siguientes:

Uso razonable de la facultad disciplinaria (RCT arts. 67 y 68)

Concreción de la garantía sindical (ley 23.551, art. 52)

Práctica des/leal (ley 23.551, art. 53,1)

E. Decisión como conducta transformadora de la realidad (t)

a. negativa del actor a despachar el pasaje de Antonio Domingo Bussi

1. El tema a resolver se relaciona con la objeción de conciencia. Al respecto, transcribo lo que he afirmado en

"Derecho del Trabajo", Platense, La Plata, 1998, párrafo 287:

"1. Estructura: Es el derecho de todo hombre a no empuñar las armas o prepararse para matar, por razones de libertad de conciencia, ofreciendo servicios civiles como alternativa. Si bien refiere a temas bélicos, sistemáticamente cabe extenderla a supuestos laborales vinculados a problemas éticos, en los que el trabajador puede negar su débito hasta que se solucione el conflicto moral. Cabe visualizarla también como deber en cuanto su ejercicio contribuye a la justicia social y a la paz consecuente. Mientras madure el tiempo para concebirlo como normativo, por el momento vale considerarlo como ético, derivado del "nemo laedere".

2. Reconocimiento

Vinculada con el tema bélico, fue reconocida como derecho humano por el Parlamento europeo mediante resolución del 07.02.1983. Ha sido receptada en las legislaciones de Alemania Federal, Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Holanda, Italia, Polonia, Suecia.

En nuestro país, la ley 24.429 (B.O. 10/01/95) art. 20 norma: "Los ciudadanos que en la oportunidad de la convocatoria expresada en el artículo anterior, se consideren impedidos para cumplir con la capacitación militar, en razón de profesar profundas convicciones religiosas, filosóficas o morales, opuestas en toda circunstancia al uso personal de armas o a la integración de cuerpos militares, deberán cumplir el Servicio Social Sustitutorio, por el término que la reglamentación determine, que no podrá ser mayor a un año"....

4. Contenido de la objeción en materia laboral.

En materia laboral, el contenido de la objeción alcanza a toda conducta empresarial que tienda, directa o indirectamente, a violar derechos humanos o in/cumplir los cursos de acción del Nuevo Orden Económico Social Inter/nacional (NOESI), decidido por las Naciones Unidas. ..."

2. La dictadura militar argentina es un hueso duro de roer en la sociedad civil en cuyo estómago todavía los "jugos gástricos" de la Memoria colectiva no han logrado procesar los hechos ocurridos y los personajes que los llevaron a cabo. Actitudes semejantes se observan en la colectividad judía, en la que el Holocausto nazi sigue presente o en la sociedad japonesa en que las bombas atómicas sobre Hiroshima y Nagasaki aún iluminan el país insular.

Como las sentencias se dictan en un momento histórico determinado (el "hic et nunc" de los romanos), la ubicación espacio/temporal de la decisión recurrida es correcta en cuanto la conducta del actor no se entendería fuera del contexto de la dictadura militar reciente, dentro de la cual él fuera detenido durante 20 días (fs. 13). En tal marco, la conducta del actor, lejos de ser un in/cumplimiento, ha sido ejemplar porque si a todos los prisioneros de la dictadura se los tratara del mismo modo, la sanción societal compensaría en parte los "beneficios" obtenidos por las leyes de obediencia final y de punto final. Esto no es discriminación, como dice el demandado, sino simplemente justicia ya que en la balanza de la conciencia los horrores de la dictadura son compensados por un trato duro, en este caso negarse a despachar el pasaje de uno de los más importantes personajes de la dictadura.

3. El demandado, contraponiendo Kelsen y iusnaturalismo, sostiene que la sentencia se aparta del primero pero no indica en qué fuente filosófica abrevia. Por ello, en su primer agravio, a fs.22 vta, afirma que la decisión carece de fundamentos jurídicos, "sustentándose sólo en consideraciones de tipo

extrajurídicas" (argumento que ciertos jueces de alzada, en su época jueces de la dictadura militar, utilizan para descalificar sentencias que es imposible rebatir).

El demandado descuida que, lejos de carecer de fundamentos jurídicos, la sentencia se basa en los Derechos Humanos, cimiento de todo sistema normativo que pretenda seriedad. Por ello, la sentencia debe recorrer el mundo mediante Internet porque muestra que en estas lejanas playas del Sur, en los límites de Occidente, existen seres humanos que llaman a las cosas por su nombre. Como dijera Kelsen: "Hay, sin embargo, una afirmación que en el orden de la experiencia puede ser hecha por la teoría, a saber: únicamente un orden jurídico que no satisface los intereses de uno en perjuicio de los de otro, sino que establece entre los intereses contrapuestos un compromiso, a fin de reducir al mínimo las fricciones posibles, puede aspirar a una existencia relativamente larga. Sólo un orden de este tipo se hallaría en condiciones de asegurar a los sometidos a él una paz social sobre bases relativamente permanentes. Y aún cuando el ideal de justicia en el sentido originario aquí desenvuelto es algo enteramente distinto del ideal de paz, existe una clara tendencia a identificar los dos ideales o, cuando menos, a substituir el de paz por el de justicia" ("Teoría General del Derecho y del Estado", edit. U. México, 1979).

Por otra parte, la sentencia refiere expresamente a RCT arts. 67 y 68 por lo que tampoco carece de base normativa.

Sus consideraciones respecto del trabajador como persona, oblicuamente refieren a RCT art. 4. El ordenamiento normativo tutela a través

de RCT art. 4, al trabajo como 'actividad lícita', que 'tiene como principal objeto la actividad productiva y creadora del hombre en sí'. Esta conceptualización normativa alcanza y recepta una noción de tipo ontológico, mostrando cómo de una concepción filosófica se puede derivar otra que se plasma en la ley. Al expresar el texto legal 'del hombre en sí', remite a la esencia del hombre, fuertemente ligada a una actividad propia de ese tipo de ente que somos, y que es el trabajo. Según Job, "el hombre nace para trabajar como el ave nace para volar", por lo que "el trabajo constituye una dimensión fundamental de la existencia del hombre en la tierra" ("Laborem exercens", pár. 12), discutiéndose así, desde la raíz misma del hombre, todos los intentos políticos y económicos basados en la exclusión de las grandes mayorías. La tutela del trabajo y del trabajador se conecta con su esencia y con su dignidad humana, no con un menoscabo ontológico de su naturaleza, con incidencia en el ámbito legal. La sociedad tutela al trabajador porque es un ser digno, y no porque éste sea, como algunos dicen, 'simple y modesto'. De ninguna manera la subordinación jurídica del trabajador respecto del empleador puede interpretarse como un menoscabo en su naturaleza.

4. Ya que finalmente fue despachado el pasaje en cuestión, no ha existido daño alguno a la empresa. Por ello, el argumento del demandado relativo a sus eventuales responsabilidades como transportista público no conmueve la sentencia.

5. La existencia en la sociedad argentina de "personajes especiales" que podrían no ser atendidos por razones de conciencia por otros empleados, es un dato a tener en cuenta en un convenio colectivo o en un reglamento consensuado para establecer los necesarios reemplazos de los objetores de conciencia y conjugar sus imperativos éticos con las necesidades operativas del servicio. Como se aprecia, el argumento no menoscaba la sentencia.

6. El argumento de que por respeto a la persona del actor se ha

sancionado su falta grave con una sanción menor, menoscaba dos datos fundamentales:

6.1. no ha existido falta alguna por parte del actor, por lo que la sanción no corresponde.

6.2. dado que la posición sindical del actor en la empresa no se discute, el empleador hubiera debido, antes de sancionarlo, recurrir al procedimiento de exclusión de tutela, establecido en la ley 23.551 arts. 47 y 52. Cabe recordar que en el caso de un trabajador garantizado por la tutela sindical, el empleador debe recurrir al procedimiento de exclusión de tutela, establecido en la ley 23.551 art. 47, en tres situaciones normadas por el art. 52 (despido, suspensión o modificación de las condiciones de trabajo). Dentro de la segunda variable (suspensión) se recepta cualquier otra medida disciplinaria, incluso el apercibimiento.

Si así no fuese, el trabajador garantizado podría ser continuamente hostigado por el empleador mediante medidas disciplinarias menores a la suspensión pero que molestan o perjudican su horizonte mental.

Como el empleador no ha recurrido al proceso de exclusión de tutela, antes de sancionar al actor, su argumento cede.

7. La memoria recuerda que durante la dictadura militar argentina, un maletero de un hotel parisino se negó a llevar las valijas de Eduardo Massera. Ante ello, fue despedido. El tribunal consideró injusto el despido y ordenó reincorporar al trabajador despedido, con el argumento de que en un país libre como Francia los dictadores no deben ser atendidos.

Dada la globalización, este fallo es un digno precedente para confirmar la sentencia recurrida.

8. Por estas consideraciones, cabe rechazar la apelación del demandado en esta parte.

b. práctica des/leal del empleador

1. Los empleadores (también el Estado empleador) o sus organizaciones profesionales pueden vulnerar la libertad sindical mediante conductas obstructivas, violatorias o de influencia, pre/valiéndose del poder en cualquiera de sus elementos: social, cultural, económico, político. Tales conductas son

anti/sindicales porque su sentido es claro: perjudicar la libertad sindical. Dado el método utilizado (abuso del poder), son des/leales ya que violan la ética de las relaciones profesionales.

Se tienen, así, los elementos de la práctica des/leal (PD): agente social (As), abuso del poder (Ap), violación de la libertad sindical (VIs).

Puede formularse: $PD = As + Ap + VIs$ (cr. mi "El nuevo derecho sindical argentino", 2ª. edic., Platense, La Plata, 1993, pár.269).

2. De acuerdo a la ley 23.551 art.53.i) constituye práctica des/leal el despido, suspensión o modificación de las condiciones de trabajo del trabajador garantizado sindicalmente, por razones que no sean "de aplicación general o simultánea a todo el personal".

Como ya se explicara, dentro del concepto "suspensión", se recepta cualquier otra medida disciplinaria menor, como la de este caso.

Como el inciso prescinde de la finalidad del empleador, no es necesario probar su ánimo anti/sindical, bastando la conducta objetiva y particularizada.

3. Por ello, en este caso el empleador ha incurrido en práctica des/leal.

4. Dado que la sanción de la práctica des/leal es una multa con dimensión económica y destino específico (ley 23.551, art. 55),

debe imponerse, aunque el afectado no la hubiera solicitado en la demanda, como en este caso.

4.1. Si bien queda a criterio del juzgador, la multa ha de imponerse con razonabilidad, teniendo en cuenta las características del caso, la medida del incumplimiento del empleador, la dimensión de la empresa, y las pautas de la ley 25.212 (B.O.06.01.2000).

En este caso, las características del asunto refieren a un objetor de conciencia y a una empresa de aviación de fama y alcance mundial, lo que trae a la memoria el conflicto entre David y Goliat (I Samuel, cap. XVII).

El in/cumplimiento ha sido grave, porque se ha vulnerado no sólo la conciencia del trabajador sino también la libertad sindical, mediante un comportamiento que difícilmente se hubiera manifestado en Europa y que muestra cómo nos trata el capital extranjero, alegremente introducido en estas lejanas playas del Sur en estos últimos "10 años que cambiaron la historia". En este conflicto no sólo se ha ofendido al actor individualmente sino también a los trabajadores colectivamente, representados por la entidad sindical que también actúa en este proceso.

La dis/paridad de condiciones y de fuerza entre ambos contendores inclina la balanza en el sentido de imponer al transgresor la mayor multa posible dentro del esquema de infracción muy grave, establecido en la ley 25.212, art. 4, por lo que la multa a imponer ha de graduarse desde \$ 1.000 a \$ 5.000 (art. 5.3) por cada afectado, Miguel Angel Armella y la Asociación del Personal Aeronáutico.

4.2. Dado que son dos los afectados, la multa a imponer al demandado es la máxima posible dentro de los parámetros legales mencionados:

\$ 10.000 (\$5.000 x 2).

4.3. De acuerdo a la sentencia, el empleador debe, dentro del tercer día de notificado, eliminar del legajo del actor la sanción impuesta y la amenaza de apercibimiento. Como con esa conducta finaliza la práctica des/leal, el empleador queda apercibido que la multa será incrementada de acuerdo a los parámetros de la ley 23.551, art. 55.2, si se dieran las condiciones previstas en dicha norma.

5. conducta judicial frente a la práctica des/leal

5.1. La Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo (1998) recuerda que "la creación de la OIT procedía de la convicción de que la justicia social es esencial para garantizar una paz universal y permanente" y considera "que el crecimiento económico es esencial, pero no suficiente, para asegurar la equidad, el progreso social y la erradicación de la pobreza, lo que confirma la necesidad de que la OIT promueva políticas sociales sólidas, la justicia e instituciones democráticas". Para ello, la Organización "debe hoy más que nunca movilizar el conjunto de sus medios de acción normativa, de cooperación técnica y de investigación en todos los ámbitos de su competencia, y en particular en los del empleo, la formación profesional y las condiciones de trabajo, a fin de que en el marco de una estrategia global de desarrollo económico y social, las políticas económicas y sociales se refuercen mutuamente con miras a la creación de un desarrollo sostenible de base amplia".

Afirma que "con el objeto de mantener el vínculo entre progreso social y crecimiento económico, la garantía de los principios y derechos fundamentales en el trabajo reviste una importancia y un significado especiales al asegurar a los propios interesados la posibilidad de reivindicar libremente y en igualdad de

oportunidades una participación justa en las riquezas a cuya creación han contribuido, así como la de desarrollar plenamente su potencial humano".

En ese contexto, la Conferencia Internacional del Trabajo 1998 recuerda que " a) que al incorporarse libremente a la OIT, todos los Miembros han aceptado los principios y derechos enunciados en su Constitución y en la Declaración de Filadelfia, y se han comprometido a esforzarse por lograr los objetivos generales de la Organización en toda la medida de sus posibilidades y atendiendo a sus condiciones específicas; b) que esos principios y derechos han sido expresados y desarrollados en forma de derechos y obligaciones específicos en convenios que han sido reconocidos como fundamentales dentro y fuera de la Organización".

Declara "que todos los Miembros, aún 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 que son objeto de esos convenios, es decir:

a) la libertad de asociación y la libertad sindical..."

Decide "que, para hacer plenamente efectiva la presente Declaración, se pondrá en marcha un seguimiento promocional, que sea creíble y eficaz, con arreglo a las modalidades que se establecen en el anexo que se considerará parte integrante de la Declaración".

Dentro de ese esquema, cabe enviar copia de esta sentencia a la OIT, a sus oficinas en Buenos Aires, a sus efectos.

5.2. La Declaración Sociolaboral del MERCOSUR (1998)

entre los derechos de los trabajadores reconoce la libertad sindical (art. 8).

Por ello, cabe enviar copia de esta sentencia al Ministerio de Trabajo para que tenga presente el caso cuando elabore la Memoria Anual respecto de la Declaración.

c. reparación del daño causado

1. Dado el estado público de la cuestión, el daño causado por el empleador no necesita mayores elementos de prueba.

2. El medio elegido por los actores para reparar el daño no ha sido cuestionado por el demandado y guarda relación con el perjuicio causado.

Por ello, corresponde que esta sentencia sea publicada en uno de los diarios de mayor circulación en Capital Federal.

3. Para designar el diario se celebrará audiencia dentro de los 10 días de notificada la sentencia, a la que han de concurrir las partes.

Si no concurrieran o no se pusieran de acuerdo sobre el diario en que se publicará la sentencia, el mismo será designado por el Tribunal.

4. Una vez designado el medio, el demandado debe gestionar la publicación dentro de los 10 días siguientes, bajo apercibimiento de que si así no lo hiciera se le impondrán astreintes de \$ 500 diarios por cada día de mora, sin perjuicio de que los actores publiquen la sentencia y persigan al demandado por el cobro de la publicación.

d. honorarios

1. Los mismos son razonables.

2. Por ello, deben confirmarse.

e. imposición de costas

1. Como la sentencia recurrida se modifica haciendo lugar a la demanda en todas sus partes, las costas deben cargarse solamente en el demandado.

2. Cabe modificar la sentencia a tal efecto.

f. conclusión

Por todo ello, en base a la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, art. 3, a la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 28, al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 18, al Pacto de San José de Costa Rica sobre Derechos Humanos, art. 13, a la Constitución Nacional art. 14 bis, Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo (1998), art. 1, a la Declaración Sociolaboral del MERCOSUR (1998), art. 8, a RCT arts. 67 y 68, a la ley 23.551, arts. 52 y 53.1, cabe:

1. rechazar la apelación del demandado, con costas de alzada.
2. modificar parcialmente la sentencia:
 - 2.1. condenando al demandado por práctica des/leal, imponiéndole una multa de \$10.000, con el apercibimiento que la multa será incrementada de acuerdo a los parámetros de la ley 23.551, art. 55.2, si se dieran las condiciones previstas en dicha norma.
 - 2.2. condenando al demandado a publicar la sentencia publicada en uno de los diarios de mayor circulación en Capital Federal. Para designar el diario se celebrará audiencia dentro de los 10 días de notificada la sentencia, a la que han de concurrir las partes. Si no concurrieran o no se pusieran de acuerdo sobre el diario en que se publicará la sentencia, el mismo será designado por el Tribunal. Una vez designado el medio, el demandado debe gestionar la publicación dentro de los 10 días siguientes, bajo apercibimiento de que si así no lo hiciera se le impondrán astreintes de \$ 500 diarios por cada día de mora, sin perjuicio de que los actores publiquen la sentencia y persigan al demandado por el cobro de la publicación.
 - 2.3. imponiendo las costas de ambas instancias íntegramente al demandado.
3. regular los honorarios de segunda instancia sobre los de primera, en un 35% al letrado del actor y un 25% al letrado del demandado.
4. enviar copia de esta sentencia a la OIT en sus oficinas de Buenos Aires, a sus efectos.
5. enviar copia de esta sentencia al Ministerio de Trabajo para que tenga presente el caso al momento de redactar la Memoria Anual sobre la Declaración Sociolaboral del MERCOSUR.

II. Así voto.

EL DOCTOR JUAN CARLOS FERNANDEZ MADRID DIJO:

Que adhiere al voto del Dr. De La Fuente.

En atención al resultado del presente acuerdo, EL

TRIBUNAL RESUELVE: I) Revocar el fallo apelado, y en su mérito declarar válida la sanción disciplinaria aplicada al actor. II) Imponer las costas de ambas instancias en el orden causado. III) Regular los honorarios de segunda instancia de los letrados firmantes a fs. 220 y fs. 223 en un 25% y 30% respectivamente de lo que a cada uno le corresponde percibir por su labor en la anterior etapa.

Caso 3. Función de los Derechos Humanos en el sistema jurídico

Palabras claves: Derechos Humanos, Concurso y convenio colectivo, Análisis constitucional como "prima ratio"

Resumen: Para aliviar la situación de la empresa en dificultades, el art. 20 de la ley 24.522 suspende la eficacia del convenio colectivo aplicable por todo el tiempo que dure el acuerdo preventivo que se lograre, con un máximo de 3 años. La suspensión comienza desde la solicitud del concurso. Si el empleador desistiere del proceso, la suspensión se extingue, con lo que sus efectos son transitorios: si los derechos convencionales suspendidos fueron mayores que los legales, el pago de las prestaciones ha sido insuficiente y debe entenderse a cuenta (RCT art. 260).

Garay Benítez Miropes Anacleto c/ Agrest S.A., 14/06/2004,

El doctor Capón Filas dijo:

I. La apelación de la actora debe resolverse:

A. Situación general en la que se inserta la sentencia de Alzada

1. Ante el fracaso rotundo del fascismo de mercado, generado por el neo-liberalismo, dentro y fuera de las grandes religiones ha resurgido una Etica cada vez más comprometida con una "buena" sociedad o de una sociedad "decente", ambas expresiones válidas en la medida que expresan el ascenso a mejores condiciones de vida, a las realidades denominadas por Teilhard de Chardin como "adelante" y "arriba" (cr. El porvenir del hombre, Taurus, Madrid, 1967, pág.110 y ss.) o por la Teoría Sistémica del Derecho Social, el "desarrollo con rostro humano" (cr. mi El nuevo derecho sindical argentino, Platense, 2ª.ed., La Plata, 1993, pág. 111).

En esa línea, uno de los grandes sociólogos contemporáneos, Amitai Etzioni, profesor en la George Washington University, ante la realidad de que toda sociedad requiere un adecuado equilibrio entre orden social y autonomía personal, basándose en Kant propone una directiva básica: "Respetar y defender el orden moral de la sociedad de la misma manera que harías que la sociedad respetara y defendiera tu autonomía" (cr. La nueva regla de oro, Paidós, Barcelona, 1999, pág. 18), coincidiendo con el "velo de ignorancia acerca de las posiciones sociales originarias" de quienes deben diagramar el orden de tal modo que las ventajas de algunos redunden en beneficio real de todos, como propone John Rawls, profesor en Harvard (Teoría de la justicia, FCE, México, 1979, pág.20; La justicia como equidad, Paidós, Rubí, 2000, pág. 59).

2. En una situación de alta volatilidad social como la actual, con cortes de ruta constantes en busca de pan y trabajo, el Fuero del Trabajo (aun en medio de sus deficiencias, carencias y mediocridad) es el último dique antes de la explosión social y del surgimiento de la violencia policial como "remedio", recurso ya experimentado en Administraciones anteriores.

De ahí la importancia de esta sentencia que trata la eficacia de un acuerdo de empresa, desfavorable a los trabajadores, celebrado durante el concurso preventivo de la misma y que fuera aceptado por el señor Juez porque la actora no ha cuestionado la validez del art. 20 de la ley 24.522 (fs.285 vta., 11° párrafo).

3. El discurso pasa por tres momentos: descripción de la realidad, valoración de la realidad, transformación de la realidad.

B. Primer momento: descripción de la realidad

1. El empleador se presentó en concurso preventivo. El señor Juez, aceptando la eficacia del art. 20 de la ley 24.522, "cuya validez no fuera cuestionada" (fs.285 vta., 11° párrafo), afirma que el convenio colectivo aplicable ha quedado sin efecto.

Derecho del Trabajo y conducta judicial, Recopilación de la CNAT Sala VI

Por ello, "la reducción salarial resultante de no aplicar los adicionales del convenio colectivo de trabajo no resultó una decisión arbitraria, como lo entiende la parte actora, sino el cumplimiento de la disposición legal precedentemente indicada" (fs.285 vta. 12° párrafo).

2. Dado que la nueva pauta salarial del convenio de crisis no viola el orden público porque el salario para la actora es el mismo del anterior convenio colectivo, no existe reducción salarial alguna (fs.286, 5° párrafo).

3. Por ello, rechaza la demanda, con costas a la actora.

C. Segundo momento: Valoración de la realidad

a. Valores

1. En este caso se hallan involucrados los Derechos Humanos a un orden social justo (Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 28) y a condiciones dignas de trabajo (Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 23).

Como los Derechos Humanos se vinculan con el Bien Común, cabe desterrar la discusión estéril e inoficiosa entre monismo y dualismo, aceptar el derecho de todo hombre a recurrir a los tribunales internacionales y de invocar la norma más favorable, receptada en el ordenamiento interno o en el internacional. Estas afirmaciones de la Teoría Sistémica cuentan con el apoyo de un prestigioso jurista contemporáneo, Antonio Augusto Cançado Trindade (Tratado de Direito Intenacional dos Direitos Humanos, Fabris, Porto Alegre, 2003, tomo I, pár. 4).

Los Derechos Humanos, como expresan la doctrina alemana (cr. Martín Kriele, Einführung in die Staatslehre, Rowohlt, Hamburgo, 1975, Parte II, Cap. 3) y la portuguesa (cr. Jorge Reis Novais, Contributo para uma Teoría do Estado de Direito, Coimbra, 1987, Cap. III. 2.1.; José Abrantes, Direito do Trabalho, Ensaio, Cosmos, Lisboa, 1995, pág.35) irradian eficacia no sólo sobre el Estado sino también sobre la sociedad civil y las empresas hasta tal punto que "el principal papel del Juez reside en su independencia para velar las libertades públicas y acrecentar el respeto por los Derechos Humanos porque el Poder Judicial tiene un compromiso histórico y moral con la preservación de la dignidad del hombre" (Benedito Calheiros Bomfim, A Crise do Direito e do Judiciario, Destaque, Rio de Janeiro, 1999, pág.71). Este compromiso judicial, ético en sus raíces, se normativiza a partir de la directiva constitucional expresada en el art. 14 y en el 14 bis de la Constitución vigente. Como los documentos de Derechos Humanos enumerados en la Constitución Nacional art. 75, inc. 22, son superiores a las leyes, ya no se puede prescindir de ellos en la solución de los casos concretos, con el agregado que la prescindencia puede originar responsabilidad internacional del Estado Argentino (CS, "Méndez Valles, Fernando c/A.M. Pescoio SCA", 26.12.1995). Del mismo modo, la Declaración Sociolaboral del Mercosur, por emanar del Tratado de Asunción, es superior a las leyes (C.N., art. 75, inc. 24). Los instrumentos indicados, basados en la dignidad del hombre, buscan la dignificación del trabajador como parte hiposuficiente de la relación laboral. De ahí que todo lo referente al salario y las indemnizaciones han de valorarse como elemento axiológico y no como componente económico de los costos. En esa dimensión, en la construcción de la Democracia como espacio de justicia y libertad, cada uno debe aportar su granito de esfuerzo y su cuota de trabajo personal: toca a los Jueces asegurar que los derechos se cumplan. Todo Juez debe, por mandato normativo, explicar las razones en que basa su decisión, ya que el pueblo tiene derecho a conocer los argumentos que en su interior (conciencia, emoción, inteligencia, voluntad) ha desarrollado para llegar a la decisión (art. 163 CPCyC).

2. Cabe tener en cuenta que "la justicia de un sistema socio-económico y, en todo caso, su justo funcionamiento, merecen en definitiva ser valorados según el modo como se remunera justamente el trabajo ... ya que el salario sigue siendo una vía concreta mediante la cual la gran mayoría de los hombres puede llegar a los bienes de la naturaleza como a los que son fruto de la producción" (Laborem exercens, n° 89).

Cabe recordar que en el "horizonte de sentido" (Emmanuel Lévinas dixit) de toda decisión, pero sobre todo de la judicial, se muestra la responsabilidad del decisor respecto de la satisfacción y del dolor de quienes serán alcanzados por la misma. Por ello, debe alejar del corazón y de la mente toda sensación caínesca (de desinterés por la suerte de los hermanos comprometidos en la misma), ya que "la relación de un pasado al margen de todo presente está incluida en el acontecimiento, extraordinario y cotidiano, de mi responsabilidad por las faltas o las desdichas de los otros" (Emmanuel Lévinas, De otro modo que ser, o más allá de la esencia, Sígueme, Salamanca, 1995, pág. 54). Siendo así, en la construcción diaria de la Democracia como espacio de justicia y libertad, cada uno debe aportar su granito de esfuerzo y su cuota de trabajo personal, para lograr el resultado con el menor dolor posible. Toca a los Jueces asegurar que los derechos se cumplan. Según Germán J. Bidart Campos, uno de los grandes constitucionalistas, esta visión "no es una utopía, es una esperanza, y, sobre todo, un deber. Los juristas habrán de cumplir con lo suyo desde el lugar que su responsabilidad les otorga" (cr. Germán Bidart Campos, Derecho al desarrollo, prólogo).

b. Menú normativo para resolver

Se compone de las siguientes normas:

Constitucionales:

En el presente caso se hallan comprometidas las siguientes directivas: Derecho a condiciones dignas y equitativas de trabajo (CN art. 14 bis, Derecho a ser protegido contra el despido arbitrario (CN art. 14 bis), Derecho a la propiedad privada (art. 17), Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 23 y art. 28.

Supralegales:

Declaración Sociolaboral del Mercosur, art. 1,

Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, art. 1

Legales:

En el presente caso se hallan comprometidas las siguientes: Remuneración justa (RCT arts. 103 y 104) Tarifa indemnizatoria (RCT art. 24), Imposición de costas (CPCCN art. 68), Honorarios profesionales ((LO art. 38, Ley 24.432)

D. Tercer momento: Transformación de la realidad

D.1. Elementos

a. Calificación constitucional del art. 20 de la ley 24.522

1. El señor Juez aplica la norma indicada, indicando que "su validez no ha sido cuestionada" (fs.285 vta., 11° párrafo). También otorga validez al acuerdo de empresa obrante a fs.160/161, calificándolo como "convenio de crisis".

2. Respecto de la declaración de inconstitucionalidad de una norma, la tesis tradicional sostenía que dicha declaración constituye la "suprema ratio" del orden jurídico y que procede solamente a pedido de parte.

Tanto doctrinal como jurisdiccionalmente me ha apartado de ambas posiciones porque no responden a la realidad, dado que la Constitución, como cimiento del ordenamiento normativo, vivencia un sentimiento popular que también aflora en la conciencia vigílica de todo juez, indicándole de inmediato si la solución ideada se adecua a ella o de ella se aparta, tema estudiado en el proceso de Nüremberg, como recuerda la Corte de Casación de Francia, Sala en lo Criminal (sentencia del 23.01.1997, en Recueil Dalloz, París 1997, pág. 147). De

ahí que todo juez sepa (en el sentido profundo de "gustar con sal") si su decisión se inscribe en las direcciones del Espíritu hacia "adelante" y "arriba" (como indicara Teilhard de Chardin) o, al contrario, involucre a eones que la conciencia crítica de la humanidad considera superados, tema también estudiado en el proceso de Nuremberg cuando se juzgó a varios jueces alemanes que, sin ser nazis y siendo "buenos padres de familia", habían aplicado sin cuestionarlas las normas del nazismo (cr. Gustav Radbruch, Arbitrariedad legal y derecho suprallegal, Abeledo - Perrot, Bs. As., 1965), aspecto indicado por el maestro Héctor - Hugo Barbagelata (cr. La ilegitimidad en derecho del trabajo, ponencia desarrollada en el Encuentro de Abogados Laboralistas Chilenos, 1985). Por ello, todo discurso jurídico debe comenzar por los Derechos Humanos y por la norma constitucional. La figura del cimientito ha sido recogida por la Corte en el leading case de la Provincia de San Luis por sus depósitos en dólares (marzo 2003).

3. La tesis tradicional carece de base normativa, ya que ninguna norma constitucional o suprema la describe. Por el contrario, desde siempre, los jueces deben "sostener la observancia de la Constitución Nacional, prescindiendo al decidir las causas, de toda disposición de cualquiera de los otros poderes nacionales que esté en oposición con ella" (Ley 27, del 16.10.1862, art. 3). Si se tiene en cuenta la antigüedad de esta norma, se advertirá de inmediato cómo la tesis dominante carece de raigambre histórico-cultural.

Si bien la posición tradicional se ha expresado en la Corte Suprema como dogma incuestionable durante mucho tiempo, poco a poco se abrió camino la tesis que sostiene la Teoría Sistemática del Derecho Social: todo juez, antes de decidir, debe valorar si la norma aplicable al caso responde a los Derechos Humanos interesados y a la Constitución, debiendo abstenerse de utilizarla en caso de contradicción. La única manera de no aplicar la mencionada norma es declarándola inconstitucional en el caso concreto. Y esto, obviamente, prescindiendo de los argumentos elaborados por la parte interesada y aún en ausencia de pedido de parte. Como se aprecia, la declaración de inconstitucionalidad es la "prima ratio" del orden jurídico y debe emitirse aun de oficio, por una sencilla razón: el Juez debe aplicar el Derecho prescindiendo incluso de las afirmaciones de los sujetos interesados (iura novit curia).

La posición tradicional comienza a desmoronarse en la misma Corte Suprema, tal como las barrancas del Paraná lamidas por la inundación. La primera erosión se produce en "Inhibitoria planteada por el Juzgado de Instrucción Militar n.50 de Rosario", sentencia del 24.08.1984, en el que los jueces Fayt y Belluscio sostuvieron el control de constitucionalidad por cualquier juez y aún sin pedido de parte. En "Ricci, Oscar c. Autolatina Argentina S.A." (sentencia del 28.04.1998) la erosión indicada continúa en los votos del doctor Fayt y del doctor Boggiano, quienes, con argumentos similares, sostienen que todo juez, aún de oficio, puede declarar la inconstitucionalidad de una norma. Finalmente la tesis tradicional quedó en minoría en "Rita Aurora Mill de Pereyra y otros c. Provincia de Corrientes", 27.09.2001) cuando la mayoría (Fayt, Belluscio, López, Bossert, Vázquez) entendió admisible la declaración de oficio de la inconstitucionalidad de una ley. La dirección de los acontecimientos jurídicos indican ese final, ya que la declaración de inconstitucionalidad de oficio se encuentra normada en las constituciones de San Juan, de La Rioja, de Río Negro, de San Luis, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Recuerda Germán J. Bidart Campos que en una cuestión de "derecho" y no de "hecho", el juez debe suplir el derecho que las partes no le invocan o que le invocan mal. La búsqueda, la selección y el control del derecho aplicable le incumbe al juez. Que el justiciable lo ayude, es bueno y aconsejable; pero cuando el justiciable omite una argumentación fuerte en su imputación de inconstitucionalidad a una normativa, el tribunal no puede desprenderse del problema so pretexto de que el quejoso no logró poner en evidencia los defectos que endilga al fallo recurrido, ni la razón de sus reproches de tenor constitucional. ¿Será que, entonces, es el justiciable pretensor quien debe "probar" la inconstitucionalidad de la norma en disputa? La cuestión constitucional no es una cuestión de hecho y prueba, sino de "derecho" (de puro derecho), aun cuando según el caso se relacione con hechos y pruebas. El derecho aplicable, sobre todo cuando se le achaca inconstitucionalidad por parte interesada, tiene que ser desglosado de todo el arsenal fáctico, y puesto bajo la lupa judicial. Y el control constitucional del derecho aplicable en causa judicial debe llevarse a cabo aun de oficio (¿Y el iura novit curia?, en Suplemento de Derecho Constitucional, LA LEY, abril 2004, pág. 7).

4. Para aliviar la situación de la empresa en dificultades, el art. 20 de la ley 24.522 suspende la eficacia del convenio colectivo aplicable por todo el tiempo que dure el acuerdo preventivo que se lograre, con un máximo de 3 años. La suspensión comienza desde la solicitud del concurso. Si el empleador desistiere del proceso, la suspensión se extingue, con lo que sus efectos son transitorios: si los derechos convencionales suspendidos fueron mayores que los legales, el pago de las prestaciones ha sido insuficiente y debe entenderse a cuenta (RCT art. 260).

La política económica de la Administración Menem se sustentaba en un cuasi fundamentalismo de mercado. Por ello, sorprende esta medida, propia de un capitalismo asistido o prebendario, sostenido por los trabajadores, quienes desde la apertura del concurso deben regirse por las normas estatales hasta que la asociación sindical pertinente negocie el convenio de crisis que, como su mismo nombre indica, seguramente será menos beneficioso que el suspendido. Esta rigidez en favor del empleador se conjuga con la flexibilidad exigida a los trabajadores, ya que ambas son variables de una misma lógica de acumulación de capital.

Mientras la dictadura militar suspendió los convenios colectivos argumentando con las necesidades del bien común, el art. 20 fundamenta la suspensión en meras razones de conveniencia de un particular, lo que torna a la medida doblemente violatoria de los derechos humanos interesados y demuestra cómo es posible aumentar la desprotección social si las organizaciones populares silencian sus reclamos. Siendo así, puede denunciarse ante la Organización Internacional del Trabajo por violentar los convenios 87 y 98.

Cabe declarar en el caso la inconstitucionalidad del art. 20 por vulnerar la autonomía sectorial, ya que los convenios colectivos pueden suspenderse por otros convenios pero no por normas estatales, con lo cual este artículo violenta la garantía constitucional de la autonomía mencionada (C.N. art. 14 bis). Como precedente importa la siguiente sentencia: "La ley nacional 23.126, en cuanto mantuvo por un tiempo la vigencia de las cláusulas de convenios colectivos desactivadas por la regla estatal 21.476/76 es, en ese aspecto, tan inconstitucional como aquella, con la salvedad que no es ilegítima o inconstitucional de origen. Los argumentos para esta afirmación son idénticos a los vertidos en "Zander c. Entel" y a los formulados por la minoría de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Nordensthol c. Subterráneos de Buenos Aires" a los que remito por razones de economía procesal. Si bien la diferencia entre la regla estatal 21.476/76 y la ley nacional 23.126 es fundamental, en cuanto la primera ha dimanado de eón autoritario y la segunda de un régimen democrático, sus efectos en la relación de empleo han sido idénticos. Por ello, así como se dictó la inconstitucionalidad de la regla estatal por su contenido, del mismo modo cabe hacerlo con la ley 23.126" (CNAT, Sala VI, "Becerra, Pedro c. ENTEL", 28.11.86).

Siguiendo la línea de la negociación colectiva por empresa, expresada en la ley 24.467 (B.O. 28.03.95), el empleador concursado y la asociación sindical pertinente han de negociar un convenio colectivo de crisis, que, de lograrse, dura todo el tiempo del acuerdo preventivo con un máximo de 3 años. El art. 20 ordena negociar el convenio, con lo que se entromete en la esfera sectorial, ante lo cual puede ser denunciado ante la OIT por violar los convenios 87 y 98. Por la misma razón, su inconstitucionalidad es manifiesta.

Dado que la suspensión legal del convenio colectivo es inconstitucional, las normas convencionales siguen vigentes y sobre ellas opera el convenio de crisis. Por ser convenio de empresa no necesita homologación (decreto 199/88, art. 3, c), siendo auto-aplicable. Si sus cláusulas fuesen inferiores a los niveles legales correspondientes, son automáticamente nulas y reemplazadas por éstos (RCT arts. 7 y 14). Si fuesen inferiores a las establecidas en el convenio pretendidamente suspendido, son nulas por lo que no afectan las normas convencionales (RCT arts. 7 y 14). Si a esto se añade que la asamblea o el congreso sindical, en su caso, deben conformar el proyecto de convenio colectivo (ley 23.552, art. 20, b), pareciera difícil que para cada una de las empresas concursadas dentro del universo comprendido en la asociación profesional se pueda citar aquellos organismos, con lo que la norma en estudio luce impracticable.

Como se aprecia, el supuesto de un convenio de crisis menos protector que el presuntamente suspendido o inferior a los niveles legales experimenta tantas dificultades que luce ineficaz. Y esto prescindiendo de los argumentos de los interesados o de las víctimas.

5. Por estas razones, cabe declarar en el caso la inconstitucionalidad del art. 20 de la ley 24.522, por lo que el convenio colectivo sigue vigente y las reducciones salariales experimentadas por la actora son ineficaces.

b. Ineficacia del acuerdo de empresa referenciado a fs.160

1. El señor Juez califica al mencionado acuerdo como convenio de crisis sin advertir que no ha sido celebrado con la entidad sindical sino con algunos trabajadores de la empresa.

2. Como nuestra época se caracteriza por confundir los nombres de las cosas, menoscabando el poder metafísico que tiene el hombre al nombrar los elementos (Génesis, II, 19 y 20), cabe recordar que el negocio jurídico pluri-individual celebrado entre un empleador y los trabajadores de la empresa se denomina acuerdo de empresa y el negocio jurídico colectivo celebrado entre un empleador y el sindicato con personería gremial que representa a los trabajadores se denomina convenio colectivo, porque entre ambos existe diferencia de sujetos y disparidad de efectos (el primero obliga solamente a los trabajadores que lo firmaron, el segundo alcanza a todos los trabajadores representados por la entidad sindical). Como dijera Borges "Si (como el griego afirma en el Catrilo) el nombre es arquetipo de la cosa, en las letras de rosa está la rosa y todo el Nilo en la palabra Nilo) (cr. El Golem, en Obras Completas, Emecé, Barcelona, 1996, tomo II, pág. 263), no puede llamarse convenio de crisis a lo que es un acuerdo de empresa.

3. Como la trabajadora no ha firmado el mencionado acuerdo (fs.166 vta, 4ª línea), sus cláusulas no la obligan.

c. Procedencia del despido indirecto

1. Dadas las diferencias salariales denunciadas en la demanda y demostradas en la pericia de fs.166 vta, ante la falta de respuesta adecuada por parte del empleador, la trabajadora tuvo derecho a considerarse despedida.

2. Por ello, corresponde receptar el reclamo de la actora por \$19.523,81.

Dado el concurso preventivo, cabe tener en cuenta que la ley 24522 suspende el curso de los intereses.

Las costas de ambas instancias se imponen al demandado.

Los honorarios de primera instancia se regulan sobre el monto de condena en el 18% para el letrado de la actora, en el 14% para la letrada del demandado, en el 6% para la perito contadora. Los de segunda se regulan sobre los de primera en el 35% para el letrado de la actora y en el 25% para la letrada del demandado.

Ante ello, la apelación del letrado de la actora por sus honorarios deviene abstracta

D.2. Solución del caso

Por la fuerza del Derecho (único modo de con-vivencia organizada y medianamente justa y solidaria en procura de un orden social justo hasta llegar al Orden Social Fraternal), expresado en la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 23 y art. 28, N art. 14 bis y art. 17, Declaración Sociolaboral del Mercosur, art. 1, Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, art. 1, RCT arts. 103 y 104, art. 245, CPCCN art. 68), LO art. 38, Ley 24.432 corresponde:

1. Declarar inconstitucional en el caso el art. 20 de la ley 24.522, 2. receptar el reclamo de la actora por \$19.523,81, 3. imponer las costas de ambas instancias al demandado, 4. regular los honorarios de primera instancia, sobre el monto de condena, en el 18% para el letrado de la actora, en el 14% para la letrada del demandado, en el 6% para la perito contadora, 5. regular los de segunda, sobre los de primera, en el 35% para el letrado de la actora y en el 25% para la letrada del demandado.

II. Así voto.

El doctor Fernández Madrid dijo:

Comparto el voto del Doctor Capón Filas en cuanto declara la inconstitucionalidad del art. 20 de la ley de concursos y quiebras porque viola los convenios Nros. 87 y 98 de la OIT, desde que implica una injerencia indebida del estado en la esfera de la autonomía colectiva.

Sin embargo, considero que las razones del actor pueden ser apoyadas en la continuidad del contrato de trabajo en sus propios términos, ya que, ninguna norma estatal puede violar derechos adquiridos, como lo he sostenido reiteradamente.

En mi opinión, un convenio colectivo posterior no puede dejar sin efecto normas del contrato de trabajo más beneficiosas para el trabajador, cualquiera sea el origen del que ellas provengan.

Por lo expuesto, comparto las conclusiones a las que arriba el voto que antecede.

En atención al resultado del presente acuerdo el tribunal resuelve: I) Declarar inconstitucional en el caso el art. 20 de la ley 24.522. II) Condenar a la demandada a abonar a la actora la suma de \$19.523,81.-. III) Imponer las costas de ambas instancias al demandado. IV) Regular los honorarios de primera instancia sobre el monto de condena en el 18% para el letrado de la actora, en el 14% para la letrada del demandado y en el 6% para la perito contadora. V) Regular los honorarios de segunda instancia en el 35% para el letrado de la actora y en el 25% para la letrada del demandado respectivamente sobre lo regulado en la anterior etapa. - Rodolfo E. Capón Filas. - Juan C. Fernández Madrid.

Caso 4. La Constitución como "prima ratio"

Palabras claves: Constitución como "prima ratio" del sistema jurídico, Depreciación monetaria y Constitución

Resumen:

1. La Constitución vivencia un sentimiento popular que también aflora en la conciencia vigilica de todo juez, indicándole de inmediato si la solución ideada se adecua a ella o de ella se aparta, tema estudiado en el proceso de Nüremberg, como recuerda la Corte de Casación de Francia, Sala en lo Criminal (sentencia del 23.01.1997, en Recueil Dalloz, París 1997, p g.147). De ahí que todo juez sepa (en el sentido profundo de "gustar con sal") si su decisión se inscribe en las direcciones del Espíritu hacia "adelante" y "arriba" (como indicara Teilhard de Chardin) o, al contrario, involucre hacia eones que la conciencia crítica de la humanidad considera superados, tema también estudiado en el proceso de Nüremberg cuando se juzgó a varios jueces alemanes que, sin ser nazis y siendo "buenos padres de familia" habían aplicado sin cuestionarlas las normas del nazismo (cr. Gustav Radbruch, Arbitrariedad legal y derecho supralegal, Abeledo - Perrot, Bs.As., 1965), aspecto indicado por el maestro Héctor - Hugo Barbagelata (cr. La ilegitimidad en derecho del trabajo, ponencia desarrollada en el Encuentro de Abogados Laboralistas Chilenos, 1985); carecen de base normativa ya que ninguna norma constitucional o suprema las describe.

Por el contrario, desde siempre, los jueces deben "sostener la observancia de la Constitución Nacional, prescindiendo al decidir las causas, de toda disposición de cualquiera de los otros poderes nacionales que esté en oposición con ella" (ley 27, del 16.10.1862, art. 3).

2. Todo juez, antes de decidir, debe valorar si la norma aplicable al caso responde a los Derechos Humanos interesados y a la Constitución, debiendo abstenerse de utilizarla en caso de contradicción. La única manera de no aplicar la mencionada norma es

declarándola in/constitucional en el caso concreto. Y esto, obviamente, prescindiendo de los argumentos elaborados por la parte interesada y aún en ausencia de pedido de parte. Como se aprecia, la declaración de in/constitucionalidad es la "prima ratio" del orden jurídico y debe emitirse aún de oficio, por una sencilla razón: el Juez debe aplicar el Derecho prescindiendo incluso de las afirmaciones de los sujetos interesados (iura novit curia).

4.El sentido común indica la funcionalidad de la propiedad privada que debe asegurarse a todos para que puedan participar activamente en la vida de la sociedad como recuerda la Conferencia Episcopal Norteamericana (cr. Justicia económica para todos, PPC, Madrid, 1987, pág.62). Si se licúa su contenido económico, se licúa la participación. La Carta de los Derechos Humanos reconoce la propiedad privada como instrumento de contenido económico que permite la hominización de la persona. Así se ha plasmado en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre art.23, en la Declaración de Derechos Humanos art.17, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales art.11, en el Pacto de San José de Costa Rica art.21, en la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial art.5,inc.d),V). En la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre art.23, la relación entre propiedad privada y bienes en el mercado es manifiesta porque aquélla se refiere a las necesidades de una vida decorosa y digna, tanto personal como familiar. De ello se deduce que si el crédito pierde potencialidad de compra en el mercado debe ser actualizado. De ello se deduce, también, que si una norma obstaculiza dicha actualización, debe ser desactivada porque impide la relación entre vida digna y propiedad, vinculación resaltada con sentido prospectivo en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales art.11. La función social de la propiedad privada ha sido subrayada en el Pacto de San José de Costa Rica art.21, tema que luego Juan Pablo II reforzara con la "hipoteca social que pesa sobre la propiedad privada" (III Conferencia Episcopal de América Latina, Puebla de los Angeles, 1979). Se aprecia de inmediato que para la Humanidad la propiedad privada no funciona en abstracto sino en concreto "todo hombre puede ser propietario para la dignidad y la mejora de sus condiciones de vida". Como el mercado es el lugar donde se consiguen los elementos para las condiciones de vida, toda norma que dificulte el acceso al mercado, lo im-posibilite o lo licúe, debe des-activarse por atentar contra la propiedad privada como derecho. Si se licuara la relación entre propiedad privada y mercado, desaparecería la función social de aquélla y quedaría una hipoteca social sin sustento sobre el cual pesar. Es por ello que la Corte Suprema ha afirmado: "El ajuste por depreciación monetaria se funda en la inviolabilidad de la propiedad privada", en "Intertelefilms SA c/Provincia del Chubut", 04.11.1997. Ante la inflación desatada a partir de enero del 2002, para mantener el valor del crédito en el mercado, se debe actualizar su monto desde ese mes hasta su pago, utilizando como referencia los valores de la Canasta Básica Total elaborada por el INDEC entre ambos puntos del tiempo...Como el art. 4 de la ley 25561 licúa la relación entre el crédito de la actora y el mercado, agrede el derecho humano a la propiedad privada, vulnera las normas internacionales citadas y atenta contra el art.17 C.N. Por eso, debe ser declarado in-constitucional en el caso concreto. De no procederse así, y se dejara correr la historia sin modificarla, se vulneraría la seguridad jurídica porque en el caso concreto se archivaría el art.14 bis y el art.17 C.N. en los museos de la Historia, junto con el arado de mancera y la rueda de nuestras abuelas.

Capón Filas, adhesión de Fernández Madrid

SALA VI

EXPEDIENTE N° 17.413/2001

JUZGADO N° 74

Sentencia 57845

AUTOS: "LOPEZ IRMA NOEMI C/PIÑEIRO LUISA E Y OTRO S/DESPIDO"

Buenos Aires, 8 de marzo de 2005

EL DOCTOR RODOLFO ERNESTO CAPON FILAS DIJO:

I. La sentencia de primera instancia hace lugar a la demanda, condenando en forma solidaria a Sonia Graciela Andrada y a Luisa E. Piñeiro. La señora juez, además califica como temeraria la actitud de las demandadas y declara de oficio la inconstitucionalidad del art. 4 de la ley 25.561 que impide la actualización del crédito. La misma ha sido apelada por la demandada. Esta se queja fundamentalmente porque se ha concluido que Lopez era su empleada y que Andrada, su real empleadora, ofició de "hombre de paja". Afirma en su apelación que se ha omitido valorar las pruebas que resultan del contrato de alquiler, las constancias de la habilitación comercial y la información de la Afip que dan cuenta que Andrada era la titular de la explotación y que se ha apoyado sobre meros comentarios o

suposiciones de barrio referidas por los testigos.

II. Para resolver la apelación cabe considerar:

a. "Disfrazar una relación de trabajo significa crearle una apariencia distinta de la que en verdad tiene con el fin de anular, impedir o atenuar la protección que brinda la ley. Se trata pues de una acción destinada a ocultar o deformar la relación de trabajo, dándole otro ropaje mediante una figura jurídica o una forma distinta, en la cual el trabajador gozará de menos protección. Una relación de trabajo encubierta también puede servir para ocultar la identidad del empleador, cuando la persona designada como tal en realidad es un intermediario que libera al empleador de aparecer como parte en la relación de trabajo y, de esta manera, de la responsabilidad que debiera asumir ante su personal" (Cfr. El ámbito de la relación de trabajo, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2003, pág. 27).

b. En el caso de tales relaciones de trabajo, los trabajadores se hallan ante dos o más interlocutores, por ello en estos casos el trabajador puede razonablemente entrar en dudas e interrogarse acerca de la identidad del responsable de sus derechos.

c. Muchas veces los mecanismos legales de protección, que captan esta incertidumbre, "son con frecuencia teóricos, pues en el contexto actual los trabajadores suelen no estar en condiciones de servirse de ellos" (Cfr. El ámbito de la relación de trabajo, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2003, pág. 57 con particular referencia a la experiencia Argentina).

d. En el caso, la realidad descrita por los testigos Zürcher (fs. 185/186 "... que tanto por comentarios como por haber estado en el lugar sabe que Piñeiro le daba ordenes a la actora... que Piñeiro le dijo que era la dueña del local... que el trabajo lo organizaba Piñeiro... y que estaba en el local esporádicamente"), Juana Zeuli (fs. 206/207 "...que vio Piñeiro concurrir a la casa de la actora, llevándole la llave e indicándole lo que tenía que hacer al día siguiente") comprueban que la actora prestó servicios en el kiosco que giraba bajo el nombre de fantasía de Mafalda recibiendo instrucciones de trabajo de Piñeiro, quien pese a no aparecer en la documentación referida a la locación del local, de la habilitación comercial, y de la inscripción impositiva, a nombre de Sonia Andrada, ha asumido el carácter de empleador. Los testigos que declaran a instancias de la demandada no sólo relatan que la actora trabajaba en el local, sino que confirman la presencia de Piñeiro en el local. Este sólo elemento probatorio permite confirmar la conclusión de la sentencia de primera instancia, sin necesidad de recurrir a las declaraciones de quienes saben que Piñeiro era la dueña de la explotación por comentarios del barrio o de la conducta sugestiva de la demandada- quien tenía en su poder documentación referida a la explotación y que al momento de trabarse el embargo se encontraba en el local).

e. La sanción asociada a la conducta asumida por la demandada se justifica ya que RCT art. 275 claramente señala como presupuesto de hecho, la negativa de la relación laboral.

f. Como se ha demostrado el carácter de empleador de Piñeiro, la obligación de hacer entrega de los certificados previstos por RCT art. 80 es su lógica consecuencia.

g. Adecuación numérica de la condena a la realidad del mercado:

1. Como lo he expresado en "Torres, Olga c/Asoc. Israelita de Beneficiencia y Socorros Mutuos Ezrah s/despido" (exp.3881.00): "No es razonable que el monto de condena se licúe por el transcurso del tiempo, perjudicando a la actora, cuyo crédito es alimentario, como toda la doctrina sin excepción y la jurisprudencia consecuente lo califican. Sentado ello, para mantener el valor del crédito de la actora, el monto de condena debe adecuarse a la realidad del mercado de los bienes detallados en la Canasta Básica Total, realidad receptada por el INDEC en sus diversas muestras. La comparación debe realizarse desde enero 2002 en adelante ya que hasta ese momento la convertibilidad mantenía la paridad de compra en el mercado. El único obstáculo entre esta construcción teórica, basada en el valor Justicia, y su concreción, es la ley 25561, art.4. que impide cualquier forma de actualización de los créditos. Cuando en el Tribunal de Nüremberg fueron juzgados ciertos jueces que habían aplicado las normas de Hitler sobre la propiedad de los judíos, el argumento formal de que simplemente habían aplicado la ley, no fue atendido. Al respecto recuerda Gustav Radbruch, que "el nacionalsocialismo supo aherrojar a sus seguidores, por una parte a los soldados y por otra a los juristas, mediante dos principios: órdenes son órdenes, la ley es la ley" (cr.Arbitrariedad legal y derecho suprallegal, en El Hombre en el Derecho, Depalma, Bs.As., 1980, pág.144). Como se aprecia, la veneración de la ley como sinónimo de Derecho, no garantiza la justicia. Se trata, entonces, de valorar esta prohibición ante los Derechos Humanos y ante la Constitución Nacional. Si hubiera contradicción entre la ley y tales elementos se debe declarar la in-constitucionalidad de la ley. Así de simple...El sentido común indica la funcionalidad de la propiedad privada que debe asegurarse a todos para que puedan participar activamente en la vida de la sociedad como recuerda la Conferencia

Episcopal Norteamericana (cr. Justicia económica para todos, PPC, Madrid, 1987, pág.62). Si se licúa su contenido económico, se licúa la participación. La Carta de los Derechos Humanos reconoce la propiedad privada como instrumento de contenido económico que permite la hominización de la persona. Así se ha plasmado en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre art.23, en la Declaración de Derechos Humanos art.17, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales art.11, en el Pacto de San José de Costa Rica art.21, en la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial art.5,inc.d),V). En la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre art.23, la relación entre propiedad privada y bienes en el mercado es manifiesta porque aquélla se refiere a las necesidades de una vida decorosa y digna, tanto personal como familiar. De ello se deduce que si el crédito pierde potencialidad de compra en el mercado debe ser actualizado. De ello se deduce, también, que si una norma obstaculiza dicha actualización, debe ser desactivada porque impide la relación entre vida digna y propiedad, vinculación resaltada con sentido prospectivo en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales art.11. La función social de la propiedad privada ha sido subrayada en el Pacto de San José de Costa Rica art.21, tema que luego Juan Pablo II reforzara con la "hipoteca social que pesa sobre la propiedad privada" (III Conferencia Episcopal de América Latina, Puebla de los Angeles, 1979). Se aprecia de inmediato que para la Humanidad la propiedad privada no funciona en abstracto sino en concreto "todo hombre puede ser propietario para la dignidad y la mejora de sus condiciones de vida". Como el mercado es el lugar donde se consiguen los elementos para las condiciones de vida, toda norma que dificulte el acceso al mercado, lo imposibilite o lo licúe, debe des-activarse por atentar contra la propiedad privada como derecho. Si se licuara la relación entre propiedad privada y mercado, desaparecería la función social de aquélla y quedaría una hipoteca social sin sustento sobre el cual pesar. Es por ello que la Corte Suprema ha afirmado: "El ajuste por depreciación monetaria se funda en la inviolabilidad de la propiedad privada", en "Intertelefilms SA c/Provincia del Chubut", 04.11.1997.

2. Ante la inflación desatada a partir de enero del 2002, para mantener el valor del crédito en el mercado, se debe actualizar su monto desde ese mes hasta su pago, utilizando como referencia los valores de la Canasta Básica Total elaborada por el INDEC entre ambos puntos del tiempo...Como el art. 4 de la ley 25561 licúa la relación entre el crédito de la actora y el mercado, agrede el derecho humano a la propiedad privada, vulnera las normas internacionales citadas y atenta contra el art.17 C.N. Por eso, debe ser declarado inconstitucional en el caso concreto. De no procederse así, y se dejara correr la historia sin modificarla, se vulneraría la seguridad jurídica porque en el caso concreto se archivaría el art.14 bis y el art.17 C.N. en los museos de la Historia, junto con el arado de manceras y la rueca de nuestras abuelas.

3. Declaración de in/constitucionalidad de una norma:

a. La tesis dominante indica que constituye la "suprema razón" del orden jurídico y que procede solamente a pedido de parte.

b. Tanto doctrinal como jurisdiccionalmente me ha apartado de ambas posiciones porque: no responden a la realidad, dado que la Constitución vivencia un sentimiento popular que también aflora en la conciencia vigílica de todo juez, indicándole de inmediato si la solución ideada se adecua a ella o de ella se aparta, tema estudiado en el proceso de Nüremberg, como recuerda la Corte de Casación de Francia, Sala en lo Criminal (sentencia del 23.01.1997, en Recueil Dalloz, París 1997, p.g.147). De ahí que todo juez sepa (en el sentido profundo de "gustar con sal") si su decisión se inscribe en las direcciones del Espíritu hacia "adelante" y "arriba" (como indicara Teilhard de Chardin) o, al contrario, involucre hacia eones que la conciencia crítica de la humanidad considera superados, tema también estudiado en el proceso de Nüremberg cuando se juzgó a varios jueces alemanes que, sin ser nazis y siendo "buenos padres de familia" habían aplicado sin cuestionarlas las normas del nazismo (cr. Gustav Radbruch, Arbitrariedad legal y derecho suprallegal, Abeledo - Perrot, Bs.As., 1965), aspecto indicado por el maestro Héctor - Hugo Barbagelata (cr. La ilegitimidad en derecho del trabajo, ponencia desarrollada en el Encuentro de Abogados Laboralistas Chilenos, 1985); carecen de base normativa ya que ninguna norma constitucional o suprema las describe.

c. Por el contrario, desde siempre, los jueces deben "sostener la observancia de la Constitución Nacional, prescindiendo al decidir las causas, de toda disposición de cualquiera de los otros poderes nacionales que esté en oposición con ella" (ley 27, del 16.10.1862, art. 3).

d. Todo juez, antes de decidir, debe valorar si la norma aplicable al caso responde a los Derechos Humanos interesados y a la Constitución, debiendo abstenerse de utilizarla en

caso de contradicción. La única manera de no aplicar la mencionada norma es declarándola in/constitucional en el caso concreto. Y esto, obviamente, prescindiendo de los argumentos elaborados por la parte interesada y aún en ausencia de pedido de parte.

e. Como se aprecia, la declaración de in/constitucionalidad es la "prima ratio" del orden jurídico y debe emitirse aún de oficio, por una sencilla razón: el Juez debe aplicar el Derecho prescindiendo incluso de las afirmaciones de los sujetos interesados (iura novit curia).

4. Por estos argumentos debe rechazarse la apelación en cuanto a la problemática de la actualización monetaria.

h. Los honorarios regulados a la representación letrada de la parte actora, en atención al mérito, la importancia y extensión de los trabajos realizados lucen razonables por lo que deben ser confirmados.

EL DOCTOR JUAN CARLOS FERNANDEZ MADRID DIJO:

Que adhiere al voto que antecede.

En atención al resultado del presente acuerdo, EL TRIBUNAL RESUELVE: I) Confirmar la sentencia apelada salvo respecto de la fecha a partir de la cual deben computarse los intereses respecto de los rubros correspondientes al sac 1998, sac primer y segundo semestre de 1999 y 2000 y salario de diciembre de 2000 ordenando el cómputo de intereses desde que cada una de estas sumas es debida hasta su pago. II) Imponer las costas de alzada a la demandada. III) Regular los honorarios de alzada en el 25% sobre los regulados en la anterior etapa respectivamente.

Regístrese, notifíquese y vuelvan

Caso 5. Internacionalización del orden jurídico

Palabras claves: Rebajas salariales como motivo del despido in-directo; Denuncia internacional de la situación

Resumen:

El art.7 RCT impide al trabajador dejar de lado los niveles protectores logrados sea por leyes, convenios colectivos de trabajo, laudos o acuerdos individuales de trabajo. Es conocida la teoría de la "disponibilidad" que permitiría rebajar niveles logrados por encima de los legales o convencionales pero la misma oculta que su utilización es contraria a los intereses colectivos de los trabajadores, por lo que también colisiona con RCT art.7. Dado que la conducta del empleador ha violentado el sentido de la Declaración de los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo (OIT 1998) y el paradigma del Trabajo Decente (OIT, 1999) cabe enviar copia de esta sentencia a la OIT para que la tengan en cuenta en el momento de redactar el Informe correspondiente.

Dado que el empleador ha violentado el sentido y el alcance de la Declaración SocioLaboral del Mercosur (1999), cabe remitir copia de esta sentencia al Ministerio de Trabajo de la Nación para que la considere al momento de redactar la Memoria Anual.

La remisión de la copia de la presente sentencia viene impuesta por el art. 23 de la Declaración Sociolaboral del MERCOSUR - que como antes se expuso reviste jerarquía superior a la leyes, según el art. 75, inc. 24, CN -, a cuyo tenor "Los Estados Partes deberán elaborar, por intermedio de sus Ministerios de Trabajo y en consulta a las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, memorias anuales, conteniendo: a) el informe de los cambios ocurridos en la legislación o en la práctica nacional relacionados con la implementación de los enunciados de esta Declaración; y b) el informe de los avances realizados en la promoción de esta Declaración y de las dificultades enfrentadas en su aplicación" (DSLML, art. 23). Dicho mandato viene confirmado, a su vez, por el art. 20 de la DSLML, que establece la Comisión Sociolaboral - órgano tripartito, auxiliar del Grupo Mercado Común -, y que prevé que será atribución de dicha Comisión - entre otras - "examinar, comentar y canalizar las memorias preparadas por los Estados Partes, resultantes de los compromisos de esta Declaración" (DSLML, art. 20, inc. "a").

Capón Filas, adhesión de Fernández Madrid

SALA VI

EXPTE. N° 3.753/04

JUZGADO N° 22

AUTOS: "ROMERO ARIAS FERNANDO ANDRES C/TRANSPLATA S.A. S/DESPIDO"

Sentencia 58654

Buenos Aires, 10 de marzo de 2006

EL DOCTOR RODOLFO ERNESTO CAPON FILAS DIJO:

I. El viajero debe disponer de un mapa para ubicar el destino de su trayectoria y los caminos

o atajos para alcanzarlo. En base a una trilogía de conceptos jurídicos (deontológico, axiológico, antropológico), agudamente expuestos por Robert Alexy (cr. Teoría de los Derechos Fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pág.140) es posible solucionar este caso. Todo Juez debe, por criterio deontológico o mandato normativo, explicar las razones en que basa su decisión, ya que el Pueblo tiene derecho a conocer los argumentos que en su interior (conciencia, emoción, inteligencia, voluntad) ha desarrollado para llegar a la decisión (art. 163 CPCyC).

En esa tesitura, para resolver las apelaciones presentadas, cabe utilizar como mapa el siguiente marco teórico: 1. La Teoría Sistémica del Derecho Social, asumida oficialmente por el Equipo Federal del Trabajo y utilizada en varios tribunales, tanto del país como de Brasil, indica que el Derecho es un conjunto compuesto de cuatro elementos: dos entradas (la realidad y los valores) y dos salidas (las normas y la conducta transformadora), que se expresa en tres momentos: descripción de la realidad, valoración de la realidad, transformación de la realidad, brindando seguridad, certeza y protección, una especie de "trinidad societal", al decir de Zygmunt Bauman (cr. En busca de la Política, FCE, BsAs, 2001, pág.25). 2. Toda ley se dirige, directa o indirectamente, al bien común (Tomás de Aquino, Summa Theologiae, I-IIa.q. 90, art.2). Dicho bien común cohesiona el conjunto de condiciones sociales, culturales, económicas y políticas que hacen a la felicidad de todos y cada uno de los integrantes de la sociedad civil o, en otros términos, refiere "a las condiciones de vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal", y tiende, como uno de sus imperativos, a "la organización de la vida social en forma [...] que se preserve y promueva la plena realización de los derechos de la persona humana" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, La colegiación obligatoria de periodistas. Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC5/85, 1311/1985). 3. El derecho del trabajo compensa las desigualdades reales entre trabajador y empleador mediante medidas igualatorias (Tribunal Constitucional de España, sentencia 3/1983) buscando resolver, aunque sea parcialmente (el "mientras tanto", agudamente señalado por Helios Sarthou (cr. Trabajo, Derecho y Sociedad, FCU, Montevideo, 2004, contratapa) la cuestión social, conflicto entre trabajadores y empleadores, estructural al sistema capitalista. (Tesis de la Teoría Sistémica, compartida por varios, entre ellos Manuel Carlos Palomeque López (cr. Derecho del Trabajo, CERA, Madrid, 2004, pág. 15). 4. La sentencia, si bien funciona como norma particular para el caso concreto, también se dirige al bien común, dentro de cuyo universo la situación es asumida. En ella el juez debe cuidar que se cumpla el paradigma del Trabajo Decente, lanzado al ruedo cultural y político por el Director General de la OIT en la Conferencia Internacional de 1999. En ella, debe cumplir y hacer cumplir la Constitución. Todos deberíamos tener en cuenta con Emmanuel Lévinas que "lo que nos convierte en humanos son los imperativos éticos y éstos tienen como base la existencia del otro" (cr. De Dios que viene a la idea, Caparrós, Madrid, 2001, pág.175). 5. Si procediésemos así, consolidaremos en la realidad el lugar existencial seguro para todos, en lo que consiste, básicamente, la justicia social. La Constitución vivencia un sentimiento popular que también aflora en la conciencia vigilante de todo juez, indicándole de inmediato si la solución ideada se adecua a ella o de ella se aparta.

II. Con ese mapa marco cabe resolver:

A. Elementos

a. Descripción de la realidad

6. Los apelantes discuten la sentencia por los siguientes temas:

1. validez de la rebaja salarial

2. existencia de suspensión o de negativa de tareas

3. existencia o in-existencia de motivos para el auto-despido decidido por el actor.

b. Segundo momento: valoración de la realidad mediante los Derechos Humanos

7. Los Derechos Humanos penetran el ordenamiento nacional a través de la válvula abierta de los denominados "principios generales del Derecho" mientras algunos de ellos han sido receptados constitucionalmente, todo lo que permite que el trabajador, ciudadano en la ciudad sea también ciudadano en la empresa (cr. mi Ciudadanía en la ciudad, ciudadanía en la empresa, en "La Ley", Suplemento especial por el caso "Aquino", 27.09.2004). Como los Derechos Humanos se vinculan con el bien común, cabe desterrar la discusión estéril e inficosa entre monismo y dualismo, aceptar el derecho de todo hombre a recurrir a los tribunales internacionales y de invocar la norma más favorable, receptada en el ordenamiento interno o en el internacional. Como los documentos de Derechos Humanos enumerados en la Constitución Nacional art. 75, inc. 22, son superiores a las leyes, no se puede prescindir de ellos en la solución de los casos concretos, con el agregado que la prescindencia puede originar responsabilidad internacional del Estado Argentino (CS,

“Méndez Valles, Fernando c/A.M. Pescoio SCA”, 26.12.1995). Del mismo modo, la Declaración Sociolaboral del Mercosur, por emanar del Tratado de Asunción, es superior a las leyes (C.N., art. 75, inc. 24). Tampoco puede prescindirse de la Declaración de la OT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, por ser una norma que obliga a todos los Estados Miembros de la OIT. Los instrumentos indicados, basados en la esencia existenciada del hombre, buscan dignificar al trabajador como parte hipo-suficiente de la relación laboral. De ahí que todo lo referente a las indemnizaciones han de valorarse como elemento axiológico y no como mero componente económico de los costos. En esa dimensión, en la construcción de la Democracia como espacio de justicia y libertad, cada uno debe aportar su granito de esfuerzo y su cuota de trabajo personal: toca a los Jueces asegurar que los derechos se cumplan. Esta visión “no es una utopía, es una esperanza y, sobre todo, un deber. Los juristas habrán de cumplir con lo suyo desde el lugar que su responsabilidad les otorga” (cr. Germán Bidart Campos, Derecho al desarrollo, prólogo).

8. En este caso, se encuentran involucrados los siguientes Derechos Humanos:

a un orden social justo (Declaración Universal de Derechos Humanos, art.28; Declaración Sociolaboral del Mercosur, primer considerando; Declaración de la OT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, primer considerando),
a un salario digno

(Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948), art.12; Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), arts.2, 10, 12; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), art.7; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), arts.2 y 26; Pacto de San José de Costa Rica sobre Derechos Humanos (1969), art.3 Declaración Sociolaboral del Mercosur (1998), art.1; Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo (1998), art.1

a la protección contra el despido

Declaración Universal de Derechos Humanos (1948, art. 23

9. b.3.Menú normativo para resolver

Se compone de las siguientes normas:

Constitucionales:

En el presente caso se hallan comprometidas las siguientes directivas: Sentido protector prospectivo del mundo del trabajo (CN art.14 bis) Derecho a la igualdad ante la ley (CN art.16), Derecho a la propiedad privada (art.17),

Supra-legales:

Declaración Sociolaboral del Mercosur, primer considerando, art.1; Declaración de la OT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, primer y cuarto considerandos, art.1

Legales:

En este caso se hallan comprometidas las siguientes: RCT arts.7, 218 y 245.

b.4. De lege ferenda

En el caso también cabe tener en cuenta, de lege ferenda, las Bases Constitucionales para América Latina y el Caribe, cuyo primer texto fuera aprobado en el XII Congreso del Equipo Federal del Trabajo (Senado de la Nación, agosto 2005), arts 22 y 24

b.4. Valoración concreta

b.4.1. Rebaja salarial

Los argumentos del demandado no son atendibles porque el art.7 impide al trabajador dejar de lado los niveles protectores logrados sea por leyes, convenios colectivos de trabajo, laudos o acuerdos individuales de trabajo. Es conocida la teoría de la “disponibilidad” que permitiría rebajar niveles logrados por encima de los legales o convencionales pero la misma oculta que su utilización es contraria a los intereses colectivos de los trabajadores, por lo que también colisiona con RCT art.7.

Por ello, la defensa del demandado cede.

b.4.2. Suspensión o negativa de tareas

Existen requisitos formales para la procedencia de la suspensión, señalados en RCT art.218 que en este caso no se han cumplido, por lo que debe establecerse que no ha existido suspensión eficaz sino negativa de tareas. Por ello cabe adicionar a la condena dos días por negativa de trabajo,. En base a un salario de \$2.380, se deben adicionar a la condena dos días de trabajo, con su SAC.

b.4.3. Procedencia o im-procedencia del auto-despido

Una gota tras otra horadan la piedra. Del mismo modo, los in-cumplimientos salariales reiterados, unidos a la negativa de tareas, im-posibilitan continuar la relación laboral, a esa altura ya sin sentido hominizador, porque la realidad demuestra que el empleador seguirá imponiendo su voluntad, por encima y más allá de las normas.

Por ello, el actor tuvo motivos suficientes para considerarse despedido. Siendo así, cabe hacer lugar a su reclamo indemnizatorio. Teniendo en cuenta que en la demanda el actor no ha manifestado cuál sería el convenio colectivo aplicable y si lo hiciera el demandado al contestar la misma, en esta materia se debe hacer lugar a la liquidación practicada por el perito contador a fs.193 por considerarla ajustada a la normativa aplicable. Por ello, cabe adicionar a la condena \$26.188,34.-

C. Tercer momento: transformación de la realidad

10. Cuando Tomás de Aquino interroga sobre el sentido de la justicia como valor se contesta con una manifestación importante: si la justicia no se concreta en la realidad, no funciona como tal ("utrum medium iustitiae sit medium rei" en Summa Theologiae II – IIae,, q.66).

Por ello, los Derechos Humanos como elemento axiológico y las normas como elemento deontológico deben concretarse en la realidad como elemento antropológico,

11. Por la fuerza del Derecho (único modo de co-existencia organizada y medianamente justa y solidaria en procura de un orden social justo hasta llegar al Orden Social Fraternal), expresado en los valores y en las normas indicadas, corresponde:

1. adicionar a la condena dos días, en base a un salario de \$2.380.-, con su SAC y la suma de \$26.188, 34.-

2. dado el resultado, imponer las costas de ambas instancias al demandado.

3. dado este nuevo resultado del proceso, sobre el capital de condena más sus intereses, regular los honorarios de primera instancia en el 16% para la letrada del actor, en el 14% para el letrado del demandado y en el 6% para el perito contador.

4. sobre los honorarios de primera instancia, regular los de segunda en los siguientes porcentajes: 35% para la letrada del actor, y 25% para el letrado del demandado.

5. Dado que la conducta del empleador ha violentado el sentido de la Declaración de los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo (OIT 1998) y el paradigma del Trabajo Decente (OIT, 1999) cabe enviar copia de esta sentencia a la OIT para que la tengan en cuenta en el momento de redactar el Informe correspondiente.

Dado que el empleador ha violentado el sentido y el alcance de la Declaración Sociolaboral del Mercosur (1999), cabe remitir copia de esta sentencia al Ministerio de Trabajo de la Nación para que la considere al momento de redactar la Memoria Anual.

La remisión de la copia de la presente sentencia viene impuesta por el art. 23 de la Declaración Sociolaboral del MERCOSUR - que como antes se expuso reviste jerarquía superior a la leyes, según el art. 75, inc. 24, CN -, a cuyo tenor "Los Estados Partes deberán elaborar, por intermedio de sus Ministerios de Trabajo y en consulta a las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, memorias anuales, conteniendo: a) el informe de los cambios ocurridos en la legislación o en la práctica nacional relacionados con la implementación de los enunciados de esta Declaración; y b) el informe de los avances realizados en la promoción de esta Declaración y de las dificultades enfrentadas en su aplicación" (DSLML, art. 23). Dicho mandato viene confirmado, a su vez, por el art. 20 de la DSLML, que establece la Comisión Sociolaboral – órgano tripartito, auxiliar del Grupo Mercado Común –, y que prevé que será atribución de dicha Comisión – entre otras – "examinar, comentar y canalizar las memorias preparadas por los Estados Partes, resultantes de los compromisos de esta Declaración" (DSLML, art. 20, inc. "a").

Para quienes siguen los lineamientos de la Corte, cabe recordar que dicho Tribunal, en "Aquino" utilizó como norma la Declaración Sociolaboral del Mercosur.

III. Así voto.

EL DOCTOR JUAN CARLOS FERNANDEZ MADRID DIJO:

Adhiero a las conclusiones del voto que antecede.

En atención al resultado del presente acuerdo, EL TRIBUNAL RESUELVE: I) Modificar la sentencia apelada y adicionar a la condena dos días en base a un salario de \$2.380.- con su SAC y la suma de \$26.188,34.-. II) Imponer las costas de ambas instancias al demandado. III) Regular los honorarios de origen en el 16% para la letrada del actor, 14% para el letrado del demandado y en el 6% para el perito contador respectivamente sobre el capital de condena más sus intereses. IV) Regular los honorarios de segunda instancia en el 35% para la letrada del actor y en el 25% para el letrado del demandado sobre lo regulado en la anterior etapa respectivamente. V) Remitir copia de esta sentencia a la OIT y al Ministerio de Trabajo de la Nación a sus efectos. VI) Se hace saber al obligado al pago de los honorarios de abogados y procuradores - excluido el trabajador - que, en caso de corresponder, deberá adicionar al monto de la regulación el de la contribución prevista en el inciso 2) del art. 62 de la Ley 1.181 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 79 Ley 1.181 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y punto V de la Acordada 6/05 de la

Derecho del Trabajo y conducta judicial, Recopilación de la CNAT Sala VI

C.S.J.N.), todo bajo apercibimiento de comunicar la situación a CA.S.S.A.B.A. (art. 80 Ley 1.181 de la Ciudad de Buenos Aires y punto II de la Acordada 6/05 C.S.J.N.).
Regístrese, notifíquese y vuelvan

Caso 6. Derecho y Economía

Palabras claves: Depreciación monetaria, Uso de la Canasta Básica Total como parámetro de comparación,

Uso del Índice de precios al consumidor como parámetro de comparación

Resumen:

Para mantener el valor del crédito del actor, el monto de condena debe adecuarse a la realidad del mercado de los bienes detallados en la Canasta Básica Total, realidad receptada por el INDEC en sus diversas muestras.

Capón Filas, adhesión de Fernández Madrid.

Como parámetro de comparación se debe utilizar la Canasta Básica Total

Capón Filas

Como parámetro de comparación se debe utilizar el índice de precios al consumidor.

Fernández Madrid, adhesión de De la Fuente

SALA VI

EXPTE. Nº 18.768/03

JUZGADO Nº 72

AUTOS:"AGORRECA PAULA SILVANA C/GARBER CYNTHIA BETINA S/DESPIDO"

Sentencia 5786

Buenos Aires, 9 de marzo de 2005

EL DOCTOR RODOLFO ERNESTO CAPON FILAS DIJO:

I. En base a una trilogía de conceptos jurídicos (deontológico, axiológico, antropológico), agudamente expuestos por Robert Alexy (cr. Teoría de los Derechos Fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pág.140) es posible solucionar este caso.

Dado que el demandado ha reconocido las tareas prestadas por la actora, surge la presunción estructurada por RCT art.23 que expresa el eje deontológico (deber-ser) con el que debe resolverse esta causa. Dicho eje, dado que el demandado reconoce la prestación de tareas por parte de la actora, ordena tener por probada la relación de empleo salvo que el demandado demuestre que la vinculación se basó en otra causa. Por ello, el discurso jurídico debe mirar no si la actora probó directamente el contrato de trabajo sino si el demandado ha demostrado que la causa de la relación era diferente a la del contrato de trabajo. Se aprecia de inmediato que el eje deontológico se relaciona con el axiológico del principio protector del mundo del trabajo (a todo evento, receptado en la directiva básica del art. 14 bis C.N.)

Si bien es cierto el axioma romano "quien afirma un dato, debe probarlo", cuando existe una dis-paridad concreta entre el pretensor de una acreencia y el posible deudor, el ordenamiento normativo (eje deontológico, deber-ser) establece un conjunto de presunciones, mediante las que puede lograrse una solución justa (eje axiológico), adecuada a la dis-paridad real (eje antropológico, realidad)

II. Planteada así la cuestión, cabe analizar si existe alguna prueba que indique que las prestaciones de tareas, reconocidas por el demandado, han sido causadas en una relación jurídica distinta a la del contrato de trabajo.

No existe prueba alguna al respecto porque el demandado no ha probado que las tareas realizadas por la actora, que él reconoce, hayan sido bajo la dependencia de terceras empresas, ajenas a su actividad y por las que no deba responder. Por ello, cabe tener por demostrada la relación de empleo entre las partes.

Dado que la actora no se halla registrada en el Libro especial (fs.37), y el demandado no ha des-activado la presunción estructurada por RCT art.55, cabe tener por ciertos los datos y los montos liquidados a fs. 16 vta.

III. La actora ha demandado la adecuación monetaria de la condena a la realidad (fs.19). Reiterando lo ya afirmado en varios precedentes, cabe afirmar que 1. Para mantener el valor del crédito del actor, el monto de condena debe adecuarse a la realidad del mercado de los bienes detallados en la Canasta Básica Total, realidad receptada por el INDEC en sus diversas muestras. La Canasta Básica Alimentaria cubre durante un mes los requerimientos calóricos y proteicos imprescindibles. Y contiene, entre otros, 6 kilos de pan, galletitas, 7 kilos de papa, 6,3 kilos de carnes, 8 litros de leche, hortalizas y frutas. No incluye el pago de

ningún servicio ni la compra de ningún bien, salvo los mencionados y en las cantidades determinadas. La Canasta Básica Total incluye bienes o servicios no alimentarios, tales como vestimenta, transporte, educación y salud. A partir de abril del 2002, el INDEC presentará el costo de ambas canastas el quinto día hábil de cada mes. Cabe este método porque el salario es alimentario y la Canasta Básica Total recepta claramente los elementos de la vida de los trabajadores mientras el conocido Índice de Precios al consumidor mira más bien a la sociedad en general, a lo que debe añadirse que a partir del vendaval neo-liberal incorporó elementos de consumo privilegiado, alejándose de la realidad de la clase trabajadora. Siendo así, la propuesta no es "técnicamente infundada" (como sin basamento alguno la descalifica un voto de esta Sala en "Tronchin, Daniel Osvaldo c/Servicio y Electricidad SA", sentencia 55068, del 15.07.2002), sino coherente con los datos de la realidad, cuyo respeto es el comienzo de la ciencia, al decir de DIETRICH VON HILDEBRAND (Ética, Encuentro, Madrid, 1997, pág.25). La comparación debe realizarse desde enero 2002 en adelante ya que hasta ese momento la convertibilidad mantenía la paridad de compra en el mercado.

2.El único obstáculo entre esta construcción teórica, basada en el valor Justicia, y su concreción, es la ley 25561, art.4. que impide cualquier forma de actualización de los créditos. Cuando en el Tribunal de Nüremberg fueron juzgados ciertos jueces que habían aplicado las normas de Hitler sobre la propiedad de los judíos, el argumento formal de que simplemente habían aplicado la ley, no fue atendido. Al respecto recuerda Gustav Radbruch, que "el nacionalsocialismo supo aherrojar a sus seguidores, por una parte a los soldados y por otra a los juristas, mediante dos principios: órdenes son órdenes, la ley es la ley" (cr. Arbitrariedad legal y derecho supralegal, en El Hombre en el Derecho, Depalma, Bs.As., 1980, pág.144). Como se aprecia, la veneración de la ley como sinónimo de Derecho, no garantiza la justicia. Se trata, entonces, de valorar esta prohibición ante los Derechos Humanos y ante la Constitución Nacional. Si hubiera contradicción entre la ley y tales elementos se debe declarar la in-constitucionalidad de la ley. Así de simple.

La Corte Suprema ha afirmado: "El ajuste por depreciación monetaria se funda en la inviolabilidad de la propiedad privada", en "Intertelefilms SA c/Provincia del Chubut", 04.11.1997. Ante la inflación desatada a partir de enero del 2002, para mantener el valor del crédito en el mercado, se debe actualizar su monto desde ese mes hasta su pago, utilizando como referencia los valores de la Canasta Básica Total elaborada por el INDEC entre ambos puntos del tiempo. Como el art. 4 de la ley 25561 licúa la relación entre el crédito de la actora y el mercado, agrede el derecho humano a la propiedad privada, vulnera las normas internacionales citadas y atenta contra el art.17 C.N. Por eso, debe ser declarado in-constitucional en el caso concreto. De no procederse así, se vulneraría la seguridad jurídica porque en el caso concreto se archivaría el art.14 bis y el art.17 C.N. en los museos de la Historia, junto con el arado de mancera y la rueda de nuestras abuelas y se permitiría agredir la Especie humana como tal, al decir de Edith Stein: "Cada persona es irrepetible. Su desaparición o realización in-completa supone un hueco irremplazable en la historia de la humanidad. Quitar de en medio a una persona es un atropello absurdo que repercute en los mismos provocadores y mutila de algún modo mi ser porque reduce el campo relacional. No podemos olvidar que todo hombre es sagrado para el otro hombre" (cr. Endliches und ewiges Sein, pág. 329).

3.Por ello, en este caso concreto debe declararse la inconstitucionalidad del art.4. de la ley 25561, y adecuar la condena desde la mora de cada suma debida hasta su pago mediante las variaciones de la Canasta Básica Total, publicadas por el INDEC.

IV. Siendo así, por aplicación de RCT art.23 y RCT art.55 cabe: 1.receptar la apelación de la actora; 2.revocar la sentencia y acoger la demanda por \$29.160, de acuerdo a la liquidación de fs.16 vta. con más intereses, a la tasa activa del Banco de la Nación, desde la mora de cada rubro hasta su pago; 3. condenar al demandado a entregar a la actora el certificado de trabajo y las constancias documentadas de los aportes previsionales, dentro del quinto día de notificado de la presente, bajo apercibimiento de confeccionar el primero por el Juzgado, a su costa e informar a la AFIP si no se entregaran las segundas; 4. imponer las costas de ambas instancias al demandado; 5.sobre el monto de condena (capital e intereses) se regulan los honorarios de primera instancia correspondientes al profesional de la actora en el 18% y los del profesional del demandado en el 14%; 5.sobre los honorarios de primera instancia, se regulan los de segunda correspondientes al profesional de la actora en el 35% y los del profesional del demandado en el 25%. 6. debe declararse la inconstitucionalidad del art.4. de la ley 25561, y adecuar la condena desde la mora de cada suma debida hasta su pago mediante las variaciones de la Canasta Básica Total, publicadas por el INDEC.

V. Así voto.

EL DOCTOR JUAN CARLOS FERNANDEZ MADRID DIJO:

Comparto el voto que antecede salvo en lo relativo al índice de indexación que a mi modo de ver debe ser el correspondiente al aumento del costo de la vida -nivel general-.

EL DOCTOR HORACIO HECTOR DE LA FUENTE DIJO:

Que adhiere al voto del Doctor Juan Carlos Fernández Madrid.

En atención al resultado del presente acuerdo, EL TRIBUNAL RESUELVE: I) Revocar la sentencia apelada y hacer lugar a la demanda. II) Condenar a la demandada a abonar a la actora la suma de \$29.160.-, dicho importe llevará intereses a la tasa activa del Banco de la Nación, desde la mora de cada rubro hasta su pago. III) Declarar la inconstitucionalidad del art. 4 de la ley 25561 y adecuar la condena desde la mora de cada suma hasta su pago conforme al aumento del costo de vida -nivel general-. IV) Condenar al demandado a entregar a la actora el certificado de trabajo y las constancias documentadas de los aportes previsionales dentro del quinto día de notificado de la presente, bajo apercibimiento de confeccionar el primero por el Juzgado a su costa e informar a la AFIP si no se entregaran las segundas. V) Imponer las costas de ambas instancias al demandado. VI) Regular los honorarios de primera instancia al profesional de la actora en el 18% y los del profesional del demandado en el 14% sobre el monto de condena (capital e intereses). VII) Regular los honorarios de segunda instancia para el letrado de la parte actora en el 35% y para el letrado de la demandada en el 25% respectivamente sobre lo regulado en la anterior etapa. Regístrese, notifíquese y vuelvan