

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

### Equipo Federal del Trabajo

Parte Segunda

Libertad sindical

Caso 7. El actor, Delegado Congresal en nombre del Centro de Empleados de Comercio de Villa María, Pcia. de Córdoba, a la Federación correspondiente, fuera expulsado de la misma, interpuso en su momento un reclamo administrativo y luego, sin dejarlo de lado, inicia la presente acción de amparo

Palabras claves: Posibilidad de iniciar una acción judicial sin desistir del reclamo administrativo; Dictámenes fiscales y sentencias sin fundamento legal

Resumen:

El Dr. De la Fuente solicita el dictamen del señor Fiscal General ante la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Eduardo Alvarez sostiene que es "inadmisible la existencia de dos instancias simultáneas sobre una misma faceta de conflicto, aunque una sea administrativa y otra judicial, en supuestos en los que sería factible una actuación sucesiva pero nunca contemporánea, por la posibilidad de provocar una colisión de decisiones...". El Dr. De la Fuente hace suyo el dictamen y por las mismas razones rechaza la apelación del actor y confirma la sentencia. El dr. Fernández Madrid adhiere al dr. De la Fuente.

El art. 60 de la ley 23.551 es aplicable a los diferendos entre afiliados y sus organizaciones sindicales. En el régimen federativo sindical el afiliado a la Federación es la entidad de primer grado, no el trabajador individualmente (salvo en la CTA).

Dicha norma no es aplicable a este proceso porque el actor no es afiliado a la Federación demandada. De ahí que se enmarca en el amplio cuadro de los Derechos Humanos, de la norma constitucional, del horror sufrido. Por lo tanto, la sentencia recurrida carece de fundamento legal.

Como la ley 23.551 le reconoce al actor el derecho de interponer esta acción de amparo sindical, este proceso debe ser acogido. Ninguna norma indica que la existencia de un reclamo en sede administrativa impide al ofendido iniciar y llevar adelante simultáneamente la acción de amparo sindical. La mera "posibilidad de colisión" entre ambas acciones es un "deus ex machina" que no se justifica objetivamente y no luce serio.

Cabe señalar, además, que la Constitución si bien estructura cierta delegación normativa en el Poder Ejecutivo no permite delegaciones normativas en los jueces.

Capón Filas, en minoría

SALA VI

EXPTE. N° 2.912/03

JUZGADO N° 79

AUTOS: "OLAVIAGA MIGUEL ANGEL C/FEDERACION ARGENTINA DE EMPLEADOS DE COMERCIO Y SERVICIOS FAECYS S/ACCION DE AMPARO"

Buenos Aires, 4 de Julio de 2004

EL DOCTOR HORACIO HECTOR DE LA FUENTE DIJO:

La parte actora cuestiona a fs. 142/146 la sentencia de fs. 139/141 que rechazó la acción de amparo fundada en la Ley 23.551.

Comparto los términos del dictamen N° 36.230 DEL Fiscal General ante la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (fs.159) a cuyos fundamentos brevitatis causae me remito por lo que propicio confirmar la sentencia apelada.

Por lo expuesto voto por: 1) Confirmar la sentencia de fs. 139/141. 2) Costas de alzada a la parte actora vencida. 3) Regular los honorarios de los letrados firmantes de fs. 142/146 en el 25% y al de fs. 149/152 en el 30% de lo que les corresponde en la anterior etapa.

EL DOCTOR RODOLFO ERNESTO CAPON FILAS DIJO:

I. La apelación del actor debe resolverse:

A. Elementos

a. Estado de la cuestión

1. Dado que el actor, Delegado Congresal en nombre del Centro de Empleados de Comercio de Villa María, Pcia. de Córdoba, a la Federación correspondiente, fuera expulsado de la misma, interpuso en su momento un reclamo administrativo y luego, sin dejarlo de lado, inicia la presente acción de amparo.

Ante esta dualidad la Sra. Juez rechaza la vía del amparo, sosteniendo que son aplicables al caso los arts. 59 y 60 de la ley 23.551.

2. El Dr. De la Fuente solicita a fs. 157 vta. el dictamen del señor Fiscal General ante la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Eduardo Alvarez sostiene que es "inadmisible la existencia de dos instancias simultáneas sobre una misma faceta de conflicto, aunque una sea administrativa y otra judicial, en supuestos en los que sería factible una actuación sucesiva pero nunca contemporánea, por la posibilidad de provocar una colisión de decisiones...".

3. El Dr. De la Fuente hace suyo el dictamen y por las mismas razones rechaza la apelación del actor y confirma la sentencia.

b. Libertad sindical y valores en juego

1. Desde el Tratado de Versalles, la libertad sindical en sus diversas facetas positivas y negativas, es un elemento adquirido por la conciencia ética y jurídica de la humanidad, luego receptado en la Carta Internacional de Derechos Humanos y plasmado en varios convenios de la OIT, entre ellos el 87 y el 98, recepcionado en nuestra área latino-americana por la Declaración Sociolaboral del Mercosur.

Su vigencia ha sido expresada en el art. 14 bis CN que asegura a los trabajadores no cualesquiera organizaciones sindicales sino las libres y democráticas. Como enseña el célebre riojano JOAQUÍN V. GONZÁLEZ, cuya tumba en Chilecito siempre está llena de flores, las declaraciones de derechos exponen "los principios con que una nación se constituye al fundarse, independendizarse o liberarse de sus tiranos, exponer necesidades actualmente sentidas por la comunidad, formular en reglas prácticas las doctrinas de la ciencia política y fijar un límite a las acciones del poder, en reparación de despotismos pasados o en previsión contra futuras opresiones" (cr. Manual de la Constitución Argentina, actualizado por HUMBERTO QUIROGÁ LAVIÉ, La Ley, Bs.As., 2001, párrafo 83), Hace mención también a que tales derechos se basan en anteriores luchas, en costumbres y en deseos de justicia (op. cit. párrafo 84), aspecto reiterado por quien fuera mi profesor en la Universidad Nacional del Litoral, el ilustre ROUZAUT.

2. La ley 23.551, cuyo primer proyecto se elaborara en Santa Rosa, La Pampa, en 1985 en la reunión convocada por el incipiente Equipo Federal del Trabajo, tuvo en cuenta las enseñanzas de GONZÁLEZ (cuyo libro fue orientado a la materia Instrucción Cívica, de los colegios secundarios) y el horror de los desaparecidos cuadros medios sindicales, en quienes seguramente estaba la semilla de la tan mentada y necesaria democratización sindical, se plasmó la rápida acción del art. 47, que es ejercida por el actor en este proceso para lograr una solución rápida al atropello de la libertad sindical, cualquiera fuera su autor.

3. El art. 60 de la ley 23.551 es aplicable a los diferendos entre afiliados y sus organizaciones sindicales. En el régimen federativo sindical el afiliado a la Federación es la entidad de primer grado, no el trabajador individualmente (salvo en la CTA).

Dicha norma no es aplicable a este proceso porque el actor no es afiliado a la Federación demandada. De ahí que se enmarca en el amplio cuadro de los Derechos Humanos, de la norma constitucional, del horror sufrido. Por lo tanto, la sentencia recurrida carece de fundamento legal.

Como la ley 23.551 le reconoce al actor el derecho de interponer esta acción de amparo sindical, este proceso debe ser acogido.

c. Colisión de resultados

1. Ninguna norma indica que la existencia de un reclamo en sede administrativa impide al ofendido iniciar y llevar adelante simultáneamente la acción de amparo sindical. La mera "posibilidad de colisión" entre ambas acciones es un "deus ex machina" que no se justifica objetivamente y no luce serio.

Cabe señalar, además, que la Constitución si bien estructura cierta delegación normativa en el Poder Ejecutivo (cr. op. cit. párrafo 498), no permite delegaciones normativas en los jueces.

2. Siendo así, las razones invocadas por la sentencia de primera instancia, y por el dictamen del Fiscal General deben ser dejados de lado.

### B. Decisión

Corresponde:

1. recepar la apelación.

2. dado los hechos controvertidos, abrir el proceso a prueba.

II. Así voto.

EL DOCTOR JUAN CARLOS FERNANDEZ MADRID DIJO:

Que adhiere al voto del Doctor Horacio Héctor de la Fuente.

En atención al resultado del presente acuerdo, EL TRIBUNAL RESUELVE: I) Confirmar la sentencia de fs. 139/141. II) Imponer las costas de alzada a la parte actora vencida. III) Regular los honorarios de los letrados firmantes de fs. 142/146 en el 25% y al de fs. 149/152 en el 30% de lo que les corresponde respectivamente en la anterior etapa.

Cópiese, regístrese, notifíquese y vuelvan

Caso 8. El Sindicato único de vendedores de flores, plantas y afines apela la decisión del Ministro de Trabajo del 22.10.1999 por la que deniega la inscripción gremial solicitada en base a que la entidad no ha demostrado que "los trabajadores que intenta representar se desempeñen en relación de dependencia" por lo que no se cumple lo dispuesto en el art. 1 del decreto 467/88, reglamentario de la ley 23.551.

Palabras claves:

Posibilidad de que los trabajadores in-dependientes del sector in-formal puedan organizarse sindicalmente

Resumen:

La finalidad define la asociación sindical: defender los intereses de los trabajadores. Desde la causa material no existe duda de que los trabajadores in/dependientes del sector in/formal de la economía tienen derecho a organizarse sindicalmente, porque la carencia de empresariedad en su esfera los integra en la clase trabajadora. Por ello, la causa formal no puede apartarlos de tal posibilidad. Comienza a manifestarse el Régimen para Trabajadores Informales (RTI), de necesaria sanción normativa a los efectos de crear el Derecho del Trabajo (DT), que los valores exigen ante la realidad injusta del capitalismo periférico. Tal Derecho está integrado por el actual Derecho Laboral (DL) y el Régimen para Trabajadores Informales (RTI), de acuerdo a la siguiente fórmula:  $DT = DL + RTI$ . El primer ordenamiento (Derecho Laboral) responde a los trabajadores en relación de empleo. El segundo (Régimen para Trabajadores Informales) absorbe la situación de los trabajadores independientes que operan en el sector informal de la economía. Este fenómeno comienza a ser comprendido también en algunos países desarrollados, dado que las horas/hombre en tal sector pueden igualar las realizadas en el formal. De ello se deduce: restringir la sindicalización a los trabajadores en relación de empleo vulnera la directiva protectora del proyecto social constitucional que no ha distinguido entre aquéllos.

Capón Filas, en minoría

Apoyándose en el dictamen fiscal, De la Fuente y Fernández Madrid rechazan el reclamo de los trabajadores informales

Sentencia Interlocutoria N° 23.235 del 25.08.2000

Sindicato único de vendedores de flores, plantas y afines c/ Ministerio de Trabajo, exp.6618/2000

Dictamen del Fiscal

Libertad sindical

La autoridad administrativa rechazó el pedido de inscripción gremial efectuado por el Sindicato Único de Vendedores de Flores de Plantas y Afines, porque consideró, en lo esencial, que los afiliados incluidos en el ámbito de representación no habrían acreditado la relación de dependencia, de acuerdo con lo previsto por el artículo 1ro. del Decreto 467/88, reglamentario de la ley 23551 (ver resolución 739/99, fs. 84/85).

Tal decisión ha sido apelada por los peticionarios, en los términos del art. 62 del citado cuerpo legal (ver fs. 89 y sgtes. y 1 sgtes. del expediente nº 102371), y VE. Solicita mi opinión.

Esta Fiscalía General del Trabajo se ha pronunciado reiteradamente acerca de la exigencia de relación de dependencia a los efectos de la constitución de una asociación sindical y cabe admitirse al Dictamen nro. 12102 del 3/7/91, recaído en autos "Sindicato Unico de Amas de Casa SUAC c/ Ministerio de Trabajo s/ Ley de asoc. Sindicales", cuya copia se adjunta.

En este caso concreto, el requerimiento de la autoridad de aplicación no puede ser considerado irrazonable, porque cabe tener en cuenta que, como lo reconoce la propia recurrente la actividad de la venta de flores puede llevarse a cabo un marco de autonomía y no conlleva, de por sí, la presencia de relación laboral dependiente.

Desde esta perspectiva de análisis, el supuesto que nos convoca es análogo al de otras actividades que no siempre se cumplen bajo la forma de un contrato de trabajo e, incluso, a veces, se materializan en el ámbito de una venta ambulante autónoma o de una organización empresaria propia.

Estas facetas singulares han sido destacadas por el Ministerio Público en hipótesis de aristas similares (ver, entre otros, Dictamen nro. 24215 del 12/2/98, en autos "Asociación de Figurantes y Afines de la República Argentina c/ Ministerio de Trabajo", etc.) y, si bien es cierto que el Ministerio de Trabajo de la Nación está ejerciendo facultades instructorias potestativas, considero, repito, que en el sub-lite, están justificadas.

Las argumentaciones referidas a la demora o la desprolijidad de la tramitación debieron ser denunciadas y conjuradas con los remedios legales previstos y carecen de incidencia en lo que concierne al fondo mismo de la contienda.

Por todo lo expresado, propongo desestimar la queja, con la aclaración de que lo acontecido no causa estado, ya que nada obstaría a la acreditación del requisito esencial para acceder a la tipología que se pretende y que se proyecta sobre la configuración misma de la relación de dependencia.

I. El Sindicato único de vendedores de flores, plantas y afines ha apelado la decisión del Ministro de Trabajo del 22.10.1999 por la que deniega la inscripción gremial solicitada en base a que la entidad no ha demostrado que "los trabajadores que intenta representar se desempeñen en relación de dependencia" por lo que no se cumple lo dispuesto en el art. 1 del decreto 467/88, reglamentario de la ley 23.551.

Para tratar dignamente la apelación, cabe: 1. establecer un marco referencial democrático, 2. describir los datos del problema, 3. valorarlos a la luz de los Derechos Humanos, 4. interpretar las normas constitucionales y legales, 5. decidir en consecuencia.

A. Marco referencial democrático

1. 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.

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).

2. 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:  $d = (r + v) + (n + t)$ . El Derecho, ciencia social y como tal blanda (en contraposición a las naturales o a las matemáticas, calificables como duras), integra la "vida humana objetivada" (Luis Recanses Siches, "Filosofía del Derecho", Porrúa, México, 1959, p. 97). Por ello debe tener en cuenta el mundo en que se pronuncia la sentencia y el sentido de la Historia.

3. Sin traspasar experiencias culturales en las que dictar justicia era una tarea sacerdotal, cabe recordar que una decisión fundada en consideraciones reales, axiológicas y normativas, transforma parte de la realidad injusta. Si, además es seria, puede, al hilo del modelo/seguimiento, influir, dentro y fuera del país, ya que en un mundo globalizado, 'nihil

humani a me alienun puto', como dijera Terencio en medio de una de las grandes globalizaciones que conociera la humanidad.

De este modo, el juez, ubicado en la realidad y mirándola con ojos bien abiertos como la Justicia esculpida por Lola Mora, que se halla ante la Casa de Gobierno de Jujuy, oteando el horizonte como los paisanos sureros para orientar su marcha, concreta un reparto de justicia, no sólo para el caso concreto sino también para el mundo. Sabiéndolo o no, tiende a la definitiva Decisión, a pronunciarse en el Juicio Final. Dicho acontecimiento escatológico cierra la Historia para siempre. Soñado en todas las civilizaciones, obrante en las grandes religiones (Werner Goldschmidt, 'Introducción al Derecho, cap. I.) y magníficamente concretado por Miguel Angel en la Capilla Sixtina siempre interpela la conciencia de la humanidad.

4. Al momento de sentenciar, el juez debe abandonar todo dogmatismo, abrirse a la realidad, tener en cuenta la incidencia de su decisión en la vida societal, hambrienta de Justicia, mirarse en el espejo de su propia conciencia, como ha pedido Juan Pablo II en 'Tertio millennio adveniente', librarse de pre/conceptos, 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).

De tal modo, desde el modesto lugar de cada uno se des/activará la agudamente calificada "democracia taciturna" en que "los ciudadanos ejercen el derecho a elegir y ser elegidos, están libres de dictaduras, no temen por su vida, pero están excluidos de los beneficios sociales y económicos. En ese mar globalizado hay, para ellos, cantos de sirenas, innumerables peligros de naufragio. Un escenario aplicable a cualquier ciudadano de América latina, Asia y Africa, pero también a los bolsones de marginalidad de las grandes potencias industriales de Occidente" (Marta Seone, "La Odisea de la democracia", en "Clarín", "Zona", 23.01.2000).

5. Como 'sólo el realismo conduce a resultados concretos porque el positivismo es chato y el idealismo fantasioso' (Mario Bunge, "Las ciencias sociales, hoy", en 'Clarín', 30.04.98), el presente caso debe resolverse teniendo en cuenta la realidad, los valores y las normas, buscando que la decisión consolide espacios de Justicia y tal vez, al hilo del modelo/seguimiento, influya en otras latitudes porque en un mundo globalizado también se ha globalizado la Justicia.

6. La eficacia de los Derechos Humanos se irradia sobre el Estado, la sociedad civil y las empresas. Para consolidar la Justicia y la dignidad del hombre en el caso concreto, el Poder Judicial ha de conducir la energía condensada en aquéllos y aplicarla a la situación. Ese compromiso judicial, ético en sus raíces, se normativiza a partir de la directiva expresada en el art. 14 y en el art. 14 bis de la Constitución Nacional. Siendo los documentos de Derechos Humanos enumerados en la Constitución Nacional art. 75, inc. 22 superiores a las leyes, no se puede prescindir de ellos en la solución de los casos concretos, hasta tal punto que la prescindencia puede originar responsabilidad internacional del Estado Argentino (CS, 'Méndez Valles, Fernando c/ A.M. Pescio SCA', 26.12.95). Tampoco se puede obviar la Declaración Sociolaboral del Mercosur, porque, emanando del Tratado de Asunción, es superior a las leyes (C.N., art. 75, inc. 24).

7. Como bien han enseñado Carlos Cossio, Werner Goldschmidt, Miguel Herrera Figueroa, Miguel Reale, el positivismo jurídico, al no cuestionar la realidad desde los Valores, convalida injusticias y desaciertos. Por otra parte, bueno es recordar que el positivismo legalizó los crímenes condenados en los Tribunales de Nüremberg (cr. Ray D'Addario y Klaus Kastner, "Der Nürnberg Prozess", Hofmann. Nüremberg, 1994), Tokio, Bosnia. Por ambas razones, debe ser dejado de lado y archivado en los museos de la Historia, junto con la rueda de nuestras abuelas y el arado de mancera.

8. 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.

### B.Datos (realidad) (r )

1.La entidad que petitiona ante el Ministerio de Trabajo su inscripción gremial nuclea por estatuto a todos los vendedores de vendedores, plantas y afines que ejercen su actividad en la ciudad de Buenos Aires y en varios partidos bonaerenses. Con proyección de futuro, "se extenderá a todas las filiales, seccionales y delegaciones que se establecieron dentro del territorio de la República Argentina" (art.1).

El art.7 sigue la misma línea, normando que la entidad "admite como asociado a toda persona ...que se dedique a la venta de flores, plantas y afines en puestos ubicados en la vía pública y en locales comerciales...", describiendo especialmente la realidad de la ciudad de Buenos Aires, característica porque en muchas de sus cuadras coexisten el puesto de venta de plantas y flores con el kiosco de revistas y diarios.

2.El acta fundacional, firmada por las 30 personas presentes, obra a fs.17.

3.A fs.82 obra el dictamen del Asesor Técnico, indicando que de la lista de afiliados presentada por la entidad se deduce que no son trabajadores en relación de dependencia sino trabajadores autónomos. Como la situación de los mismos está excluida de la ley sindical 23551 por disposición del art.1 del decreto reglamentario 467/88, aconseja al señor Ministro de Trabajo rechazar el pedido de inscripción gremial.

4.A fs.85, el señor Ministro de Trabajo dr.José A.Uriburu, el 22.10.1999 rechaza el pedido de inscripción por no haber probado que "los trabajadores que intenta representar se desempeñen en relación de dependencia".

### C.Marco valorativo (v)

1.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 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).

2.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).

3.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 considerarse como elemento axiológico y no como componente económico de los costos.

4. 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).

5.La eficiencia jurídica de un país no se mide por la cantidad de leyes sancionadas ni por el número de tribunales sino por el modo cómo es tratado en la norma y en la jurisprudencia el ser más débil de la relación (Enrique Marí, X Conferencia Nacional de Abogados, Rosario, 1983, ad sensum, citado por Liliana Beatriz Constante, "Acción de amparo.Sistema de derechos de base constitucional", en "La Ley", 14.10.1999, pág.3).

Juan Pablo II, el 14.04.2000, al recibir al nuevo Embajador argentino ante el Vaticano, ha

afirmado: "El crecimiento de un país no se puede medir exclusivamente por la riqueza que produce.... Si bien la producción de la riqueza es una condición indispensable para el bienestar de una nación, cuando se relega alguna de las dimensiones esenciales del desarrollo integral se corre el riesgo de crear nuevos desequilibrios y, a fin de cuentas, poner en peligro incluso las conquistas ya logradas». Por eso, reconoció que es decisivo el que "los programas de un gobierno para impulsar decididamente el crecimiento de la nación tengan en cuenta la integridad del progreso del ser humano, que es individual y social al mismo tiempo, y en el que los valores espirituales y religiosos no son menos básicos que los materiales" "No basta un incremento de la producción si ésta no se transforma en bienestar real para todos", "No puede haber un verdadero bienestar sin una adecuada educación en los diversos niveles y accesible a todos, un orden social justo y una administración de justicia ágil".

"No se construirá un futuro sólido y esperanzador si se abandonan los valores e instituciones básicas de toda sociedad, como la familia, la protección de los menores y los más desasistidos..." "Estos valores son patrimonio común, que han de ser efendidos también en los foros internacionales para ofrecer un futuro más esperanzador a todo el género humano" (en "Zenit", on line, 14.04.2000)

6 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 afiliación sindical

Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, art. 21

Declaración Universal de Derechos Humanos, arts.20

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,art.6

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 6

Declaración Sociolaboral del Mercosur, art.8

Convenio 87 de la OIT

Convenio 98 de la OIT

D.Menú normativo (n)

a. Norma constitucional

En el presente caso se halla comprometido el art.14 bis garantizando el derecho a una organización sindical libre y democrática

b.Normas legales

En el presente caso se hallan comprometidas las siguientes:

1.Ley 23.551, art.1

2.Ley 23.551, art.2

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

a.sentido de la entidad sindical

1.La finalidad define la asociación sindical: defender los intereses de los trabajadores.

Desde la causa material no existe duda de que los trabajadores in/dependientes del sector in/formal de la economía tienen derecho a organizarse sindicalmente, porque la carencia de empresariedad en su esfera los integra en la clase trabajadora. Por ello, la causa formal no puede apartarlos de tal posibilidad.

2.Comienza a manifestarse el Régimen para Trabajadores Informales (RTI), de necesaria sanción normativa a los efectos de crear el Derecho del Trabajo (DT), que los valores exigen ante la realidad injusta del capitalismo periférico. Tal Derecho está integrado por el actual Derecho Laboral (DL) y el Régimen para Trabajadores Informales (RTI), de acuerdo a la siguiente fórmula: DT = DL + RTI. El primer ordenamiento (Derecho Laboral) responde a los trabajadores en relación de empleo. El segundo (Régimen para Trabajadores Informales) absorbe la situación de los trabajadores independientes que operan en el sector informal de la economía. Este fenómeno comienza a ser comprendido también en algunos países desarrollados, dado que las horas/hombre en tal sector pueden igualar las realizadas en el formal. De ello se deduce: restringir la sindicalización a los trabajadores en relación de empleo vulnera la directiva protectora del proyecto social constitucional que no ha distinguido entre aquéllos.

33Sistémicamente cabe señalar:

33.1.La realidad ® señala la existencia de asociaciones sindicales de agentes de la

Administración Pública, de trabajadores en relación de empleo y de independientes del sector informal de la economía, abarcando así el amplio espectro del Mundo del Trabajo. Como ejemplo: Asociación de Trabajadores del Estado (ATE), entre las primeras; Sindicato de mecánicos y afines del transporte automotor (SMATA), entre las segundas; Sindicato de vendedores ambulantes, Asociación de propietarios de taxis, Unión de Kiosqueros de la República Argentina, entre las terceras. 3.2. Los valores (v) establecen el derecho de sindicación sin ninguna restricción.

3.3. La norma(n) (ley 23551 art.2) no restringe la sindicación, siendo coherente con la directiva constitucional. Si su reglamentación fuese restringida, la tacha de in/constitucionalidad es manifiesta.

3.4. La conducta transformadora (t) buscará los caminos para garantizar la sindicación a todos los trabajadores.

b. trabajadores in/dependientes del sector informal

1. De acuerdo al convenio 141 de la OIT respecto de las organizaciones de trabajadores rurales, cabe reconocer el derecho de sindicación también a los pequeños productores rurales (art.2). Además, en toda política estatal de desarrollo rural se han de estructurar mecanismos "para facilitar el crecimiento" de tales asociaciones sindicales (art.3). No se trata ya del mero respeto por el derecho de sindicación (Convenios 87 y 98) sino de la promoción del sindicalismo agrario, abandonando una simple política silenciosa. El Premio Nobel de la Paz 1992, otorgado a la dirigente campesina guatemalteca Rigoberta Menchú, avala el imperativo ético de promover la sindicalización de los trabajadores independientes del sector informal de la economía tanto rural como urbana.

2. El derecho comparado recepta organizaciones sindicales integradas por trabajadores del Estado o por trabajadores independientes del sector informal de la economía. La Ley del Trabajo de Venezuela, define: "Se entiende por trabajador no dependiente la persona que vive habitualmente de su trabajo sin estar en situación de dependencia de uno o varios patronos. Los trabajadores no dependientes podrán organizarse en sindicatos y celebrar acuerdos similares a las convenciones colectivas de trabajo. Serán incorporados progresivamente al sistema de seguridad social y a las demás normas de protección de los trabajadores, en cuanto sea posible" (art.40).

3. Si la Administración del Trabajo, aplicando criterios restrictivos, negase a una asociación de trabajadores independientes del sector informal la inscripción o la personería gremial, los interesados pueden acudir ante la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo para hacer valer sus derechos.

4. En el presente caso, la Administración parte del supuesto de que la entidad peticionante no ha probado la relación de dependencia de sus afiliados, por lo que, en virtud del art.1 del decreto reglamentario 467/88, rechaza la petición.

5. 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).

6. La tesis dominante en la materia, por el contrario, sostiene que la declaración de in/constitucionalidad de una norma constituye la "suprema ratio" del orden jurídico y que procede solamente a pedido de parte.

Tanto doctrinaria 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 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, Paris 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 Espiritu hacia "adelante" y "arriba" (como indicara Teilhard de Chardin) o, al contrario, involuociona 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).

La tesis dominante 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 tienen en cuenta la antigüedad de esta norma (casi 138 años), se advertirá que la tesis dominante carece también de raigambre histórico/cultural. Si bien por ahora la tesis dominante se expresa en la Corte Suprema como dogma in/cuestionable, poco a poco se abre camino la tesis que sostiene la Teoría Sistémica del Derecho Social, expuesta sub 5.

7. La posición de la Corte Suprema, dis/valiosamente considerada por la doctrina especializada (cr. Víctor Bazán, "La Corte, la declaración de inconstitucionalidad de oficio y el sendero hacia la superación de una doctrina judicial inconsistente", en "ED", 01.10.1998), comienza a desmoronarse en el mismo Tribunal, tal como las barrancas del Paraná lamidas por la inundación. La primera erosión de la tesis férrea 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 SA" (sentencia del 28.04.1998) la erosión indicada continúa en los votos del dr. Fayt y del dr. Boggiano, quienes, con argumentos similares, sostienen que todo juez, aún de oficio, puede declarar la in/constitucionalidad de una norma. Se aprecia que la tesis mencionada dejó de ser unánime para expresarse simplemente como mayoritaria. Cuando los tiempos maduren, será minoritaria o desaparecerá y se archivar en los museos de la historia, al lado del arado de mancera y de la rueda de nuestras abuelas. La dirección de los acontecimientos jurídicos indican ese final ya que la declaración de in/constitucionalidad 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.

8. Siguiendo la lógica de la resolución atacada, importa señalar, como ya lo hiciera en el Cap.III de "El nuevo derecho sindical argentino", 2ª.ed., Platense, 1993, que el art.1 del decreto reglamentario 467/88 viola la libertad sindical, internacionalmente reconocida y constitucionalmente garantizada, ya que restringe el derecho a sindicalizarse a los trabajadores in/dependientes que actúan en el sector informal de la economía. Por ello, a la luz del art.14 bis CN debe ser declarado in/constitucional en el caso concreto.

Sentado ello, decretada en el caso dicha in/constitucionalidad, cede el fundamento normativo de la resolución recurrida, la que debe ser revocada.

9. Por ello, cabe que el Ministerio de Trabajo proceda a inscribir a la entidad recurrente.

c. solución

En base a la Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 20 y 28, a la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, art. 21, al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art.6, al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 6, a la Declaración Sociolaboral del Mercosur, art.8, a los convenios 87 y 98 de la OIT, a la Constitución Nacional art.,14 bis a la ley 23.551 arts.1 y 2, corresponde:

1. declarar in/constitucional en el caso concreto el art.1 del decreto 467/88.
2. revocar la resolución apelada, con costas por su orden.
3. ordenar al Ministerio de Trabajo inscribir la entidad actora.
4. remitir copia de esta sentencia a la OIT, a sus efectos.

II. Así voto

EL DOCTOR HORACIO HECTOR DE LA FUENTE DIJO:

Por las razones expuestas por el Sr. Fiscal Federal en el dictamen que antecede (fs. 97), disiento con el voto precedente, propiciando se rechace el recurso interpuesto y confirme la decisión impugnada, con costas a la vencida.

EL DOCTOR JUAN CARLOS FERNANDEZ MADRID DIJO:  
Que adhiere al voto del Dr. Horacio H. De La Fuente.

Caso 9. Los apelantes, agentes policiales en actividad discuten la resolución ministerial que les niega la inscripción gremial.

Palabras claves: Posibilidad de que los policías se organicen sindicalmente.

Resumen:

La decisión ministerial, reiterando otras anteriores, sostiene que el convenio 87 deja librado a la legislación de cada país determinar "hasta qué punto se aplicarán a las fuerzas armadas y policiales las garantías de la libertad sindical".

Afirma que tales fuerzas son "organizaciones verticales en un marco de disciplina" lo que se dificultaría enormemente a partir de la constitución un sindicato para estas categorías"

Cuando Argentina ratificara el convenio 87 y el convenio 98 de la OIT ninguna ley fue sancionada excluyendo de la libertad sindical a las fuerzas armadas, a las fuerzas policiales y a las de seguridad.

En la normativa aplicable (ey 23551) no existe disposición alguna que impida a tales trabajadores sindicalizarse.

Capón Filas, en minoría.

Esta materia por los intereses que puede afectar, vinculados a una de las funciones que el Estado se reserva en forma exclusiva, debe ser tratada con extrema prudencia. No hay legislación interna que regule la posibilidad de sindicación y de ejercicio de los demás derechos vinculados a ella por parte de las fuerzas de seguridad. Cuerpos que responden a un orden vertical y están creados para proteger la seguridad del país y de las personas no pueden asimilarse a los dependientes comunes a que se refiere la ley 23.551, por lo que entiendo que la misma no les es aplicable

Fernández Madrid, adhiere Rodríguez Brunengo

SALA VI

EXPTE. N° 11.053/05

AUTOS: "MINISTERIO DE TRABAJO C/ SINDICATO UNICO DEL PERSONAL DE SEGURIDAD S/ LEY DE ASOC. SINDICALES"

Buenos Aires, 15 de febrero de 2006

Sentencia 58.565

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 la apelación presentada, cabe utilizar como mapa el siguiente marco teórico:

1. La Teoría Sistemática 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, Bs. As, 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, consolidaríamos 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 vigílica 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, agentes policiales en actividad, discuten la resolución ministerial porque les niega la inscripción gremial.

La decisión ministerial, reiterando otras anteriores, sostiene que el convenio 87 deja librado a la legislación de cada país determinar "hasta qué punto se aplicarán a las fuerzas armadas y policiales las garantías de la libertad sindical".

Afirma que tales fuerzas son "organizaciones verticales en un marco de disciplina" lo que se dificultaría enormemente a partir de la constitución un sindicato para estas categorías"

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 infuosa 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 existencial del hombre, buscan dignificar al trabajador como parte hiposuficiente 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:

8.1. 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).

8.2. a la in-discriminación, rechazada por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. II, Declaración Universal de Derechos Humanos, art.2, Pacto

Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art.3, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art.1.

La Declaración SocioLaboral del Mercosur, art.1, ordena una conducta activa por parte del Estado ante un caso de discriminación:

“Los Estados Partes se comprometen a garantizar la vigencia de este principio de no discriminación. En particular se comprometen a realizar acciones destinadas a eliminar la discriminación respecto de los grupos en situación de desventaja en el mercado de trabajo”. (art.1).

8.3.a la libertad sindical, reconocida por la Declaración Universal de Derechos Humanos, art.23, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art 22, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art.8, por el Pacto de San José de Costa Rica, art. 26

Expte. n° 11.053/05

La Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo (1998) establece que entre los mismos figuran “la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva” (art.2°).

9. 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 libertad sindical (art.14 bis),

Supra-legales:

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

Legales:

En este caso se hallan comprometidas la siguiente: ley 23.551, art. 1 b.4.

10. Valoración concreta

10.1. La Teoría Sistémica del Derecho Social sostiene desde siempre que entre el empleo público y el empleo privado no existe diferencia ontológica.

Esta tesis es compartida por Horacio de la Fuente (cr. La privatización del empleo público, “La Ley”, 2001-B, 984 y ha sido recientemente reiterada por el señor Fiscal General in re “Ruiz Díaz de López Marcela Haide c/ Estado Nacional Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ despido” – CNAT SALA I, 19.05.2005).

Siendo así, para resolver adecuadamente la problemática de la sindicalización de las Fuerzas Armadas, Fuerzas Policiales y Fuerzas de Seguridad, en un mundo globalizado como el nuestro, se deben tener en cuenta la visión de la OIT, el principio de in-discriminación, la experiencia comparada.

a. Visión de la OIT

La visión de la OIT, en la que el Ministro Carlos Tomada ocupa la Presidencia del Consejo de Administración desde el 22.06.2005, es clara:

1. En el artículo 2 del Convenio núm. 87 se prevé que los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como de afiliarse a estas organizaciones.

Si bien en el artículo 9 del Convenio se autorizan excepciones a la aplicación de estas disposiciones en el caso de la policía y de las fuerzas armadas, el Comité de Libertad Sindical recuerda que debería darse una definición restrictiva de los miembros de las fuerzas armadas que pueden ser excluidos de la aplicación del Convenio

Además, el Comité indicó que la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones ha señalado que, habida cuenta de que este artículo del Convenio prevé únicamente excepciones al principio general, en caso de duda los trabajadores deberían tener consideración de civiles.

2. Cabe tener en cuenta que los miembros de las fuerzas armadas que podrían ser excluidos de la aplicación del Convenio núm. 87 de la OIT deben definirse de manera restrictiva.

3. Como la libertad sindical, garantizada por el convenio 87, era desconocida en muchos países, la OIT refuerza su posición en el convenio 98, buscando cubrir no sólo la libertad sindical sino también el derecho de negociación colectiva.

Por eso, el art.1 establece: “1. Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo. 2. Dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que

tenga por objeto: a) sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de ser miembro de un sindicato; b) despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo”.

Si bien el art.5 permite a la legislación nacional “determinar el alcance de las garantías previstas en el presente Convenio en lo que se refiere a su aplicación a las fuerzas armadas y a la policía”, esa referencia debe entenderse en el marco amplio de la in-discriminación, con lo cual la legislación podría, tal vez, “limitar” el tema pero nunca desconocerlo o negarlo. Queda claro que el segundo convenio, el 98, basándose en el derecho humano de in-discriminación, avanza sobre el 87. A partir de allí, el art. 5 podría interpretarse como una “cierta concesión” al autoritarismo gubernamental, siempre que no se traduzca en negación del derecho.

### b. Discriminación y Derechos Humanos

si alguna legislación negase a estas Fuerzas el derecho de libertad sindical y el de negociación colectiva, surge un típico caso de discriminación.

### c. Experiencia comparada

1.Existen experiencias válidas de sindicalización de las Fuerzas Armadas en Israel, Alemania y Estados Unidos. En tales países dicha situación laboral en nada impide una adecuada situación militar. Lo mismo sucede con las Fuerzas Policiales en Uruguay, Suecia, España, Bélgica. En nuestro país comienzan los esbozos de sindicalismo policial, uno de cuyos ejemplos es el caso que esta Alzada debe resolver.

Como se aprecia, el tema no es académico sino meramente político. Siendo así, nada impide que en Argentina se avance en el tema.

2. El Consejo Europeo de Sindicatos de Policías se compone (último dato: marzo 1999) de 16 organizaciones sindicales nacionales. En su Congreso en Atenas (marzo 1999) ha afirmado: “El derecho de los policías de constituir sindicatos para la defensa de sus intereses y la mejora del servicio público que representan, no presenta excepciones en un país que se tiene por democrático. Los Sindicatos en general y los de los policías en particular, son garantes del respeto de los principios que fundamentan un Estado de Derecho. Por lo que todo obstáculo al sindicalismo, toda negación de este derecho, hoy inalienable, constituye una flagrante demostración de vulnerar la democracia. Consecuentemente, el CESP se compromete en desarrollar la solidaridad policial sindical cuyo principio proclama la Carta Europea del Policía, que encuentra sus raíces en el artículo 5 de la Carta Social Europea adoptada y ratificada por seis estados miembros del Consejo de Europa y parcialmente aprobada por otros dieciséis países miembros y por cuya validación luchan los sindicatos de policía del CESP. El CESP, fija como objetivo esencial la promoción de los derechos que estipula la Carta Social Europea y la de los policías europeos con la finalidad de:

- Armonizar sus Estatutos, ingreso y formación.
- Permitir el acceso de las mujeres a todos los niveles de responsabilidad.
- Extender los logros sociales de los más favorecidos al conjunto de los policías de los Estados Europeos, como paridades salariales y otras ventajas económicas que se desprenden de la función policial.
- Permitir a todos los policías tomar parte en la determinación y mejora de sus condiciones de trabajo.
- Asegurar el derecho de asociación y el constituir Sindicatos para los policías de todos los países de Europa.

Finalmente el IV Congreso del CESP recuerda:

- Su preocupación respecto de la amenaza creciente que supone el aumento del terrorismo y de la criminalidad organizada e internacional en todas sus formas, y deplora la ausencia de armonización de las normas legislativas y jurídicas que permitan luchar contra ellos eficazmente.
- Reafirma la necesidad de crear instancias de información y de investigación capaces de combatir la criminalidad organizada transfronteriza, con la formación de estructuras y de servicios de policías especializados en estas formas de criminalidad, así como la creación de Tribunales con competencia en toda Europa”. En Suecia existe una Federación de Policías que tiene un ordenamiento ajustado a los mismos principios democráticos que las demás Federaciones laborales. Su reglamento interno se cumple y observa rigurosamente. Veamos algunas de sus disposiciones. El Directorio se nombra anualmente por lo general en el mes de abril, sus directores pueden ser reelegidos por una vez en forma continua y hasta tres

veces en forma discontinua. El directorio se consagra a defender los derechos del policía y supervisar las disposiciones internas en casos de reclamación de algunos de sus miembros en contra de una medida incorrecta o que comprobadamente afecte a sus miembros. O sea la Asociación representa cualquier irregularidad que afecta al derecho, a la integridad o a la economía del policía profesional y es convocado en todos los niveles de planificación para el personal, el presupuesto, el escalafón de ascensos y de estudios. La presencia de sus dirigentes es de observación y en su caso de sugerir medidas alternativas cuando lo consideren necesario. La existencia de este organismo garantiza un tratamiento correcto en todos los aspectos que se relacionan con la vida del policía.

Hay aspectos disciplinarios en que la Federación no puede intervenir, aún cuando se considere que se ha cometido alguna injusticia. Primero se cumplen las órdenes y luego se las discute.

En Uruguay el Sindicato de policías ha sido reconocido por el Gobierno como interlocutor válido y ya están avanzando en la búsqueda de soluciones a diversos problemas.

En base a ello, la CTA pidió apoyo a la Organización Internacional del Trabajo (OIT) para impulsar la creación de un sindicato de policías en la Pcia. de Buenos Aires.

10.2. A partir de que los cuatro documentos internacionales citados anteriormente tienen jerarquía constitucional y los dos siguientes son superiores a las leyes, la respuesta es obvia: debe reconocerse a las Fuerzas Armadas y a las Fuerzas de Seguridad la libertad sindical y el derecho de negociación colectiva.

Cuando Argentina ratificara el convenio 87 y el convenio 98 de la OIT ninguna ley fue sancionada excluyendo de la libertad sindical a las fuerzas armadas, a las fuerzas policiales y a las de seguridad.

En la normativa aplicable (ey 23551) no existe disposición alguna que impida a tales trabajadores sindicalizarse.

C. Tercer momento: transformación de la realidad

11. 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,

12. 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 los valores y en las normas indicadas, corresponde:

12.1. resolver favorablemente. el reclamo de los actores

12.2. dejar sin efecto la resolución ministerial cuestionada

12.3. ordenar la inscripción gremial de la entidad solicitante,

12.4 imponer las costas por su orden teniendo en cuenta la naturaleza de la cuestión.

12.5. globalizar la solución, remitiendo copia de esta sentencia a la OIT y a la Secretaría del Mercosur, a sus efectos.

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 expresara 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 (DSL, art. 23). Dicho mandato viene confirmado, a su vez, por el art. 20 de la DSL, 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" (DSL, 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.

Cabe cumplir y hacer cumplir la Constitución. La remisión de la sentencia es una de las maneras adecuadas de cumplir y hacer cumplir la Constitución. Nuevamente, Lévinas: "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). Esto porque la relación con el otro (en este caso, la vinculación entre la Sala y el universo de la sociedad civil) es a-simétrica e impone mayores deberes, entre ellos comunicar la decisión, de tal modo que al hilo del modelo-seguimiento (al decir de Werner Goldschmidt) otros

tribunales puedan valorar la ejemplaridad de la sentencia. "La relación intersubjetiva es una relación asimétrica. En este sentido yo soy responsable del otro sin esperar la reciprocidad, aunque ello me cueste la vida. La reciprocidad es asunto suyo. El yo siempre tiene una responsabilidad mayor que los otros" (cr. Emmanuel Lévinas, *Ética e infinito*, Visor Distribuciones S.A., 1991, pág. 92).

Si esta Sala procediese así, cumpliendo los deberes a su cargo, consolidará en la realidad el lugar existencial seguro para todos, en lo que consiste, básicamente, la justicia social.

III. Así voto.

EL DOCTOR JUAN CARLOS FERNANDEZ MADRID DIJO:

Que esta materia por los intereses que puede afectar, vinculados a una de las funciones que el Estado se reserva en forma exclusiva, debe ser tratada con extrema prudencia.

Que no hay legislación interna que regule la posibilidad de sindicación y de ejercicio de los demás derechos vinculados a ella por parte de las fuerzas de seguridad.

Que, además considero que cuerpos que responden a un orden vertical y están creados para proteger la seguridad del país y de las personas no pueden asimilarse a los dependientes comunes a que se refiere la ley 23.551, por lo que entiendo que la misma no les es aplicable.

Que la OIT, a través de uno de sus órganos, el Comité de Libertad Sindical, cuya doctrina debe ser tenida en cuenta en atención a que ha sido dictada con fundamento en el Convenio núm. 87, ha interpretado que del artículo 9 1) del mismo se infiere que no cabe duda que la Conferencia Internacional del Trabajo tuvo intención de dejar que cada Estado juzgue en qué medida considera oportuno acordar a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía los derechos previstos en el Convenio, o sea, implícitamente, que los Estados que hubieran ratificado el Convenio no están obligados a reconocer los derechos mencionados a esa categoría de personas ("La libertad sindical", 4º edición revisada, nº 220).

Que la Sala V de este Tribunal, en casos similares, se ha pronunciado negando la inscripción gremial de los cuerpos de seguridad en los casos "Asociación Profesional de Policías de la Provincia de Buenos Aires" (Sent. Nº 66.086) y "Asociación Unión Personal Policial de Río Negro" (Sent. Nº 66.088) ambos del 12 de noviembre de 2002.

EL DOCTOR NESTOR MIGUEL RODRIGUEZ BRUNENGO DIJO:

Teniendo a la vista la "Recopilación de Decisiones y Principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT" contenida en el libro "LA LIBERTAD SINDICAL (Cuarta Edición revisada) OIT, Ginebra, 1996, de sus párrafos 219 a 222 surge como doctrina interpretativa del Convenio nº 87, que está librado a la legislación de cada país determinar la medida en que puedan reconocerse los derechos de sindicalización a los miembros de las fuerzas armadas y de las policías -con la salvedad de que las exclusiones deberían ser definidas de manera restrictiva- de lo que se infiere un límite lógico respecto del personal que porta armas y posee un "estado militar o policial", sin abarcar a los empleados civiles de tales instituciones, que no deberían ser privados de tales derechos.

Es cierto que nuestra legislación vigente referida a las Asociaciones Sindicales, Ley 23.551, no resulta aplicable -sin más- a los agentes públicos cuyo "estado militar o Expte. nº 11.053/05

policial" los sujeta a una estructura de carácter marcadamente jerárquico, estructurada sobre pilares de disciplina y un ejercicio de la cadena de mandos que no sería compatible con el planteo de conflictos colectivos o negociaciones convencionales que colocarían a dichas instituciones en estado deliberadamente que podría demorar decisiones cuya urgencia sea vital para la seguridad de las personas y aún la supervivencia del Estado.

También es de considerar la necesidad de elaborar una legislación específica para que dichas personas alcanzadas por el "estado militar o policial" puedan gozar del derecho de asociación que se les reconoce en algunas naciones avanzadas, e incluso plantear reclamaciones ante tribunales arbitrales independientes del Estado, habida cuenta de su imposibilidad de ejercer el derecho de huelga u otras medidas de fuerza, pero lo cierto es que en la actualidad esa normativa no existe.

Cabe recordar que ya la Sala X de esta Excm. Cámara se expidió en sentido negativo frente a la petición similar interpuesta en autos "Asociación Profesional Policial de Santa Fe c/Ministerio de Trabajo s/Ley de Asociaciones Sindicales" Exp.- Nº 28958/02 (16.155)

mediante Sentencia Definitiva N° 11.541, de 17 de marzo de 2003.

En todo caso, los actores deberían peticionar a los legisladores la proyección de una normativa que habilite los derechos programáticos que la Ley Címera y los Convenios de la OIT determinan.

Por los argumentos expresados, propongo rechazar el recurso interpuesto.

En atención al resultado del presente acuerdo, EL TRIBUNAL RESUELVE: I) Rechazar el recurso interpuesto. II) Imponer las costas por su orden.

Regístrese, notifíquese y vuelvan

Caso 10. Reconversión empresarial y despido de delegados gremiales

Palabras claves: Reconversión industrial, Cierre del establecimiento, Cierre del sector de producción

Resumen:

No se trata de juzgar si el demandado procedió bien o mal cuando decidió la reconversión decidida, si no, si debe indemnizar la estabilidad gremial de los actores.

La respuesta positiva se impone porque no se puede equiparar "cierre de establecimiento" con "cierre del sector de producción" ya que éste es un elemento de aquél pero no su sinónimo. La realidad indica que en un establecimiento pueden existir varias líneas de operatividad o sectores, desde la recepción de información mediante palomas mensajeras, hasta la comercialización de los productos, pasando, obviamente, por la recepción de visitantes y clientes, la organización de salones de exposición, la programación y el diseño del producto, su fabricación, control, comercialización, cobranza. Cuando la recepción por palomas mensajeras cierra y es reemplazada por Internet por ser un sistema mejor y más barato, no cierra el establecimiento, cuando los porteros son reemplazados por robots, no cierra el establecimiento. Así sucede en todos los sectores.

Por otra parte, además, los actores no eran delegados del sector de producción sino delegados ante la empresa, por lo que, aunque hubiera cerrado el sector en que trabajaban, podían seguir representando al personal de la empresa. La suma cobrada por los actores por sobre la indemnización individual por el despido no debe ser descontada de la condena porque ésta responde a una causa distinta, la colectivo-sindical. Entre ambas no puede existir compensación

Capón Filas

La circunstancia de que la empresa accionada hubiera decidido en un determinado momento por razones de conveniencia, dejar de fabricar los productos en cuestión para pasar a importarlos, no trajo aparejado el cierre del establecimiento donde los actores trabajaron, sino en todo caso, un cambio en el modo de llevar a cabo el giro empresario.

Fernández Madrid, adhiriendo a Capón Filas

La planta de industrialización y producción en la cual trabajaron los actores constituye una unidad técnica que debe equipararse al establecimiento a que alude el art. 51 de la Ley 23.551. En consecuencia, el cierre de dicho sector o planta y el consecuente despido de todos sus empleados -incluidos los actores-, acarrea como consecuencia la cesación de la garantía sindical, ya que en estas circunstancias desaparece el mandato gremial que tenían los apelantes, a la vez que se descarta que su despido haya tenido un propósito persecutorio o discriminatorio, respetándose así la finalidad de la ley sindical que persigue proteger a los dirigentes gremiales de un modo razonable sin crear privilegios innecesarios e injustos.

De la Fuente, en minoría

EXpte. N° 23.798/99

JUZGADO N° 14

Sentencia 54941

AUTOS: "UFOR GRACIELA Y OTRO C/PFIZER S.A. Y OTRO S/LEY 23551"

Buenos Aires, 5 de junio de 2002

EL DOCTOR RODOLFO ERNESTO CAPON FILAS DIJO:

I. En estas actuaciones resueltas en mi despacho el día 3.12.01, el Dr. Horacio de la Fuente solicitó la opinión del Fiscal General ante la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, quien el día 5 de Febrero de 2002 dictaminó: "La Sra. Juez "a quo" en una fundada sentencia, desestimó la pretensión de los actores porque consideró que la extinción del vínculo se debía al cierre del sector y regía lo dispuesto por el artículo 51 de la Ley 23.551 (ver fojas 487/493). Tal decisión ha sido apelada por los demandantes vencidos (ver fojas 499/505) y V.E. solicita mi opinión acerca de la viabilidad de la queja. Al respecto, señalo que la cuestión transita por facetas de hecho y prueba que hacen a la configuración fáctica

del supuesto descrito en la citada norma, que deben ser elucidadas por V.E. en uso de las facultades jurisdiccionales que le son privativas y que devienen ajenas a esta función por lo que declina su intervención (art. 25 y 27 de la Ley 24.946)".

II. Las apelaciones de los actores, del demandado y del perito contador deben resolverse:

A. Indemnización por la estabilidad gremial de los actores

a. Se trata de valorar si los actores, delegados sindicales elegidos, despedidos sin respetar la estabilidad gremial, por haberse cerrado el sector de producción, son acreedores a la indemnización por estabilidad gremial.

b. La respuesta negativa se impone, en la medida que se reflexione sobre los siguientes datos:

b.1. Dato macro-social.

1. La apertura económica argentina, acelerada a partir de la anterior Administración, calificada como "ingenua" por el presidente de la Unión Industrial Argentina al cierre de la II Conferencia Industrial Argentina (Mar del Plata, agosto 1995, cr. "No queremos que el modelo nos sepulte", en "Clarín", 13.08.95, pág.3) causa, entre otras consecuencias, que una empresa como la demandada decida variar su actividad y dedicarse, en lugar de elaborar productos medicinales, a importarlos del extranjero y venderlos. Si durante Onganía se afirmó que "al país le resultaba igual producir acero o caramelos" desde la anterior Administración, con su entronización del Mercado, da lo mismo producir caramelos que importarlos. Afirma el Presidente de la Unión Industrial Argentina: "Existen quienes, montados sobre la ola antiestatista nos quieren vender a los argentinos gato por liebre. Esos sectores son fundamentalistas de mercado. Conciben el país como un free-shop de aeropuerto y a sus habitantes como meros contempladores de escaparates o consumidores satisfechos. Son quienes no terminan de comprender que el país no puede consumir si no hay producción propia, si no hay trabajo, si no hay industria" (loc. cit).

En ese período se produjo la mayor acumulación de riqueza en pocas manos, como lo demuestran los estudios concienzudos del INDEC: "Desde mediados de los setenta la desigualdad ha tenido un claro patrón ascendente, con tres episodios de fuerte aumento de las disparidades de ingresos: la segunda mitad de los setenta, fines de los ochenta y gran parte de los noventa", afirman los expertos. Sólo en el lapso comprendido entre 1992 y 2000, el 10% de los argentinos más pobres pasaron de ganar el 2% del total de los ingresos de todo el país a acumular apenas el 1,4% de los mismos. Mientras que, el 10% más rico pasó de acumular el 32,10 % de los ingresos de todo el país en 1992 a tener el 35,7% de dichos ingresos en 2000" (cr. Leonardo Gasparini, Mariana Marchionni y Walter Sosa Escudero, "Distribución del ingreso en la Argentina: perspectivas y efectos sobre el bienestar", en "Clarín", 02.12.2001).

De ello se deduce que el "Cesarismo democrático" (Mariano Grondona dixit) ayudó a "los amigos": algunos de éstos devolvieron el "favor" el 20.11.2001.

2. De todos modos, así como la flexibilidad laboral terminó destrozada cuando cayeron las Torres Gemelas ya que los suicidas armados no fueron detectados en los controles porque la vigilancia se había privatizado y precarizado (cr. Paul Krugman, profesor de Princeton. "¿Por qué faltó precaución?", en "Clarín on line", 17.09.2001), así la apertura terminó con la corrida bancaria de noviembre 2001 y las medidas intervencionistas de diciembre 2001, que contradicen el modelo capitalista neo-liberal: ¿destruyeron el Estado y entronizaron el Mercado para que, cuando el mercado bancario se rebela, imponen el Estado como un Golem al servicio de los intereses de los poderosos? ¿Es una nueva muestra de la esquizofrenia gubernamental de estas lejanas playas del Sur, tan alejadas de la racionalidad? Pareciera que la respuesta es positiva.

b.2. Dato micro-social.

1. En este caso, no se trata de juzgar si el demandado procedió bien o mal cuando decidió la reconversión decidida, si no, si debe indemnizar la estabilidad gremial de los actores.

2. La respuesta positiva se impone porque no se puede equiparar "cierre de establecimiento" con "cierre del sector de producción" ya que éste es un elemento de aquél pero no su sinónimo. La realidad indica que en un establecimiento pueden existir varias líneas de operatividad o sectores, desde la recepción de información mediante palomas mensajeras, hasta la comercialización de los productos, pasando, obviamente, por la recepción de visitantes y clientes, la organización de salones de exposición, la programación y el diseño del producto, su fabricación, control, comercialización, cobranza. Cuando la recepción por palomas mensajeras cierra y es reemplazada por Internet por ser un sistema mejor y más barato, no cierra el establecimiento, cuando los porteros son reemplazados por robots, no cierra el establecimiento. Así sucede en todos los sectores. 3. Por otra parte, además, los actores no eran delegados del sector de producción sino delegados ante la empresa, por lo

que, aunque hubiera cerrado el sector en que trabajaban, podían seguir representando al personal de la empresa. 4. La suma cobrada por los actores por sobre la indemnización individual por el despido no debe ser descontada de la condena porque ésta responde a una causa distinta, la colectivo-sindical. Entre ambas no puede existir compensación.

c. Conclusión

Por todo ello, corresponde: 1.hacer lugar a la demanda y condenar al demandado a pagar, de acuerdo a la pericia de fs.455 y 455 vta., no cuestionada por las partes, a la actora Ufor la suma de \$23.933 y al actor Alvarez la suma de \$45.127,78, con más intereses, desde la mora de cada monto al pago, de acuerdo a la tasa activa que cobra el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones comunes de crédito.2.imponer las costas de ambas instancias al demandado.3.sobre el monto de condena (capital e intereses), regular los honorarios de primera instancia correspondientes al letrado de los actores en el 18%, al letrado del demandado en el 14%, a la perito contadora en el 6%. 4.sobre los honorarios de primera instancia, regular los de segunda, correspondientes al letrado del actor en el 35% y al letrado del demandado en el 25%.5.rechazar las apelaciones del demandado y de la perito contadora porque ante lo resuelto devienen abstractas.

III. Así voto.

EL DOCTOR HORACIO HECTOR DE LA FUENTE DIJO:

Disiento con el voto que antecede, ya que coincido con el a quo cuando considera que la planta de industrialización y producción en la cual trabajaron los actores constituye una unidad técnica que debe equipararse al establecimiento a que alude el art. 51 de la Ley 23.551. En consecuencia, el cierre de dicho sector o planta y el consecuente despido de todos sus empleados -incluidos los actores-, acarrea como consecuencia la cesación de la garantía sindical, ya que en estas circunstancias desaparece el mandato gremial que tenían los apelantes, a la vez que se descarta que su despido haya tenido un propósito persecutorio o discriminatorio, respetándose así la finalidad de la ley sindical que persigue proteger a los dirigentes gremiales de un modo razonable sin crear privilegios innecesarios e injustos. Por todo ello, y demás argumentos expuestos por el a quo, propongo se confirme en todas sus partes la decisión apelada. Costas de la alzada a cargo de la parte actora.

EL DOCTOR JUAN CARLOS FERNANDEZ MADRID DIJO:

La sentencia de grado rechaza la demanda por considerar acreditado en autos, el supuesto regulado por el art. 51 de la ley 23.551, de cesación de actividades del establecimiento, que impide considerar la estabilidad otorgada por el art. 50 de la misma ley a los representantes sindicales.

La actora apela y su queja es atendible.

Ello es así porque en el fallo en crisis se distingue, siguiendo los argumentos del responde, entre tareas de industrialización y tareas de comercialización, para así concluir que el cese de las primeras, aún ante la continuidad de las segundas, equivaldría al cese del establecimiento entendido como unidad técnica de ejecución. Razonamiento que es inexacto porque la mentada distinción no pasa de ser un cambio de actividad de la demandada, que eliminó la producción y la sustituyó por la importación de los mismos productos.

De modo que la circunstancia de que la empresa accionada hubiera decidido en un determinado momento por razones de conveniencia, dejar de fabricar los productos en cuestión para pasar a importarlos, no trajo aparejado el cierre del establecimiento donde los actores trabajaron, sino en todo caso, un cambio en el modo de llevar a cabo el giro empresarial.

El establecimiento industrial ubicado en la localidad de Moreno, no fue físicamente cerrado, el desguace definitivo del mismo comenzó un año después de los despidos (contrato de fs. 161 y declaración testimonial de fs. 302).

Como surge de los términos del responde, las normas legales le exigen a la firma que pretende comercializar medicamentos importados, llevar a cabo el control de calidad de los mismos con personal propio, y además la mercadería en cuestión debe ser estampillada y almacenada en depósitos para su posterior distribución. De hecho, no solo no se despidió al personal técnico encargado del control de calidad, sino que se volvió a contratar personal que había sido despedido conjuntamente con los actores, para cumplir funciones en los depósitos (pericial contable fs. 446/455).

El coactor Alvarez se desempeñaba, justamente, en tareas de almacenamiento y depósito de mercaderías (testimoniales de Secco y Burgos fs. 288 y ss) y respecto de Graciela Ufor, no se ha probado que se desempeñara en el área que en conteste se denomina "de producción", considerándose a su vez que uno de los testigos afirmó que "...en ningún caso las mujeres realizaban tareas vinculadas a la producción" (Di Girolamo fs. 302).

Observo que la demandada, podría haber adjudicado a los actores otros puestos de trabajo

dentro de la nueva organización adoptada a partir de la decisión de cambiar la fabricación local de la mercadería que vendía por su importación.

Por otra parte, la función gremial que desempeñaban los actores no perdió su razón de ser, por la existencia de personal dependiente sujeto a representación.

Es decir que la demandada no ha justificado la omisión en que incurrió respecto del procedimiento de exclusión de las garantías de que gozaban los actores en su carácter de representantes gremiales. Paso que no debió obviar.

Por ello, considero que corresponde hacer lugar al reclamo de indemnización del art. 52 de la ley 23.551 respecto a ambos coactores y asimismo que no puede existir compensación (como subsidiariamente opone la demandada por haber oblado una gratificación a favor de los aquí demandantes) dado que una liberalidad, no puede equipararse al cumplimiento de una obligación legal.

Por lo expuesto, adhiero al voto del Dr. Rodolfo Ernesto Capón Filas.

En atención al resultado del presente acuerdo, EL TRIBUNAL RESUELVE: I) Revocar la sentencia apelada y hacer lugar a la demanda, condenando al demandado a pagar a la actora Ufor la suma de \$23.933 y al actor Alvarez la suma de \$45.127,78.- con más intereses, desde la mora de cada monto al pago, de acuerdo a la tasa activa que cobra el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones comunes de crédito. II) Imponer las costas de ambas instancias al demandado. III) Regular los honorarios de primera instancia al letrado de los actores en el 18%, al letrado del demandado en el 14%, a la perito contadora en el 6% respectivamente sobre el monto de condena (capital e intereses). IV) Regular los honorarios de segunda instancia al letrado de la parte actora en el 35% y al letrado del demandado en el 25% respectivamente sobre lo regulado en la etapa anterior.

Cópiese, regístrese, notifíquese y vuelvan

Caso 11. Convenio colectivo que discrimina trabajadores

Palabras claves: Convenio perjudicial a los trabajadores, Niveles protectores menores a los legales, Denuncia penal

Resumen: El convenio colectivo permite contratar trabajadores eventuales, liberando al empleador de probar la necesidad de la eventualidad

La cláusula convencional es nula

Capón Filas, adhesión de Fernández Madrid

Se debe denunciar penalmente la conducta del Ministerio de Trabajo que homologó este convenio perjudicial

Capón Filas

La sentencia debe ser notificada al sr. Ministro de Trabajo y Seguridad Social de la Nación, para que su ámbito se tomen las medidas necesarias para evitar la transgresión a la ley que da cuenta el voto precedente.

Fernández Madrid, adhesión de De la Fuente

SALA VI SENTENCIA DEFINITIVA N° 51.089

EXPEDIENTE 2283/96 JUZGADO 40.

AUTOS: " LOPEZ GUSTAVO ALEJANDRO C/TRANSPORTES ADER S.A. S/DESPIDO"

Buenos Aires, 19 de abril de 1999.

I. La apelación del demandado debe resolverse:

A. Elementos de la queja

El demandado cuestiona la sentencia porque no acepta la existencia de contratos eventuales. La crítica también por la tasa de interés, por haberle impuesto la totalidad de las costas y haber regulado altos honorarios.

B. Solución

a. Existencia de contratos eventuales

a.1. Datos

1. Entre las partes se han formalizado sucesivos contratos de trabajo eventual en los lineamientos del convenio colectivo de trabajo 40/89 celebrado entre las Cámaras Empresariales del sector de Transporte y la Federación de Trabajadores Camioneros y Obreros del Transporte Automotor de Cargas, de acuerdo al Item 6.3.1. del Anexo I, negociado en el Ministerio de Trabajo en 1993 en el expediente administrativo 885.452/90 y homologado por Juan Alberto Pastorino mediante disposición 1099/93 de la Dirección Nacional de Relaciones de Trabajo n° 1099/93. Fotocopia de ese Anexo obra a fs. 88.

El primero, por 15 días, comienza el 14.10.1993. El segundo, por 30 días, comienza el 01.11.1993. El tercero, por 31 días, comienza el 01.12.1993. El cuarto, por 17 días, comienza el 01.01.1994.

2. Luego de que el cuarto contrato finalizara, el actor es incorporado como trabajador por tiempo indeterminado y despedido el 31.03.1994 por abandono de trabajo, consistente en haberse retirado una hora antes.

3. La señora Jueza considera que los sucesivos contratos han sido por plazo fijo y como el demandado no ha probado las razones para ese tipo de contratación, resuelve que la relación ha sido por tiempo indeterminado desde el comienzo.

Sentado ello, dado que el hecho imputado al actor para despedirlo no ha sido probado, resuelve que el despido ha sido injustificado.

4. El demandado no discute el despido pero cuestiona la sentencia porque el convenio colectivo exige al empleador de demostrar las razones de la contratación eventual.

Transcribe el Item 6.3.1. del convenio:

“Las entidades signatarias del convenio colectivo de trabajo 40/89, en atención a las particulares circunstancias en que se desarrollan las actividades comprendidas dentro de la misma, que obligan a las empresas a contratar personal para suplir picos de tareas o exigencias transitorias y/o extraordinarias, que constituyen en sí mismas una eventualidad de las que recepta el art.9 de la ley 20.744 (t.o.ley 24.013), convienen en establecer un sistema de contratación de personal operativo (excluida expresamente la categoría de choferes y las secciones del personal administrativo y de taller y/o mantenimiento) que a partir de la celebración de un contrato de trabajo tipo (que se suscribe como anexo I del presente), implique para quienes lo celebren que la relación se habrá de regir en cuanto a la duración del mismo por lo que en dicho contrato se establezca, sin que exista necesidad por parte de la empleadora de demostrar en cada caso particular la existencia de la eventualidad, ya que ésta es propia de la actividad a desarrollar en tanto y en cuanto la organización sindical cuenta con los mecanismos de verificación correspondiente”..

a.2. Valoración

a.2.1. Norma negociada

1. Como Anexo al convenio colectivo, el Item 6.3.1. exige al empleador de demostrar los motivos para recurrir a la contratación eventual y deriva a una hipotética comprobación sindical la constatación que tales motivos han existido.

2. El cuadro normativo del Régimen de Contrato de Trabajo (RCT) es otro:

+ RCT art.90 emite como directiva básica que la relación laboral se considera por tiempo indeterminado, salvo excepciones basadas en razones objetivas y fehacientemente comprobadas por el empleador

+ RCT art.92 en todos los casos de excepción establece que sobre el empleador pesa la carga de probar que el contrato ha sido por tiempo determinado

+ RCT art. 99 in fine reitera carga en los contratos eventuales.

3. A simple vista se aprecia que el Item 6.3.1. contra/dice directamente las tres normas. No sólo no las aplica sino directamente las des/activa como si los actores sociales que lo han negociado fuesen legisladores paralelos. Como se sabe, al menos desde Montesquieu, las leyes son derogadas por leyes, nunca por decretos del Poder Ejecutivo, disposiciones ministeriales o acuerdos de parte.

4. El Item 6.3.1, además, vulnera los Derechos Humanos interesados en el mundo del trabajo, entre ellos el de condiciones dignas de trabajo (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. XIV, Declaración Universal de Derechos Humanos, art.23, Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales, art.6) porque deriva a la mera decisión del empleador la duración relacional y la extingue sin indemnización alguna.

Cuando se manifiestan violaciones a los derechos humanos la sociedad civil y el Estado deben accionar porque “son indispensable para el desarrollo y para el progreso de las sociedades. ... no son privilegios que los Gobiernos puedan conceder o retirar a voluntad, sino son indisociables del valor que otorgamos a la dignidad humana” (cr. Kofi Annan, Los derechos humanos, urdimbre de nuestras vidas, en El País, Madrid, 10.12.1998). Entre tales respuestas, la conducta del Poder Judicial interesa, en la medida que mediante la acción de amparo impide que el comportamiento dis/valioso se concrete o mediante la acción de reparación, como en este caso, repara dignamente las violaciones cometidas. De ahí que a través de sentencias razonables se concretan los derechos humanos, especialmente los sociales y económicos, siempre proclamados pero pocas veces cumplidos (cr. Francisco Fernández Segado, Los nuevos retos de la protección de derechos, en “Contribuciones”, 4/1998, pág.35)

5. En casos como el presente, en que mediante convenios colectivos se han establecido niveles menores que los legales, desprotegiendo a los trabajadores, la respuesta del ordenamiento es inmediata: se debe reemplazar la norma convencional por la legal (RCT arts. 7, 44, 13; ley 14.250, art.7).

+ RCT art.7 norma: "Las partes, en ningún caso, pueden pactar condiciones menos favorables para el trabajador que las dispuestas en las normas legales, convenciones colectivas de trabajo o laudo con fuerza de tales o que resulten contrarias a las mismas. Tales actos llevan aparejada la sanción prevista en el art. 44 de esta ley".

+ RCT art. 44 norma: "La nulidad del contrato por ilicitud o prohibición de su objeto tendrá las consecuencias asignadas en los arts. 41 y 44 de esta ley y deberá ser declarada por los jueces, aun sin mediar petición de parte".

+ RCT art. 13 establece: "Las cláusulas del contrato de trabajo que modifique en perjuicio del trabajador normas imperativas consagradas por leyes o convenciones colectivas de trabajo serán nulas y se consideraran sustituidas de pleno derecho por éstas".

+ Ley 14.250 art. 7 norma: "Las disposiciones de las convenciones colectivas de trabajo deberán ajustarse a las normas legales que rigen las instituciones del derecho del trabajo, a menos que las cláusulas de la convención relacionadas con cada una de esas instituciones resultaran más favorables a los trabajadores y siempre que no afectaren disposiciones dictadas en protección del interés general".

6. Nuestro país no está solo en este tema ya que en el derecho laboral comparado obran normas y consecuencias similares:

+ "Si la autoridad laboral estimase que algún convenio conculca la legalidad vigente o lesiona gravemente el interés de terceros, se dirigirá de oficio a la jurisdicción competente, la cual adoptará las medidas que procedan al objeto de subsanar supuestas anomalías, previa audiencia de las partes"

España, Estatuto de los Trabajadores, art.90.

+ "Los instrumentos de reglamentación colectiva del trabajo no pueden: a) limitar el ejercicio de los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados, b) contrariar normas legales imperativas, c) incluir cualquier disposición que importe para los trabajadores un trato menos favorable que el establecido legalmente..."

Portugal, Ley de los Instrumentos de Reglamentación Colectiva, art. 6.

+ "Será nula de pleno derecho la disposición del convenio colectivo o acuerdo que fuese contraria a la norma de política económico-financiera del Gobierno o concerniente a la política salarial vigente...La nulidad será declarada de oficio o a pedido de parte por el Ministerio del Trabajo o por la Justicia del Trabajo en el proceso sometido a su juzgamiento".

Brasil, Consolidación de las Leyes de Trabajo, art. 623.

+ "No será lícito establecer en los contratos colectivos derogaciones a las leyes del trabajo...ni incluir cláusulas o disposiciones menos favorables al trabajador que las sancionadas por leyes o reglamentos"

Paraguay, Código del Trabajo, art. 328.

7. Por ello, ante los derechos humanos conculcados por el Item 6.3.1. y en virtud de RCT arts. 7, 13 44 y en virtud de la ley 14.250 art.7, corresponde:

7.1. declarar la ineficacia del primer párrafo del Item 6.3.1. del convenio colectivo 40/89 y su reemplazo por las normas legales indicadas.

7.2. declarar la nulidad de los contratos eventuales suscriptos entre las partes porque el empleador ha quedado liberado de probar las razones objetivas que hubieran legitimado ese tipo contractual.

7.3. dado que el demandado no ha demostrado las razones objetivas para la contratación eventual, declarar que la relación ha sido por tiempo indeterminado desde la primera, tal cual afirma la sentencia.

8. Como se aprecia, la ley razonable sigue siendo necesaria para transportar la energía de los derechos humanos y des/activar normas des/protectoras del mundo del trabajo, aun prescindiendo de la decisión de los actores sociales y dejando de lado la disposición ministerial que homologa una negociación perjudicial a los trabajadores (en otros términos, negotiatio in peius, contrato "a la baja").

9. Dado que el hecho imputado al actor como motivo del despido no ha sido probado, el despido ha sido injustificado.

a.2.2. Conducta del Ministerio de Trabajo de la Nación

1. La ley 14.250 art.4 tercer apartado emite una directiva básica relacionada con la homologación de un convenio colectivo.

La norma establece: "...Será presupuesto esencial para acceder a la homologación, que la convención no contenga cláusulas violatorias de normas de orden público o dictadas

en protección del interés general, como así tampoco que la vigencia de la misma afecte significativamente la situación económica general o de determinados sectores de la actividad o bien produzca un deterioro grave en las condiciones de vida de los consumidores”.

De esa norma se deduce que, antes de homologar un convenio colectivo, el funcionario del Ministerio de Trabajo debe efectuar dos controles, el de legalidad y el de conveniencia, constituyendo ambos el presupuesto esencial de la homologación. El primero compara la cláusula negociada con las normas legales correspondientes, el segundo valora si no afecta la situación económica general o sectorial o incide negativamente en la capacidad de los consumidores. Esta norma también se aplica cuando se trata de homologar acuerdos que se anexan a un convenio existente, como en este caso.

2. En el ítem 6.3.1. obran dos disposiciones que deben ser consideradas a la luz de tales controles.

La primera ha sido transcrita anteriormente (sub B.a.1.4). Mediante suyo los empleadores pueden recurrir siempre a contratos eventuales sin necesidad alguna de justificarlos en la realidad, aligerando los costos laborales en materia de preaviso e indemnización por extinción relacional.

La segunda, sancionada en el art.12, norma:

“Se establece una contribución especial y adicional a favor de las entidades sindicales adheridas a la Federación Nacional de Trabajadores Camioneros y Obreros del Transporte Automotor de Carga, del 2% de todas las remuneraciones correspondientes a los trabajadores contratados por esta modalidad, a cargo de los empleadores...Esta contribución tendrá como finalidad la constitución y sostenimiento de bolsas de trabajo a la cual podrán recurrir los empleadores y que la organización sindical podrá organizar por sí o a través de asociaciones mutuales que éstos hubiesen creado. Además estas sumas podrán ser utilizadas como apoyo financiero a la Obra Social del sector”.

Pareciera que el control de legalidad no se hubiera efectuado correctamente ya que las razones de la eventualidad deben siempre ser probadas por el empleador (RCT art.99) por lo que la eximición de esa prueba por el ítem 6.3.1. viola el dispositivo legal.

Pareciera que el control de conveniencia tampoco se ha efectuado correctamente ya que, al no existir prohibición alguna de trasladar la contribución del 2% al precio del transporte, su monto incide en la situación económica general al aumentar éste.

3. De ello se deduce la posibilidad de que el funcionario actuante haya incurrido en el delito previsto en el Código Penal art. 248 que establece: “Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación especial por doble tiempo, el funcionario público que dictare resoluciones u órdenes contrarias a las constituciones o leyes nacionales o provinciales o ejecutare las órdenes o resoluciones de esa clase existentes o no ejecutare las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere”.

Siendo así, cabe librar oficio a la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal para que mediante el organismo correspondiente investigue la posible comisión del mencionado delito.

a.2.3. Conducta de los actores sociales

1. La negociación perjudicial a los trabajadores vulnera los Derechos Humanos interesados en el mundo del trabajo y desconoce en la realidad la directiva constitucional protectora (CN art.14 bis).

2. La Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, aprobada en la 86ª. Reunión (1998) denuncia muchos flagelos sociales entre ellos la discriminación en el empleo. Como el ítem 6.3.1. discrimina trabajadores porque sin prueba alguna de las razones objetivas de la contratación eventual los trata como precarios, corresponde remitir copia de esta sentencia a la Organización Internacional del Trabajo, lo que haré oportunamente, tanto a su sede en Buenos Aires como a Ginebra mediante E Mail (jur@ilo.org).

Se activa así la globalización de la Justicia como valor, tema importante en estos momentos de intensa mundialización (cr. Equipo Federal del Trabajo, Cuaderno n°3,, Proceso a Pinochet. Síntesis y prospectiva, BsAs, 1998).

b. Interés

1. Si bien la tasa activa debiera ser aplicada en los procesos laborales porque la naturaleza alimentaria de los créditos en juego así la determina, ante la imposibilidad de lograr acuerdo de Sala al respecto, he contribuido a formar la doctrina que establece los intereses en el 15% anual desde que el crédito es debido hasta su pago.

2. Por ello, en este caso cabe establecer el interés en el 15% anual desde la mora a la satisfacción de la deuda.

3. Cabe revocar la sentencia a tal efecto.

### c. Costas

Habiendo el actor sujetado su reclamo a la prueba rendida, el resultado de la litis está dentro de la demanda.

Por ello, las costas deben imponerse en su totalidad al demandado.

### d. Honorarios

1. Los mismos son razonables, por lo que deben confirmarse.

2. Por ello, la queja no se sostiene.

### C. Decisión

Cabe:

1. declarar la ineficacia del primer párrafo del Item 6.3.1. del convenio colectivo 40/89 y su reemplazo por las normas legales indicadas.

2. declarar la nulidad de los contratos eventuales suscriptos entre las partes porque el empleador ha quedado liberado de probar las razones objetivas que hubieran legitimado ese tipo contractual.

3. dado que el demandado no ha demostrado las razones objetivas para la contratación eventual, establecer que desde el primer contrato la relación ha sido por tiempo indeterminado, tal cual afirma la sentencia.

4. Librar oficio a la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal para que mediante el organismo correspondiente investigue la posible comisión del delito tipificado en el art. 248 del Código Penal por parte del funcionario ministerial que ha dictado la disposición 1099/93 de la Dirección Nacional de Relaciones de Trabajo.

5. Revocar parcialmente la sentencia, regulando los intereses en el 15% anual desde la mora al pago.

6. Imponer las costas de alzada en el orden causado.

7. Regular los honorarios de alzada en el 25% de los de primera instancia.

8. Oportunamente entregar a quien emite este voto copia certificada de la sentencia para ser remitida a la Organización Internacional del Trabajo en su sede de Buenos Aires y a la dirección electrónica indicada.

II. Así voto.

EL DOCTOR JUAN CARLOS FERNANDEZ MADRID DIJO:

Comparto el voto que antecede salvo en lo pertinente a los puntos 4) y 8) de la decisión.

Sin embargo considero que esta sentencia debe ser notificada al sr. Ministro de Trabajo y Seguridad Social de la Nación, para que su ámbito se tomen las medidas necesarias para evitar la transgresión a la ley que da cuenta el voto precedente.

EL DOCTOR HORACIO HECTOR DE LA FUENTE DIJO:

Que adhiere al voto del Doctor Juan Carlos Fernandez Madrid.

En atención al resultado del presente acuerdo, el TRIBUNAL RESUELVE: I) Declarar la ineficacia del primer párrafo del Item 6.3.1. del convenio colectivo 40/89 y su reemplazo por las normas legales indicadas. II) Declarar la nulidad de los contratos eventuales suscriptos entre las partes porque el empleador ha quedado liberado de probar las razones objetivas que hubieran legitimado ese tipo contractual. III) Establecer que desde el primer contrato la relación ha sido por tiempo indeterminado. IV) Modificar la sentencia apelada regulando los intereses en el 15% anual desde la mora al pago. V) Imponer las costas de alzada en el orden causado. VI) Regular los honorarios de segunda instancia en el 25% de los de primera instancia. VII) Librar oficio al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación a sus efectos.

Cópiese, regístrese, notifíquese y vuelvan.

Caso 12. Democracia interna y proceso electoral

Palabras claves: Acción de amparo, democracia interna, proceso electoral, decreto 467/88

Resumen:

El Ministerio de Trabajo no puede decidir un proceso electoral  
"Juárez c/Ministerio de Trabajo", 27.02.1989

"Nadie puede seriamente dudar que el amparo es la vía apta para que los trabajadores democráticamente elegidos para funciones sindicales accedan a ellas inmediatamente, despejando los obstáculos que se oponen a esa finalidad, provengan de empleadores y sus organizaciones o del aparato gubernamental. La asociación sindical, en virtud de su auto/nomía y a través del órgano electoral, es la única responsable del proceso electoral. El Ministerio de Trabajo, como autoridad de aplicación y celoso custodio tanto de la libertad sindical como de la democratización interna, sólo procede subsidiariamente, debiendo intimar al órgano asociacional, darle un plazo, esperar el cumplimiento. Sólo después se encuentra facultado para actuar en defensa del bien común, en cuyo elemento social/cultural obran la libertad sindical y la democratización interna. Es una facultad subsidiaria, vinculada al in/cumplimiento asociacional, de ningún modo una facultad abierta y omni/presente. Cualquier proceder contrario a esta directiva básica sería autoritario e involucionaría el régimen sindical a eones que la conciencia argentina no está dispuesta a revivir. El decreto 467/88, art. 15, bajo la máscara de reglamentar el art. 17 RS ha sancionado un cuasi código electoral, sin tan siquiera advertir que sólo sería aplicable si en el estatuto de la asociación no rigiesen normas cumplimentando la directiva de RS art. 8 respecto de la democratización interna.

La interpretación que el Ministerio realiza de esta norma avanza más allá del decreto reglamentario, pretendiendo no sólo funciones de control sino, además, jurisdiccionales. Considera que, siendo autoridad de aplicación, le cabe también resolver definitivamente la impugnación formulada. De acuerdo a ello, puede no sólo suspender el proceso electoral, impedir que las autoridades electas en un proceso cuestionado asuman sino, además, resolver jurisdiccionalmente la cuestión. Al respecto, cabe advertir que, siguiendo tal lógica, sería más fácil y menos costoso que el Ministerio cuente los votos, resuelva las impugnaciones y archive en los museos la Junta Electoral.

El apartado 10 del art. 15 del decreto reglamentario es in/constitucional por las siguientes razones: 1. Reconoce facultades electorales al Ministerio de Trabajo que no han sido establecidas en RS. La reglamentación ha excedido los límites establecidos por la CN art. 86, inc. 2. 2. Dichas facultades llegan a la suspensión del acto electoral, en clara y abierta injerencia en la vida interna de la entidad, violentando la libertad sindical y alterando el esquema de los convenios 87 y 98 de la OIT. 3. Dichas facultades avanzan más aún, al impedir, en una especie de medida cautelar sin acción, que asuman las autoridades electas. No se necesitan más argumentos para concluir que este apartado ha violentado la Constitución Nacional y no puede ser utilizado en el tránsito democrático. Siendo inconstitucional la norma en que se ha basado el Ministerio de Trabajo, su comportamiento es dis/valioso no sólo ante la división constitucional de poderes sino también ante la libertad sindical vulnerada, siendo producto de un autoritarismo que tarda en desaparecer y que debe ser des/activado para consolidar el Estado de Derecho"

Capón Filas, en minoría

Caso 13. Acuerdo negocial que rebaja niveles de convenio colectivo

Palabras claves: Nulidad de la rebaja de niveles logrados en convenio colectivo,

Interpretación de la realidad desde el lugar de la víctima

Inconducta de la Unión Ferroviaria y posibilidad de ser sancionada por la CGT, Denuncia

penal de la inconducta del Ministerio de Trabajo

Información a la OIT de la inconducta del Ministerio de Trabajo

Resumen:

Ante el panorama creciente de marginación social y de exclusión, los sindicatos no debieran resignarse sino buscar "camino alternativo de desarrollo mediante la negociación colectiva y la participación en la toma de las grandes decisiones nacionales" (Digesto Práctico La Ley, Derecho Colectivo del Trabajo, 2001, pág. 696), mientras "la política de todo gobierno debería tener como objetivo el cumplimiento de los derechos humanos" (op.cit., pág. 723) Cuando se manifiesta un atropello al orden público por parte del sindicato, de la empresa, del Ministerio de Trabajo, esta Alzada no puede distraerse, mirar para otro lado o encerrarse en el formalismo, ya que la realidad se comprende desde el rostro del otro (Lévinas, Emmanuel, Entre nosotros. Ensayos para pensar en otro, Pre-Textos, Valencia, 2001, pág. 120) y desde el sitio de quienes sufren el atropello a sus derechos (Boff, Leonardo, Do

lugar do pobre, Vozes, Petrópolis, 1984, pág.20). Siendo así, ante este caso de atropello corresponden medidas concretas respecto del sindicato, de la empresa, del Ministerio de Trabajo.

Cabe recordar que la defensa coordinada de los intereses de los trabajadores del país entero constituye uno de los objetivos de Confederación General del Trabajo, expresamente señalada en su Estatuto, art.2,a) (cr. op. cit, pár. 2283).

Ninguna duda cabe que la conducta de la Unión Ferroviaria, al agredir los derechos de los peones de limpieza, afecta el conjunto de los trabajadores argentinos. El supremo juez, en su momento dijo que "lo que uds. hagan con los más pequeños, conmigo lo hacen".

Por ello, tal vez la entidad sindical de tercer grado a la que se ha afiliado el sindicato actuante, pueda responsabilizarlo disciplinariamente (art.94). Por ello, importa remitir copia de esta sentencia a la CGT, a sus efectos.

Respecto de la empresa, cabe remitir copia de esta sentencia al Ente Coordinador del Transporte Metropolitano (ley 25.013) para que tome intervención ya que la empresa logra ventajas económicas sin compensar trabajadores y sin mejorar los servicios. Este "socialismo" criollo de privatizar ganancias y compartir pérdidas también integra el riesgo país y debe ser gubernamentalmente perseguido para lograr una imagen seria en el concierto de las naciones civilizadas.

La ley 14.250 art. 4 tercer apartado emite una directiva básica relacionada con la homologación de un convenio colectivo. La norma establece: "...Será presupuesto esencial para acceder a la homologación, que la convención no contenga cláusulas violatorias de normas de orden público o dictadas en protección del interés general, como así tampoco que la vigencia de la misma afecte significativamente la situación económica general o de determinados sectores de la actividad o bien produzca un deterioro grave en las condiciones de vida de los consumidores". De esa norma se deduce que, antes de homologar un convenio colectivo, el funcionario del Ministerio de Trabajo debe efectuar dos controles, el de legalidad y el de conveniencia, constituyendo ambos el presupuesto esencial de la homologación. El primero compara la cláusula negociada con las normas legales correspondientes, el segundo valora si no afecta la situación económica general o sectorial o incide negativamente en la capacidad de los consumidores. Esta norma también se aplica cuando se trata de homologar acuerdos que se anexan a un convenio existente, como en este caso. Pareciera que el control de legalidad no se hubiera efectuado correctamente ya que no se ha demostrado que la entidad sindical hubiera convocado a asamblea para discutir las reformas a proponer en el Acta, violando así el art.20, inc. b) de la ley 23.551.

Pareciera que el control de conveniencia tampoco se ha efectuado correctamente ya que, al no existir contraprestación adecuada por parte del empleador respecto del deterioro económico de los trabajadores afectados, el precio del producto se logra mediante el sudor y las lágrimas de algunos trabajadores, situación que ningún país serio aceptaría.

De ello se deduce la posibilidad de que el funcionario actuante haya incurrido en el delito previsto en el Código Penal art. 248 ("Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación especial por doble tiempo, el funcionario público que dictare resoluciones u órdenes contrarias a las constituciones o leyes nacionales o provinciales o ejecutare las órdenes o resoluciones de esa clase existentes o no ejecutare las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere"). Siendo así, cabe librar oficio a la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal para que mediante el organismo correspondiente investigue la posible comisión del mencionado delito.

Capón Filas, en minoría

Fernández Madrid y De la Fuente decidieron no efectuar denuncia alguna.

SALA VI

EXPEDIENTE Nº 8.301/98

JUZGADO Nº 3

AUTOS: "MASSOLO GUSTAVO GERARDO Y OTRO C/ TRENES DE BUENOS AIRES S.A. S/ DESPIDO".

Buenos Aires, 5 de diciembre de 2001

EL DOCTOR RODOLFO ERNESTO CAPON FILAS DIJO:

I. La apelación del demandado debe resolverse:

A. Situación del actor Massolo

a. Datos

El apelante se queja:

1. Porque la sentencia le ha reconocido diferencias salariales entre las remuneraciones percibidas como peón de limpieza y las que debiera haber devengado, dentro del convenio colectivo 163/95 E, como peón general;
2. Porque la ha condenado a pagar el plus por horas nocturnas;

3. Porque ha diferido el monto de condena a la instancia prevista en LO art. 132.

Señala, a todo evento, que, si se confirma la tesis de la sentencia, debieran descontarse de las diferencias a pagar los rubros Asistencia y Puntualidad y Adicional por Equipo, ya que tales rubros no corresponden a la categoría de peón general.

b. Valoración

b.1. Categoría laboral del actor

1. De acuerdo al art. 14 del Anexo D del convenio colectivo 163/95 E, peón general es quien realiza "tareas de limpieza, ordenamiento, transporte, trabajos generales, abastecimiento, carga y descarga de materiales, limpieza y lubricación de vehículos y trenes: y cualquier otra tarea que le sea asignada por sus superiores, propio y/o circunstancial del área a la cual es asignado".

2. Posteriormente, mediante Acta Complementaria del 30.12.1998, firmada por la Unión Ferroviaria y el demandado, obrante a fs. 130 y homologada ministerialmente el 19.04.1997, se cambia el nombre de la categoría, se reduce el salario pero no se modifican las tareas, con lo que el perjuicio económico de los trabajadores afectados es evidente. Interesa señalar que los peones afectados no han intervenido en la preparación del Acta y que el sindicato actuante no ha llamado a asamblea para considerar el proyecto de negocio, con lo que se ha violado el art. 20, inc. b) de la ley 23.551. El Acta expresa: " En la ciudad de Buenos Aires, a los 30 días del mes de diciembre de 1996, se reúnen en representación de la UNION FERROVIARIA los Señores: José A. Pedraza, Pedro Iv. Suárez, Atilio Masciotta y Raúl Cerda, en su carácter de miembros paritarios por una parte y por la otra, en representación de la empresa TRENES DE BUENOS AIRES SOCIEDAD SA los Señores: Daniel Lacoa, Rogelio Linches y Juan Martín Encira con el objeto de convenir los siguientes aspectos: Las partes entienden indispensable adecuar determinados aspectos convencionales, a la evolución de la actividad ocurrida con posterioridad a la firma del convenio colectivo de trabajo del que esta acta forma parte, acordando una apertura de categorías en el marco del anexo D del CCT Nro. 163195 "E" que le asigne certeza y seguridad jurídica al ámbito de aplicación personal oportunamente pactado. Complementando lo aquí señalado, todo acuerdo convencional como el que se suscribe, debe compatibilizar la apropiada protección de los derechos del trabajador, con el desenvolvimiento la tarea bajo pautas de eficiencia operativa y costas decrecientes, en el entendimiento que el principio de especialización, exige un marco jurídico laboral y convencional apropiado a estas necesidades específicas. A todo lo expuesto precedentemente, debe agregarse la necesidad que tienen las empresas ferroviarias de poder competir en condiciones de igualdad con aquellas empresas cuyo objeto específico es la prestación de servicios de seguridad y limpieza. para que ello sea posible, las partes entienden necesario que las pautas que regulen las relaciones laborales del personal comprendido en la presente, reflejen aquellas notas diferenciales que presentan tales actividades y por ende doten a la empresa de la competitividad necesaria. Por todo ello, las partes signatarias del presente compromiso convienen la siguiente regulación: El personal asignado a tareas de control de evasión de pasajes, seguridad y limpieza que se describe en el listado anexo al presente, quedará encuadrado a partir del 01 12 96 en las categorías cuyo contenido se define seguidamente, a los que le serán de aplicación, las disposiciones que por las especiales características del trabajo que realizan aquí se establecen... Las categorías laborales enunciadas en esta Acta Convencional o que se incorporen a ella, no deberán interpretarse como estrictamente restringidas, en lo funcional, a las definiciones que en cada caso se expresen. Las mismas deberán complementarse con los principios de polivalencia, flexibilidad, movilidad funcional y multiplicidad de tareas para el logro de una mejor productividad. En ningún caso la aplicación de estos principios podrá efectuarse de manera que comporte menoscabo de las condiciones laborales y/o salariales. El peón por equipo realiza tareas de limpieza en oficinas, cabeceras, boleterías, baños, vías, perímetro de estación, barrido y desmanchado de andenes, vaciado y lavado de cestos para residuos. Barrido en servicio en cabecera, desinfección, desinfectación, desratización y cualquier otra tarea que le sea asignada por sus superiores, propia y/o circunstancial del área a la cual es asignado. Utiliza los elementos de limpieza de acuerdo a las necesidades operativas, depositándolos al fin de cada jornada en los lugares indicados para tal fin. Realiza limpieza de fosas, baños, vestuarios y oficinas pertenecientes a talleres, lavado y alistamiento de formaciones, lavado de locomotoras. Desinfección, desratización y cualquier otra tarea que le sea asignada por sus superiores, propia y/o circunstancial del área a la cual es asignado. Realiza la limpieza y corte de pasto en áreas de vías, control de malezas mediante herbicidas, mantenimiento de canaletas y bocas de lluvia y poda correctiva de árboles y arbustos (utilizando las máquinas y/o herramientas y/o elementos de protección personal y ambiental provistas por la empresa), y cualquier otra tarea que le sea asignada por sus

superiores, propia y/o circunstancial del área a la cual es asignado. En todos los casos colabora cuando se le requiere con tareas generales y auxiliares, mantiene el orden y la limpieza en su lugar de trabajo e informa las novedades que puedan ocurrir durante su jornada de trabajo. Mantiene en custodia, limpia, lubrica y realiza el mantenimiento de las máquinas y/o herramientas bajo su responsabilidad. Junta chatarra, efectúa preparado de superficies y pintura en general”.

3. Como en autos no se ha llamado a ninguna Comisión Paritaria para que interprete la norma establecida en el art. 14 del Anexo D del convenio colectivo 163/95 E, corresponde que los tribunales la valoren.

Dado que la norma es tan amplia, flexible y polivalente, cualquiera sea la tarea desarrollada por el trabajador, es receptada en la figura, siempre que la labor sea una de las descritas en la misma. Siendo que la limpieza es una de tales tareas, el encuadre normativo realizado por el señor Juez es correcto.

El argumento se refuerza por el absurdo ya que, de no aceptarlo, solamente sería peón general el trabajador que realizara todas las modeladas en esa norma, dando como resultado algo así como un “hombre/orquesta” (limpia, ordena, transporta, realiza trabajos generales, abastece, carga y descarga materiales, limpia y lubrica vehículos y trenes y cualquier otra tarea que le sea asignada por sus superiores, atinente al área).

4. Como el trabajador ha realizado tareas de limpieza, su labor se encuadra en la de peón general. Al respecto, todos los testigos indican que el actor realizaba esas tareas, por lo que el segundo agravio es inconsistente.

5. No obstaculiza la conclusión, la circunstancia indicada en la sentencia y no contradicha en la queja de que el sindicato y el empleador hubieran celebrado un acta posterior perjudicial a los intereses de los peones. La sentencia se basa en la doctrina sentada por la Sala III de esta Cámara, en autos “Aranda c/Trenes de Buenos Aires”, del 29.09.1999. La misma señala que no luce razonable que los peones como el actor ganen menores salarios, equiparables a los trabajadores de limpieza ya que la actividad ferroviaria no compite con la desarrollada por las empresas de limpieza. La reducción salarial resulta violatoria del art. 14 bis y 16 de la C.N., y de los arts. 7, 12, 17, 666 y 81 LCT y art. 7 de la ley 14.250, “en tanto constituye una reducción salarial para sólo una categoría de trabajadores de la demandada sin que se modifiquen en modo alguno las condiciones en que se venían prestando tareas”.

Ninguno de tales argumentos ha sido criticado por el apelante quien, con su silencio, avala la razonabilidad de la conclusión.

6. Por ello, la queja en esta parte debe rechazarse.

b.11. Conducta de la Alzada ante el acta perjudicial

1. En autos se ha afirmado y probado esa acta, incluso se ha probado la homologación de la misma.

2. Ante el panorama creciente de marginación social y de exclusión, los sindicatos no debieran resignarse sino buscar “camino alternativo de desarrollo mediante la negociación colectiva y la participación en la toma de las grandes decisiones nacionales” (“Digesto Práctico La Ley, Derecho Colectivo del Trabajo”, 2001, pág. 696), mientras “la política de todo gobierno debería tener como objetivo el cumplimiento de los derechos humanos” (op.cit., pág. 723).

Ninguna de estas notas se cumplen en el Acta ya que en aras de la modernización y de la competitividad (palabras sacramentales del neoliberalismo, mediante las cuales se socializan las pérdidas y se privatizan los beneficios), reiteradas en el instrumento, se han sacrificado los derechos de los peones mientras el Estado, alegremente, homologa la pérdida salarial. Algo parecido ha ocurrido en otros convenios colectivos, lo que demuestra cómo muchos sindicatos se plegaron a las directivas gubernamentales de la anterior Administración que dejara como saldo de los “10 años que cambiaron la historia” (eslógan publicitario electoral), fábricas cerradas, aumento de la delincuencia, crecimiento de la deuda externa, depósito de capitales argentinos en el extranjero, disminución de la educación, deterioro de la salud, peajes y servicios los más caros del mundo, déficit de las condiciones y medio ambiente de trabajo, crecimiento de las quiebras y concursos, corrupción en aumento, tráfico de armas, narcotráfico, prostitución, parejas destrozadas, niños abandonados, ancianos depositados en geriátricos inmundos, tribunales abarrotados, datos todos perfectamente demostrables y recogidos por Caritas (cr. “Pobreza, desigualdad y exclusión social en la Argentina”, Bonum, Bs As, 1999), como ya expresara esta Sala en “Sociedad Argentina de Locutores c/ Stuart Carvajal Producciones SA y otro s/CCT 302/75”, sentencia del 26.09.1999, en que el dr. Horacio De la Fuente adhiriera a mi propuesta. El resultado sacramental es manifiesto en las actuales circunstancias, en las que el neoliberalismo II, mediante el Plan Noviembre 2001, asociará el Estado a las empresas con deudas, en una especie de ente bifronte, que esconde

la más cruda y lisa concentración de beneficios económicos que recuerde la historia argentina y que ya adelantara Francisco Macri (cr. "Clarín", del 24.20.2001).

3. Por ello, cuando se manifiesta un atropello al orden público por parte del sindicato, de la empresa, del Ministerio de Trabajo, esta Alzada no puede distraerse, mirar para otro lado o encerrarse en el formalismo, ya que la realidad se comprende desde el rostro del otro (Lévinas, Emmanuel, "Entre nosotros. Ensayos para pensar en otro", Pre-Textos, Valencia, 2001, pág.120) y desde el sitio de quienes sufren el atropello a sus derechos (Boff, Leonardo, "Do lugar do pobre", Vozes, Petrópolis, 1984, pág.20). Siendo así, ante este caso de atropello corresponden medidas concretas respecto del sindicato, de la empresa, del Ministerio de Trabajo.

3.1. Cabe recordar que la defensa coordinada de los intereses de los trabajadores del país entero constituye uno de los objetivos de Confederación General del Trabajo, expresamente señalada en su Estatuto, art.2,a) (cr. op. cit, pág. 2283).

Ninguna duda cabe que la conducta de la Unión Ferroviaria, al agredir los derechos de los peones de limpieza, afecta el conjunto de los trabajadores argentinos. El supremo juez, en su momento dijo que "lo que uds. hagan con los más pequeños, conmigo lo hacen". Por ello, tal vez la entidad sindical de tercer grado a la que se ha afiliado el sindicato actuante, pueda responsabilizarlo disciplinariamente (art.94). Por ello, importa remitir copia de esta sentencia a la CGT, a sus efectos.

3.2. Respecto de la empresa, cabe remitir copia de esta sentencia al Ente Coordinador del Transporte Metropolitano (ley 25.013) para que tome intervención ya que la empresa logra ventajas económicas sin compensar trabajadores y sin mejorar los servicios. Este "socialismo" criollo de privatizar ganancias y compartir pérdidas también integra el riesgo país y debe ser gubernamentalmente perseguido para lograr una imagen seria en el concierto de las naciones civilizadas.

3.3. La ley 14.250 art. 4 tercer apartado emite una directiva básica relacionada con la homologación de un convenio colectivo. La norma establece: "...Será presupuesto esencial para acceder a la homologación, que la convención no contenga cláusulas violatorias de normas de orden público o dictadas en protección del interés general, como así tampoco que la vigencia de la misma afecte significativamente la situación económica general o de determinados sectores de la actividad o bien produzca un deterioro grave en las condiciones de vida de los consumidores". De esa norma se deduce que, antes de homologar un convenio colectivo, el funcionario del Ministerio de Trabajo debe efectuar dos controles, el de legalidad y el de conveniencia, constituyendo ambos el presupuesto esencial de la homologación. El primero compara la cláusula negociada con las normas legales correspondientes, el segundo valora si no afecta la situación económica general o sectorial o incide negativamente en la capacidad de los consumidores. Esta norma también se aplica cuando se trata de homologar acuerdos que se anexan a un convenio existente, como en este caso. Pareciera que el control de legalidad no se hubiera efectuado correctamente ya que no se ha demostrado que la entidad sindical hubiera convocado a asamblea para discutir las reformas a proponer en el Acta, violando así el art.20, inc. b) de la ley 23.551.

Pareciera que el control de conveniencia tampoco se ha efectuado correctamente ya que, al no existir contraprestación adecuada por parte del empleador respecto del deterioro económico de los trabajadores afectados, el precio del producto se logra mediante el sudor y las lágrimas de algunos trabajadores, situación que ningún país serio aceptaría.

3. De ello se deduce la posibilidad de que el funcionario actuante haya incurrido en el delito previsto en el Código Penal art. 248 ("Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación especial por doble tiempo, el funcionario público que dictare resoluciones u órdenes contrarias a las constituciones o leyes nacionales o provinciales o ejecutare las órdenes o resoluciones de esa clase existentes o no ejecutare las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere"). Siendo así, cabe librar oficio a la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal para que mediante el organismo correspondiente investigue la posible comisión del mencionado delito.

b.2. Horas nocturnas

1. El señor juez hizo lugar al reclamo del actor porque el demandado no ha presentado registro alguno.

2. Esa razón no ha sido criticada por el apelante, por lo que su queja debe rechazarse.

3. Sentado ello, también debe desactivarse el argumento del demandado, referido que la flexibilidad horaria establecida en el convenio colectivo 163/95 E, porque carece de sentido referirse a un convenio que, según el mismo apelante, no se aplica al actor (fs. 461 vta., primer párrafo).

b.3. Rubros salariales a descontar

1. Dado que el argumento elaborado en la queja no ha sido presentado en la contestación de demanda, la queja no se sostiene.

2. Por ello, debe rechazarse.

B. Situación del actor Ohana

1. La declaración del testigo en que se basa la sentencia no ha sido impugnada en lo que toca a las tareas realizadas por el actor.

En tal sentido, la queja no ha analizado la impugnación oportunamente efectuada, ya que, si la hubiera releído, seguramente hubiera advertido que la misma no ha tocado ese punto.

2. Por ello, debe rechazarse.

C. Costas

1. Las mismas deben confirmarse porque el apelante ha sido vencido.

2. Por ello, la queja debe rechazarse.

D. Honorarios

1. Los mismos deben confirmarse por ser razonables.

2. Por ello, la queja no se sostiene

II. La apelación de los actores debe resolverse:

a. Tickets alimentarios

1. De acuerdo al anexo E del convenio colectivo aplicable, el ticket alimenticio es percibido por el conductor y el precondutor operativo (fs. 250). Como los actores no se han desempeñado en alguna estas categorías, no les corresponde recibirlo.

2. Por ello, la queja no se sostiene.

b. Incidencia de las diferencias salariales en los restantes rubros

Si bien la incidencia de las diferencias salariales en los restantes rubros no ha sido expresamente establecida en la sentencia, de sus considerandos se deduce claramente la misma.

c. Intereses

Corresponden desde que cada suma es debida, debiendo modificarse la sentencia a tal efecto.

d. Costas por Onaha

Dado el resultado del proceso, las mismas deben ser confirmadas.

III. Por todo lo expuesto, corresponde:

1. Rechazar la apelación del demandado.

2. Receptar parcialmente la apelación de los actores.

3. Modificar parcialmente la sentencia, estableciendo los intereses desde que cada suma es debida.

4. Imponer las costas de alzada un 90 % al demandado y un 10% a los actores.

5. Sobre los honorarios de primera instancia, regular los de segunda en los siguientes porcentajes: 30% para la letrada de los actores, 25% para el letrado del demandado.

6. Remitir copia de esta sentencia a la CGT, a sus efectos.

7. Remitir copia de esta sentencia al Ente Coordinador del Transporte Metropolitano, a sus efectos.

8. Librar oficio a la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal para que mediante el organismo correspondiente investigue la posible comisión del delito de violación de los deberes del funcionario público por parte de quien homologara el Acta de referencia.

IV) Así voto.

EL DOCTOR JUAN CARLOS FERNANDEZ MADRID DIJO:

Con excepción de lo referido en el párrafo "Conducta de la Alzada ante el acta perjudicial" y consecuentemente a las comunicaciones propiciadas en los puntos 6, 7, 8 de la parte resolutive del voto comparto la solución propiciada por el Dr. Capón Filas.

EL DOCTOR HORACIO HECTOR DE LA FUENTE DIJO:

Que adhiere al voto del Dr. Fernández Madrid.

En atención al resultado del presente acuerdo, EL TRIBUNAL RESUELVE: I) Modificar el fallo apelado, y establecer los intereses desde que cada suma es debida. II) Confirmar en lo restante que decide. III) Imponer las costas de alzada en un 90% a cargo del demandado y un 10% a los actores. IV) Regular los honorarios de segunda instancia en el 30% para la letrada de los actores y en el 25% para el letrado del demandado, respectivamente de lo que les corresponde percibir por su labor en la anterior etapa.

Cópiese, regístrese, notifíquese y vuelvan.

Acuerdo negocial que rebaja niveles de convenio colectivo

Temas:

Nulidad de la rebaja de niveles logrados en convenio colectivo

Interpretación de la realidad desde el lugar de la víctima

Inconducta de la Unión Ferroviaria y posibilidad de ser sancionada por la CGT

Denuncia penal de la inconducta del Ministerio de Trabajo

Información a la OIT de la inconducta del Ministerio de Trabajo

Resumen:

Ante el panorama creciente de marginación social y de exclusión, los sindicatos no debieran resignarse sino buscar "camino alternativo de desarrollo mediante la negociación colectiva y la participación en la toma de las grandes decisiones nacionales" (Digesto Práctico La Ley, Derecho Colectivo del Trabajo, 2001, pág. 696), mientras "la política de todo gobierno debería tener como objetivo el cumplimiento de los derechos humanos" (op.cit., pág. 723) Cuando se manifiesta un atropello al orden público por parte del sindicato, de la empresa, del Ministerio de Trabajo, esta Alzada no puede distraerse, mirar para otro lado o encerrarse en el formalismo, ya que la realidad se comprende desde el rostro del otro (Lévinas, Emmanuel, Entre nosotros. Ensayos para pensar en otro, Pre-Textos, Valencia, 2001, pág.120) y desde el sitio de quienes sufren el atropello a sus derechos (Boff, Leonardo, Do lugar do pobre, Vozes, Petrópolis, 1984, pág.20). Siendo así, ante este caso de atropello corresponden medidas concretas respecto del sindicato, de la empresa, del Ministerio de Trabajo.

Cabe recordar que la defensa coordinada de los intereses de los trabajadores del país entero constituye uno de los objetivos de Confederación General del Trabajo, expresamente señalada en su Estatuto, art.2,a) (cr. op. cit, pág. 2283).

Ninguna duda cabe que la conducta de la Unión Ferroviaria, al agredir los derechos de los peones de limpieza, afecta el conjunto de los trabajadores argentinos. El supremo juez, en su momento dijo que "lo que uds. hagan con los más pequeños, conmigo lo hacen".

Por ello, tal vez la entidad sindical de tercer grado a la que se ha afiliado el sindicato actuante, pueda responsabilizarlo disciplinariamente (art.94). Por ello, importa remitir copia de esta sentencia a la CGT, a sus efectos.

Respecto de la empresa, cabe remitir copia de esta sentencia al Ente Coordinador del Transporte Metropolitano (ley 25.013) para que tome intervención ya que la empresa logra ventajas económicas sin compensar trabajadores y sin mejorar los servicios. Este "socialismo" criollo de privatizar ganancias y compartir pérdidas también integra el riesgo país y debe ser gubernamentalmente perseguido para lograr una imagen seria en el concierto de las naciones civilizadas.

La ley 14.250 art. 4 tercer apartado emite una directiva básica relacionada con la homologación de un convenio colectivo. La norma establece: "...Será presupuesto esencial para acceder a la homologación, que la convención no contenga cláusulas violatorias de normas de orden público o dictadas en protección del interés general, como así tampoco que la vigencia de la misma afecte significativamente la situación económica general o de determinados sectores de la actividad o bien produzca un deterioro grave en las condiciones de vida de los consumidores". De esa norma se deduce que, antes de homologar un convenio colectivo, el funcionario del Ministerio de Trabajo debe efectuar dos controles, el de legalidad y el de conveniencia, constituyendo ambos el presupuesto esencial de la homologación. El primero compara la cláusula negociada con las normas legales correspondientes, el segundo valora si no afecta la situación económica general o sectorial o incide negativamente en la capacidad de los consumidores. Esta norma también se aplica cuando se trata de homologar acuerdos que se anexan a un convenio existente, como en este caso. Pareciera que el control de legalidad no se hubiera efectuado correctamente ya que no se ha demostrado que la entidad sindical hubiera convocado a asamblea para discutir las reformas a proponer en el Acta, violando así el art.20, inc. b) de la ley 23.551.

Pareciera que el control de conveniencia tampoco se ha efectuado correctamente ya que, al no existir contraprestación adecuada por parte del empleador respecto del deterioro económico de los trabajadores afectados, el precio del producto se logra mediante el sudor y las lágrimas de algunos trabajadores, situación que ningún país serio aceptaría.

De ello se deduce la posibilidad de que el funcionario actuante haya incurrido en el delito previsto en el Código Penal art. 248 ("Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación especial por doble tiempo, el funcionario público que dictare resoluciones u órdenes contrarias a las constituciones o leyes nacionales o provinciales o ejecutare las órdenes o resoluciones de esa clase existentes o no ejecutare las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere"). Siendo así, cabe librar oficio a la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal para que mediante el organismo correspondiente investigue la posible comisión del mencionado delito.

Capón Filas, en minoría

Fernández Madrid y Horacio de la Fuente decidieron no efectuar denuncia alguna.

Caso 15 Convenio colectivo perjudicial aprobado por asamblea y homologado

Que el nuevo convenio logrado deje sin efecto "casi la totalidad del convenio colectivo aplicable hasta el momento" es un argumento serio, que, de haber sido bien desarrollado, tal vez hubiera impedido la homologación del acuerdo, pero no obliga a esta Alzada ya que no ha sido expuesto en forma tal que deba ser atendido. Nadie puede descuidar que la lógica procesal, cercada por el principio de congruencia, indica que el Juez no puede suplantar a las partes en la defensa de sus intereses. Quien haya leído mis obras conoce perfectamente que cuestiono los convenios perjudiciales y quien haya leído mis votos, cuando el argumento fue desarrollado en su real dimensión, puede pronosticar un resultado distinto al que expresaré en este proceso, porque no comparto la tesis de varios autores, entre ellos Liliana Teresita Negre de Alonso quien no manifiesta reparo alguno en que la situación crítica de la empresa desactive el convenio colectivo vigente (cr. Contratos laborales en la quiebra, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001, pág.118).

Pese a ello, no existe contradicción alguna: lo que sucede en este caso es que el argumento no fue desarrollado por la parte, ante lo cual no puedo, como autor o como juez, suplantar su actividad, porque la modernidad "líquida" no logra erosionar la modernidad "sólida" de la Constitución en la que tanto el derecho de los actores a condiciones dignas de trabajo como el derecho de defensa del demandado ocupan un importante lugar, impidiendo sentencias arbitrarias. Se recompone así la relación entre capital, trabajo y Estado, denominada por Bauman "trinidad laboral" (Modernidad líquida, FCE, Bs.As. 2002 pág. 149).

En este proceso, la decisión que se dicte no puede prescindir de que la acción de los actores estuvo fundamentalmente dirigida a impedir la homologación del convenio (fs. 32vta. XVIII, 3º punto). Dado que este acuerdo fue homologado el 28.04.2003 por la Dra. Noemí Rial (ver fs. 185), la sentencia no puede descuidar que la decisión gubernamental que se quiso impedir ya se consumó (C.P.C.C.N., art. 163, 6º).

Capón Filas, adhesión de De la Fuente

EXPTE. Nº 14.449/02

JUZGADO Nº 78

AUTOS: "HIDALGO NORA GABRIELA Y OTROS C/ASOCIACION ARGENTINA DE AERONAVEGANTES S/ACCION DE AMPARO"

Buenos Aires, 7 de noviembre de 2003

Sentencia 56660

EL DOCTOR RODOLFO ERNESTO CAPON FILAS DIJO:

I. La apelación de los actores debe resolverse:

A. Elementos

a. Marco histórico

1. Aerolíneas Argentinas era una de las empresas aéreas mejor "rankeadas" (valga el anglicanismo) del mundo y había recibido varios premios internacionales tanto por la seguridad de los vuelos como por la puntualidad de los mismos. Aerolíneas Argentinas, tal como se la conoce, se constituyó en 1949, pero su predecesora, FAMA (Flota Aérea Mercante Argentina), ya operaba en el país desde hacía ya varios años. Entre sus hitos están el de ser la primera línea aérea en operar jets en el Atlántico Sur (De Havilland Comet, 1959), el de tener la primera flota compuesta totalmente por jets en Latinoamérica y el de ser la primera línea aérea en volar transantárticamente, en 1980. Austral, por su parte, fue el resultado de la unión de la línea aérea rosarina Aerotransportes Litoral Argentino (ALA), fundada en 1956, y Austral, Compañía Argentina de Transportes Aéreos, fundada en 1957. En 1966 firman los primeros acuerdos comerciales, que darían nacimiento, para el año 1971 a Austral Líneas Aéreas. A fines de los 70 Austral fue estatizada, para mantener el monopolio estatal con Aerolíneas, pero en 1985, fue privatizada nuevamente, pasando a pertenecer al grupo Cielos del Sur S.A. A fines de 1990, el consorcio formado por el grupo Iberia, de España y Cielos del Sur, gana la privatización de Aerolíneas Argentinas. Para ello intervino la Corte Suprema de Justicia mediante el primer per saltum, en "Dromi" (Fallos 313:630, 1990), argumentando "gravedad institucional", lo que llevó a considerar que medidas semejantes bien pueden ser "receptáculos de las quejas de los gobiernos de turno" (Alejandro Carrió y Alberto Garay, La jurisdicción per saltum de la Corte Suprema. Su estudio a partir del caso Aerolíneas Argentinas, Abeledo-Perrot, Bs.As., 1991, pág. 78) o causadas por "intereses sociales o económicos con capacidad de presión" (María Angélica Gelli, Constitución de la Nación Argentina, Comentada y concordada, La Ley, 2ª ed., Bs.As. pág. 828).

Allí comenzó un proceso de unificación de empresas, que llevó a cancelar rutas. En 1999, Austral se muda de su sector propio en el Aeroparque, al de Aerolíneas, marcando el momento culminante del proceso. Actualmente, aunque jurídicamente son dos empresas separadas, la realidad muestra que integran una sola, dado que aviones de Aerolíneas vuelan

a ciudades en que técnicamente no opera ella, y viceversa. El año 2001 no encontró en ARSA/Austral en su mejor momento, ya que su deuda cercana a los 1000 millones de dólares casi provoca la quiebra de la empresa. Tras meses de negociaciones entre la SEPI y los sindicatos, finalmente la primera decidió venderla al Grupo Marsans, también de origen español.

2. Aerolíneas Argentinas, por su parte, se presenta en concurso preventivo de acreedores a mediados del 2001, lo que hace caer el convenio colectivo vigente.

3. Este pequeño recuerdo histórico, tal como lo hiciera en "PIUTRIN JULIO RENE C/Y.P.F. YACIMIENTOS PETROLIFEROS FISCALES S.A. Y OTRO S/PART.ACCIONARIADO OBRERO", del 10.05.1999, simplemente sirve para que ese telón de fondo no se evanezca de nuestra retina, cualquiera fuese el resultado de este proceso.

b. Convenio de salida de la situación

b.1. Asamblea sindical del 15.02.2002

1. El convenio colectivo firmado con Aerolíneas Argentinas fue ratificado por la asamblea sindical del 15.02.2002.

2. Los defectos de forma que en ella pudiesen manifestarse no fueron impugnados por los actores en aquel momento, con lo que cuestionarla ahora, en este amparo, luce fuera de término. No se trata en el caso de averiguar si existen vías alternativas a la acción de amparo sino de comprobar si existen otras más rápidas y eficaces, ya que el art. 43 de la Constitución ha cambiado el enfoque tradicional al respecto. Como indicaran Patricio M.E. Sammartino y Fabián O. Canda, en El núcleo vital del amparo en la Constitución Reformada (JA 06/11/96), la inmediatez con que se debe conferir la tutela amparista, responde a un presupuesto fáctico jurídico propio de esta acción: la urgencia objetiva. Esta, a su vez, remite a la idea de daño cierto, concreto, grave, irreparable, que se irrogaría sobre los derechos enumerados en el art. 43 de CN, si éstos no fueron restablecidos prontamente. Lo irreparable en el ámbito amparista conduce a la idea de imposibilidad de restituir, restablecer, salvaguardar, preservar in natura el derecho que se denuncia violentado. La existencia en abstracto no funciona sino depende, en cada caso, de la situación concreta de cada demandante, cuya evaluación es propia del tribunal. En efecto, el amparo será vía más idónea en tanto y en cuanto de la concreta naturaleza del caso, nacida de las circunstancias de persona, tiempo y lugar, se derive que la remisión a las vías procesales establecidas por las normas adjetivas no otorgan protección adecuada, útil, a los derechos. Ciertamente, la determinación en el caso concreto de que el amparo es la vía más idónea para salvaguardar el derecho lesionado por un obrar notoriamente ilegítimo, exige, por parte del juzgador, un pronóstico objetivo de previsibilidad en torno de la inutilidad y consecuentemente ineficacia de los medios judiciales comunes. Sentado ello, cuestionar dicha asamblea mediante una acción de amparo iniciada varios meses después de realizada, carece de lógica porque a nada conduce. Tal vez otro hubiera sido el resultado si dicha asamblea hubiese sido cuestionada en tiempo y forma adecuados. Como enseñara Jacques Leclercq, profesor de Lovaina: "El derecho humano es un poder moral de acción pero dentro del orden" (cr. El Derecho y la Sociedad, Herder, Barcelona, 1965, pág.239). Ese deber moral de actuar dentro del orden (en tiempo justo y mediante una acción oportuna) no fue cumplido por los actores, por lo que carece de sentido quejarse ahora por una asamblea, en la que, incluso, algunos de los quejosos participaron.

b.2. Comisión Directiva y Asamblea

1. El argumento de que la Comisión Directiva no está habilitada para negociar en soledad un convenio colectivo o para modificar el vigente, menoscaba que en este caso las actuaciones han sido avaladas por la asamblea, por lo que el argumento no obliga a esta Alzada a modificar lo resuelto.

2. En momentos de in-certidumbre, en los que "todo vale" interesa recordar Cambalache ("Siglo XX Cambalache, problemático y febril...dale que va, todo es igual, da lo mismo un burro que un gran profesor"). Este tango, si bien no fue el primero en señalar la situación individualista argentina, ya que el maestro Eduardo Giorlandini señala denuncias anteriores, indica, a contrario sensu, que para ordenar la vida se debe colocar cada elemento en su lugar. La privatización de Aerolíneas, tal como se desprende de lo anterior, fue un procedimiento cambalachero y perjudicial para la Nación Argentina, aunque sus principales protagonistas sigan libres por las calles sin ninguna señal de remordimiento.

3. Mal que les pese a los actores, en situaciones críticas como la de Aerolíneas (dejando de lado la responsabilidad personal de sus directivos), desaparece el convenio vigente hasta ese momento y surge fuertemente la nuda ley de contrato de trabajo con todas las nefastas consecuencias detalladas en el agravio. Sentado ello, tales consecuencias no se concretaron

porque el convenio negociado, en reemplazo del anterior, fue aprobado por asamblea. Sin duda, hubiera sido mejor que la asamblea o la comisión negociadora hubieran intervenido desde el principio en la negociación pero en estos tiempos de "modernidad líquida", importa el resultado (cr. Zigmunt Bauman Modernidad líquida, FCE, Bs.As. 2002, pág. 10) Como razona el señor Juez; más vale ceder algo para no perder todo, argumento "líquido" que en lo personal no comparto pero que debo funcionalmente aceptar por no haber sido cuestionado por los actores. Y el no haber perdido "todo" se logró por la autorización posterior de la asamblea, con lo cual los trabajadores no quedaron des-protegidos, o como gráficamente describen los actores, no fueron objetos del "tiro al pato".

4. La dis-paridad entre los asistentes a la asamblea y el número de trabajadores de la empresa, como argumento sociológico intrigaría a Bauman y tal vez debiera preocupar a los órganos directivos sindicales, pero no incide en el resultado logrado ya que la asamblea ha válidamente aprobado el convenio.

### b.3. Contenido del convenio

1. Que el nuevo convenio logrado deje sin efecto "casi la totalidad del convenio colectivo aplicable hasta el momento" es un argumento serio, que, de haber sido bien desarrollado, tal vez hubiera impedido la homologación del acuerdo, pero no obliga a esta Alzada ya que no ha sido expuesto en forma tal que deba ser atendido. Nadie puede descuidar que la lógica procesal, cercada por el principio de congruencia, indica que el Juez no puede suplantar a las partes en la defensa de sus intereses. Quien haya leído mis obras conoce perfectamente que cuestiono los convenios perjudiciales y quien haya leído mis votos, cuando el argumento fue desarrollado en su real dimensión, puede pronosticar un resultado distinto al que expresaré en este proceso. Porque no comparto la tesis de varios autores, entre ellos Liliana Teresita Negre de Alonso quien no manifiesta reparo alguno en que la situación crítica de la empresa desactive el convenio colectivo vigente (cr. Contratos laborales en la quiebra, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001, pág.118).

2. Pese a ello, no existe contradicción alguna: lo que sucede en este caso es que el argumento no fue desarrollado por la parte, ante lo cual no puedo, como autor o como juez, suplantar su actividad, porque la modernidad "líquida" no logra erosionar la modernidad "sólida" de la Constitución en la que tanto el derecho de los actores a condiciones dignas de trabajo como el derecho de defensa del demandado ocupan un importante lugar, impidiendo sentencias arbitrarias. Se recompone así la relación entre capital, trabajo y Estado, denominada por Bauman "trinidad laboral" (op. cit pág. 149).

### b.4. Homologación del acuerdo

En este proceso, la decisión que se dicte no puede prescindir de que la acción de los actores estuvo fundamentalmente dirigida a impedir la homologación del convenio (fs. 32vta. XVIII, 3º punto). Dado que este acuerdo fue homologado el 28.04.2003 por la Dra. Noemí Rial (ver fs. 185), la sentencia no puede descuidar que la decisión gubernamental que se quiso impedir ya se consumó (C.P.C.C.N., art. 163, 6º).

## B. Decisión

Por todo ello, corresponde: 1. Rechazar la apelación de los actores. 2. Confirmar la sentencia. 3. Imponer las costas de alzada a los actores. 4. Sobre los honorarios de primera instancia regular los de segunda en el 25% para el letrado de los actores y en el 30% para los letrados del demandado.

Así voto.

EL DOCTOR HORACIO HECTOR DE LA FUENTE DIJO:

Comparto el voto que antecede por los fundamentos expuestos en los puntos b1, b2.1,3 y 4,

Caso 16.Práctica desleal por negarse a negociar

Resumen de la sentencia

Palabras claves: Práctica desleal, Ley penal más benigna

Posición de la mayoría (Fernández Madrid, De la Fuente)

No es propio de la negociación colectiva que las partes, meramente rechacen una propuesta, la cual debe ser obligatoriamente discutida como lo requiere la normativa vigente. Por tanto, la Cámara empresarial demandada ha incurrido en práctica desleal conforme los términos de la ley 23546, con las modificaciones de la 25250. La multa que corresponde aplicar la estimo en el 10% de la masa salarial de las empresas afiliadas a la Cámara demandada, con relación al mes de Septiembre de 2002, con lo que queda resuelto el recurso de la parte actora. Asimismo, se dispone que la Cámara demandada deberá cesar en su conducta y negociar la modificación del CCT en cuestión, dentro de los 20 días de quedar firme el presente pronunciamiento, bajo apercibimiento de incrementar la multa dispuesta en un 10% por cada cinco días de mora en acatar la decisión judicial

Posición de la minoría (Capón Filas)

a. La sentencia de primera instancia condena a la Cámara empresarial demandada porque se ha negado a negociar con la entidad sindical actora. Le impone una sanción por práctica desleal consistente en "una multa equivalente al 20% provenientes de las cuotas que deben pagar los afiliados al mes de septiembre de 2002, art. 55 ley de asociaciones sindicales".

b. La parte demandada se queja porque no ha existido práctica desleal alguna.

La parte actora apela pretendiendo que la multa comprenda las cuotas sindicales que deben pagar los afiliados y no afiliados, y además las cuotas destinadas a fines mutuales todo esto de acuerdo al art. 63 del Convenio Colectivo 150/75. El art. 55 de la ley 23.551 dispone que la multa "será fijada razonablemente por el juez hasta un máximo del equivalente al 20% de los ingresos provenientes de las cuotas que deban pagar los afiliados en el mes que se cometió la infracción"

c. Al momento del hecho que da lugar a la sanción (septiembre de 2002) se encontraba vigente la ley 25.250 que en su art. 14 agregó al art. 4 de la ley 23.546 el siguiente texto: "...El Tribunal dispondrá el cese inmediato del comportamiento obstructivo del deber de negociar de buena fe y podrá además sancionar prudente y razonadamente a la parte incumplidora, con una multa de hasta un máximo equivalente al veinte por ciento (20 %) del total de la masa salarial del mes en que se produce el hecho, de los trabajadores comprendidos en el ámbito personal de la negociación. Si la parte infractora mantuviera su actitud y no cesara en su incumplimiento, el importe de la sanción se incrementará en un diez por ciento (10%) por cada cinco (5) días de mora en acatar la decisión judicial. En el supuesto de reincidencia el máximo previsto en el presente artículo podrá elevarse hasta el equivalente al cien por ciento (100%) de esos ingresos. Sin perjuicio de ello, el juez, a petición de parte, podrá también aplicar lo dispuesto por el artículo 666 del Código Civil. Todos los importes que así se devenguen tendrán como exclusivo destino programas de capacitación laboral emanados del Ministerio de Trabajo, Empleo y Formación de Recursos Humanos y al Fondo de Desempleo en la proporción que fije la reglamentación de la presente ley. Cuando la práctica desleal fuera reparada mediante el cese de los actos motivantes dentro del plazo que al efecto establezca la decisión judicial, el importe de la sanción podrá reducirse hasta el cincuenta por ciento (50%)".

d. Como la ley 25.887, vigente al momento de la sentencia de primera instancia, derogó la ley 25.250, ésta no puede aplicarse porque de acuerdo con el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos " Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello", es decir el empleador se beneficia por la aplicación de la ley penal más benigna- en el caso la derogación de la ley 25.250-; en consecuencia la multa no puede ser superior al "equivalente al 20% de los ingresos provenientes de las cuotas que deban pagar los afiliados en el mes que se cometió la infracción" ( art. 53 de la ley 23.551)

e.. Dado que la Cámara demandada ha violentado 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.

SALA VI

EXPTE. N° 24.810/03

AUTOS: "FEDERACION OBRERA CERAMISTA DE LA REPUBLICA ARGENTINA C/CAMARA DE FABRICANTES DE ARTEFACTOS SANITARIOS DE CERAMICA S/ JUICIO SUMARISIMO"

Sentencia 58.031

Buenos Aires, 5 de mayo de 2005

EL DOCTOR JUAN CARLOS FERNANDEZ MADRID DIJO:

I. La sentencia de primera instancia ha sido apelada por ambas partes. La actora apela a fs. 298/299 y la demandada lo hace a fs. 300/305.

II. En primer lugar trataré la queja de la demandada. Se sostiene a fs. 300/vta. que la Cámara demandada se presentó a discutir un nuevo convenio de actividad, actuación que fue motivo de un primer archivo por haber perdido actualidad el tema en discusión. Luego, el expediente fue desarchivado en función de que la FOCRA resolvió "per se" una modificación en el modo de calcular el adicional estipulado por el artículo 63 incs. a) y b) del CCT 150/75, elevando el porcentaje del aporte de los trabajadores a la FOCRA al 1% sobre los ingresos de estos últimos, por lo que -sostiene- que lo que se está juzgando no es comportamiento paritario de la Cámara Empresarial sino, exclusivamente, la pretensión de FOCRA de imponerle a esta rama de la producción el incremento de un adicional de convenio que habría acordado con las restantes cámaras de la actividad.

Esta circunstancia no excluye ni justifica el comportamiento de la demandada, quien, si no estaba de acuerdo con la petición debió igualmente "sentarse a negociar" y plantear su disconformidad. En este tema, carece de importancia que la discusión fuera relativa a una modificación parcial del convenio o a una modificación total del mismo, puesto que la buena fe negocial es exigible en todos los casos.

Por lo demás, considero insostenible lo que se afirma acerca de la conducta que debió seguir la actora con motivo del dictamen técnico legal de la asesoría del Ministerio de Trabajo, ya que la misma parte reconoce que en dicho dictamen se expresó que si las partes no comparecían, de considerarlo pertinente, podrían iniciar acciones ante la Justicia Nacional del Trabajo.

Por otra parte, la presentación de la Cámara, manifestando estar en desacuerdo con el incremento del aporte, no purga la deficiencia derivada de su falta de presentación, pues no es propio de la negociación colectiva que las partes, meramente rechacen una propuesta, la cual debe ser obligatoriamente discutida como lo requiere la normativa vigente.

Por tanto, entiendo que la demandada ha incurrido efectivamente en una práctica desleal conforme los términos de la ley 23546, con las modificaciones de la 25250. La multa que corresponde aplicar la estimo en el 10% de la masa salarial de las empresas afiliadas a la Cámara demandada, con relación al mes de Septiembre de 2002, con lo que queda resuelto el recurso de la parte actora.

Asimismo, se dispone que la Cámara demandada deberá cesar en su conducta y negociar la modificación del CCT en cuestión, dentro de los 20 días de quedar firme el presente pronunciamiento, bajo apercibimiento de incrementar la multa dispuesta en un 10% por cada cinco días de mora en acatar la decisión judicial

Propongo que las costas se impongan a la demandada en ambas instancias (art. 68 CPCCN) y estimo los honorarios de la representación y patrocinio letrado de la parte actora y demandada, por sus actuaciones en ambas instancias, en el 18% y 13% respectivamente sobre el capital de condena que deberá establecer el perito contador conforme las pautas anteriormente señaladas.

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 por la actora y la demandada, 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, Bs. As, 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 des-igualdades 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 Sistemática, 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, consolidaríamos 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 vigilica 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

La sentencia condena a la Cámara empresarial demandada porque se ha negado a negociar con la entidad sindical actora. Le impone una sanción por práctica desleal consistente en "una multa equivalente al 20% provenientes de las cuotas que deben pagar los afiliados al mes de septiembre de 2002, art. 55 ley de asociaciones sindicales".

La parte demandada se queja porque no ha existido práctica desleal alguna.

La parte actora apela pretendiendo que la multa comprenda las cuotas sindicales que deben pagar los afiliados y no afiliados, y además las cuotas destinadas a fines mutuales todo esto de acuerdo al art. 63 del Convenio Colectivo 150/75.

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 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. 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 OIT 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 existencial 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 OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, primer considerando), a la negociación colectiva (Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), art.23; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), art.8; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), art.22; Pacto de San José de Costa Rica sobre Derechos Humanos (1969), art.26 Declaración Sociolaboral del Mercosur (1998), art.10; Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, art.2,inc.a)

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 negociación colectiva (CN art.14 bis)

Supra-legales:

Declaración Sociolaboral del Mercosur, primer considerando, art.10; Declaración de la OT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, primer y cuarto considerandos, art.2, inc.a); Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 9.

Legales:

En este caso se hallan comprometidas las siguientes:

Régimen Sindical (ley 23.551) (BO 22.04.1988), art.53 y concordantes

Ley 25250 (BO 29.05.2000) art. 14, vigente en septiembre de 2002, derogada posteriormente por el art. 1 de la ley 25887 (BO 19.03.2004).

b.4. Valoración concreta

10.Dada la realidad descripta en el voto precedente, (conducta de la Cámara empresarial de no disponerse a negociar con la entidad sindical), cabe tener presente que en materia de negociación colectiva, mediante la ley 25250, posteriormente derogada por la ley 25.887, existían dos vías legales alternativas, a disposición de la parte afectada.

A. Iniciar la querrela por práctica desleal enunciada por la ley 23.551, art.53 y por la ley 25250, art.14 que agregó al art.4 de la ley 23.546 el siguiente texto: "Agrégase al artículo 4º de la ley 23.546, el siguiente texto:" 3. Las partes están obligadas a negociar de buena fe, lo que implica: a) La concurrencia a las reuniones fijadas de común acuerdo o por los organismos o terceros que las convoquen en el marco de los procedimientos de solución de conflictos previstos en el artículo anterior. b) La designación de negociadores con mandato suficiente. c) El intercambio de la información necesaria a los fines del examen de las cuestiones en debate para entablar una discusión fundada y obtener un acuerdo fructífero y equilibrado. En especial las partes están obligadas a intercambiar la información relacionada con la distribución de los beneficios de la productividad y la evolución reciente y futura del empleo. d) La realización de reales esfuerzos conducentes a lograr acuerdos. 4. En la negociación colectiva entablada al nivel de la empresa cuya dotación supere los 40 trabajadores, dicho intercambio alcanzará, además, a las informaciones relativas a los siguientes temas: a) situación económica de la empresa, del sector y del entorno en el que aquélla se desenvuelve; b) costo laboral unitario e indicadores de ausentismo; c) innovaciones tecnológicas y organizacionales previstas; d) organización, duración y distribución del tiempo de trabajo; e) siniestralidad laboral y medidas de prevención; f) planes y acciones en materia de formación ocupacional. 5. Debe entenderse que la obligación de negociar de buena fe subsiste en los casos de procedimientos preventivos de crisis de empresa y en los procesos concursales, lo que implica: A) Antes o durante la tramitación de un procedimiento preventivo de crisis, regulado en el Capítulo VI del Título III de la ley 24.013, la empresa que lo inste deberá informar a sus trabajadores y a la representación sindical de los mismos acerca de las causas y consecuencias de dicha crisis. Asimismo, una vez abierto el procedimiento, la empresa deberá informar a la representación sindical de sus trabajadores acerca de las materias que siguen: a) Mantenimiento de empleo. b) Movilidad funcional, horaria o salarial. c) Inversiones, innovación tecnológica, reconversión productiva

y cambio organizacional. d) Recalificación y formación profesional de la mano de obra empleada en la empresa. e) Recolocación interna o externa de los trabajadores excedentes y régimen de ayuda a la recolocación. f) Aportes convenidos al Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones. g) Ayuda para la creación de emprendimientos productivos por parte de los trabajadores excedentes. B) En la negociación del convenio colectivo de crisis prevista en el artículo 20 de la ley 24.522, la empresa informará a la representación sindical de sus trabajadores acerca de las siguientes circunstancias: a) causas de la crisis y sus repercusiones sobre el empleo; b) situación económico-financiera de la empresa y del entorno en que se desenvuelve; c) propuestas de acuerdo con los acreedores; d) rehabilitación de la actividad productiva; e) renuncia a privilegios laborales.6. Quienes reciban información calificada de confidencial por la empresa como consecuencia del cumplimiento por parte de ésta de los deberes contemplados en este artículo están obligados a guardar secreto acerca de la misma.7. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 53 a 55 de la ley 23.551, será considerada práctica desleal y contraria a la ética de las relaciones profesionales del trabajo, por parte de los empleadores, de las asociaciones profesionales que los representen o de las asociaciones sindicales, la de rehusarse injustificadamente a negociar colectivamente de buena fe con la asociación sindical, el empleador o la organización de empleadores legitimados para hacerlo o provocar dilaciones que tiendan a obstruir el proceso de negociación. En tal caso la parte afectada por el incumplimiento podrá promover querrela por práctica desleal ante el Tribunal competente, mediante el proceso sumarísimo establecido en el Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Nación. El Tribunal dispondrá el cese inmediato del comportamiento obstructivo del deber de negociar de buena fe y podrá además sancionar prudente y razonadamente a la parte incumplidora, con una multa de hasta un máximo equivalente al veinte por ciento (20 %) del total de la masa salarial del mes en que se produce el hecho, de los trabajadores comprendidos en el ámbito personal de la negociación. Si la parte infractora mantuviera su actitud y no cesara en su incumplimiento, el importe de la sanción se incrementará en un diez por ciento (10%) por cada cinco (5) días de mora en acatar la decisión judicial. En el supuesto de reincidencia el máximo previsto en el presente artículo podrá elevarse hasta el equivalente al cien por ciento (100%) de esos ingresos. Sin perjuicio de ello, el juez, a petición de parte, podrá también aplicar lo dispuesto por el artículo 666 del Código Civil. Todos los importes que así se devenguen tendrán como exclusivo destino programas de capacitación laboral emanados del Ministerio de Trabajo, Empleo y Formación de Recursos Humanos y al Fondo de Desempleo en la proporción que fije la reglamentación de la presente ley. Cuando la práctica desleal fuera reparada mediante el cese de los actos motivantes dentro del plazo que al efecto establezca la decisión judicial, el importe de la sanción podrá reducirse hasta el cincuenta por ciento (50%). La promoción de la querrela por violación al deber de negociar de buena fe no suspende el plazo de negociación convencional que hayan acordado las partes o se haya establecido por ley".

+ Iniciar la acción sumarísima por violación de la buena fe, alternativa a la práctica desleal, dispuesta por el art.4 de la ley 23.546 (BO 05.01.1998), modificada por la ley 25.250: "e) Cuando alguna de las partes, se rehusare injustificadamente a negociar colectivamente vulnerando el principio de buena fe, en los términos del inciso a), la parte afectada por el incumplimiento podrá promover una acción judicial ante el tribunal laboral competente, mediante el proceso sumarísimo establecido en el artículo 498 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, o equivalente de los Códigos Procesales Civiles provinciales. El tribunal dispondrá el cese inmediato del comportamiento violatorio del deber de negociar de buena fe y podrá, además, sancionar a la parte incumplidora con una multa de hasta un máximo equivalente al VEINTE POR CIENTO (20%) del total de la masa salarial del mes en que se produzca el hecho, correspondiente a los trabajadores comprendidos en el ámbito personal de la negociación"

Dado que la ley 25.250 que establecía la doble vía ha sido derogada por la ley 25.887, la mencionada dualidad ya no existe.

12. En este caso, se trata de resolver la primera de las vías procesales, la de la "querrela por práctica desleal", no la segunda, la acción alternativa.

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 desleales ya que violan la ética de las relaciones profesionales.

La norma del art.53 de la ley 23.551 describe las mismas en un catálogo que debe

reputarse cerrado porque la consecuencia prevista es una multa (art.55) ante lo cual se impone la tipicidad.

Los elementos de la práctica des/leal(PD) son los siguientes:

agente social (As);abuso del poder (Ap);violación de la libertad sindical (VIs)

Puede formularse: PD = As + Ap + VIs

La descripción típica es la siguiente:

A. Conductas obstructivas: 1. Dificultar la afiliación de los trabajadores (inc. c).2. Impedir la afiliación de los trabajadores (inc. c). 3. Discriminar por razones sindicales (inc. j).

B. Conductas violatorias: 4. Rehusar la negociación colectiva (inc.f). 5. Dilatar el proceso negociador (inc.f).6. Reprimir por haber ejercido derechos sindicales (inc.e).7. Despedir, suspender, modificar las condiciones de trabajo para impedir o dificultar los derechos sindicales (inc.i).8. No proporcionar la nómina de los trabajadores para impedir la elección de Delegado (inc.k).

9. No reservar el puesto a quien goza de licencia gremial (inc.h). 10.No re/incorporar a quien ha agotado la licencia gremial (inc.h). 11.Despedir,suspender,modificar las condiciones de trabajo de quienes gozan de licencia gremial (salvo que la decisión se base en causas generales o simultáneas (inc.i).

C. Conductas de influencia: 12.Subvencionar asociaciones sindicales (inc.a).

13.Interferir en la constitución, organización o acción de asociaciones sindicales (inc.b).14.Auspiciar la afiliación a determinada asociación (inc.d).

13. Naturaleza de la sanción: Dado que la práctica desleal es sancionada con multa, nos encontramos frente a las consecuencias establecidas en el derecho penal laboral.

14 Ley aplicable:

1. El art. 55 de la ley 23.551 dispone que la multa "será fijada razonablemente por el juez hasta un máximo del equivalente al 20% de los ingresos provenientes de las cuotas que deban pagar los afiliados en el mes que se cometió la infracción"

2. Al momento del hecho que da lugar a la sanción (septiembre de 2002) se encontraba vigente la ley 25.250 que en su art. 14 agregó al art.4 de la ley 23.546 el siguiente texto: "...El Tribunal dispondrá el cese inmediato del comportamiento obstructivo del deber de negociar de buena fe y podrá además sancionar prudente y razonadamente a la parte incumplidora, con una multa de hasta un máximo equivalente al veinte por ciento (20 %) del total de la masa salarial del mes en que se produce el hecho, de los trabajadores comprendidos en el ámbito personal de la negociación. Si la parte infractora mantuviera su actitud y no cesara en su incumplimiento, el importe de la sanción se incrementará en un diez por ciento (10%) por cada cinco (5) días de mora en acatar la decisión judicial. En el supuesto de reincidencia el máximo previsto en el presente artículo podrá elevarse hasta el equivalente al cien por ciento (100%) de esos ingresos. Sin perjuicio de ello, el juez, a petición de parte, podrá también aplicar lo dispuesto por el artículo 666 del Código Civil. Todos los importes que así se devenguen tendrán como exclusivo destino programas de capacitación laboral emanados del Ministerio de Trabajo, Empleo y Formación de Recursos Humanos y al Fondo de Desempleo en la proporción que fije la reglamentación de la presente ley. Cuando la práctica desleal fuera reparada mediante el cese de los actos motivantes dentro del plazo que al efecto establezca la decisión judicial, el importe de la sanción podrá reducirse hasta el cincuenta por ciento (50%)".

3. Como la ley 25.887, vigente al momento de la sentencia de primera instancia, derogó la ley 25.250, ésta no puede aplicarse porque de acuerdo con el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos " Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello", es decir el empleador se beneficia por la aplicación de la ley penal más benigna- en el caso la derogación de la ley 25.250-; en consecuencia la multa no puede ser superior al "equivalente al 20% de los ingresos provenientes de las cuotas que deban pagar los afiliados en el mes que se cometió la infracción" ( art. 53 de la ley 23.551)

15.La realidad (R) muestra prácticas des-leales dirigidas a obstaculizar, como en este caso, la negociación colectiva, negándose a participar en la mesa de negociaciones o dificultando las mismas

Los valores (V) indican que el procedimiento por práctica des-leal garantiza la libertad sindical, internacionalmente reconocida como derecho humano.

La norma (N) es coherente con la directiva constitucional de"organizaciones sindicales libres".

La conducta transformadora (T) indica el deber que obra en la esfera de los trabajadores no sólo de resistir tales presiones sino también de denunciarlas mediante el procedimiento

normado en el art.54.

16.El derecho comparado presenta soluciones similares:

En Alemania Federal (Ley Básica, art.9) y en Suecia (Ley sobre regulación paritaria de la relación laboral, art.9) se sanciona con nulidad todo acuerdo mediante el que el trabajador desiste de ejercer sus derechos sindicales.

En Estados Unidos el catálogo de prácticas des-leales describe conductas de los empleadores y de las asociaciones sindicales de trabajadores: National Labor Relations Act 1934); Tarf - Hartley Act (1947).

17.Dado que la Cámara demandada ha violentado 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.

18.Cabe cumplir y hacer cumplir la Constitución. La remisión de la sentencia es una de las maneras adecuadas de cumplir y hacer cumplir la Constitución. Afirma Emmamnuel Lévinas: "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). Esto porque la relación con el otro (en este caso, la vinculación entre la Sala y el universo de la sociedad civil) es a-simétrica e impone mayores deberes, entre ellos comunicar la decisión, de tal modo que al hilo del modelo-seguimiento (al decir de Werner Goldschmidt) otros tribunales puedan valorar la ejemplaridad de la sentencia. "La relación intersubjetiva es una relación asimétrica. En este sentido yo soy responsable del otro sin esperar la reciprocidad, aunque ello me cueste la vida. La reciprocidad es asunto suyo. El yo siempre tiene una responsabilidad mayor que los otros" (cr. Emmanuel Lévinas, Etica e infinito, Visor Distribuciones S.A., 1991, pág. 92). Si esta Sala procediese así, cumpliendo los deberes a su cargo, consolidará en la realidad el lugar existencial seguro para todos, en lo que consiste, básicamente, la justicia social.

19. Por estas razones corresponde rechazar la apelación del demandado y confirmar la sentencia de primera instancia.

20. La apelación de la parte actora debe resolverse estableciendo que la sanción del 20% de los ingresos ha de calcularse sobre el total de los trabajadores afiliados a la entidad sindical que presten tareas en las empresas representadas por la Cámara demandada y que la base del cálculo son las cotizaciones sindicales de los afiliados, no así las que se retienen como un cuasi impuesto a los no afiliados por el art.63 del convenio 150/75 ni tampoco las retenciones destinadas a fines mutuales como el mantenimiento de los seguros de vida, de enfermedad y de sepelio.

Como el cuasi impuesto viola la libertad sindical de los no afiliados, copia de esta sentencia debe remitirse al Comité de Libertad Sindical de la OIT a sus efectos.

C. Tercer momento: transformación de la realidad

21. 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,

22. 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 los valores y en las normas indicadas, corresponde:

1. Confirmar la sentencia en cuanto impone una sanción a la parte demandada.
2. Resolver que la base de cálculo de la sanción impuesta a la demandada refiere solamente a las cotizaciones sindicales de los trabajadores afiliados a la entidad sindical actuante en este proceso que prestan tareas en las empresas representadas por la Cámara empresarial demandada
3. Remitir copia de esta sentencia a la OIT, al Comité de Libertad Sindical de la misma y al Ministerio de Trabajo a los efectos indicados.

III. Así voto.

EL DOCTOR HORACIO HECTOR DE LA FUENTE DIJO:

Que adhiere al voto del Doctor del Doctor Juan Carlos Fernández Madrid.

En atención al resultado del presente acuerdo, EL TRIBUNAL RESUELVE: I) Modificar la sentencia apelada y, en su mérito estimar la multa por práctica desleal en el 10% de la masa salarial de las empresas afiliadas a la Cámara demandada, con relación al mes de septiembre de 2002. II) Disponer que la Cámara demandada, deberá cesar en su conducta y negociar una modificación del CCT en cuestión, dentro de los veinte días de quedar firme este pronunciamiento, bajo apercibimiento de incrementar la multa dispuesta en un 10% por cada cinco días de mora en acatar la decisión judicial. III) Imponer las costas de ambas instancias a la demandada vencida. IV) Regular los honorarios de la representación y patrocinio letrado de la parte actora y demandada por sus actuaciones en ambas instancias en el 18% y 13% respectivamente sobre el capital de condena que deberá establecer el perito contador.

Regístrese, notifíquese y vuelvan

En atención al resultado del presente acuerdo, EL TRIBUNAL RESUELVE: I) Confirmar la sentencia apelada. II) Imponer las costas de alzada a los actores. III) Regular los honorarios de segunda instancia en el 25% para el letrado de los actores y en el 30% para los letrados del demandado sobre lo regulado respectivamente en la anterior etapa.

Regístrese, notifíquese y vuelvan

Caso 17.Práctica des-leal por despedir dirigentes sindicales  
SALA VI

EXPTE. Nº 10.507/01

JUZGADO Nº 46

AUTOS:"ASOCIACION ARGENTINA DE ARBITROS A.A.A. C/ ASOCIACION DEL FUTBOL ARGENTINO A.F.A. S/PRACTICA DESLEAL"

Sentencia 58683

Buenos Aires, 22 de marzo de 2006

EL DOCTOR RODOLFO ERNESTO CAPON FILAS DIJO:

I. Esta Sala ha tenido oportunidad de resolver el tema de los "servicios arbitrales" que se realizan para AFA.

En este proceso cabe resolver si ha existido por parte de la AFA práctica desleal.

A. Elementos

a. Discriminación salarial de árbitros

1.En "Pascualino Rubén Mario c/ Asociación del Fútbol Argentino s/ despido" (sentencia 56.836, 13.02.2004), sobre la validez del convenio colectivo 126/75 y su modificación afirmé, con adhesión del dr. Fernández Madrid, que dicha norma convencional colectiva, reguladora de las relaciones entre la Asociación Argentina de Arbitros y la Asociación Argentina de Fútbol, fue ampliada de común acuerdo con el sindicato permitiendo a la AFA "celebrar contratos de servicios arbitrales, sin relación de dependencia, con los árbitros que integran o integren sus planteles oficiales" (ampliación al art.6).

Esta ampliación, aceptada por la asamblea de la entidad sindical, no fue observada por la Administración del Trabajo y fue por ésta homologada el 01.08.1997, aspectos que deben ser tenidos seriamente en cuenta para determinar si por este motivo la demandada hubiera cometido práctica desleal. En lenguaje llano y surero, para bailar un malambo un solo bailarín es suficiente pero para el tango se necesitan dos: el convenio y su modificación fueron posible porque la asociación sindical, ahora querellante, firmó ambos instrumentos. Siendo así, que el empleador haya utilizado medidas tendientes a flexibilizar la relación de trabajo debe interpretarse en su verdadero contexto desde que la flexibilidad indicada fue pautada por los sujetos signatarios del convenio 126/75 y homologada por el Ministerio de Trabajo. En este punto, es importante resaltar que el caso que comento (Rubén Mario Pascualino), el actor revestía calidad de Secretario Adjunto de la misma asociación sindical que suscribió la modificación en análisis.

2.De lo descripto precedentemente se desprende la existencia de una discriminación construida entre el empleador y uno de los sindicatos que representa a los trabajadores, y homologada por el Ministerio de Trabajo que, elípticamente, desconoce y menoscaba el

art.17 RCT.

Tal como sostuve en "Blanco, Jorge Omar c/ Asociación del Fútbol Argentino s/ Despido" (sentencia 55.899 del 28.03.2003) no se entiende a la entidad sindical que así procedió y menos a la autoridad administrativa que no controló el cumplimiento del orden público y homologó esta violación a los elementales derechos sociales. Por eso, como sostuve en "Blanco" (en minoría) se debe enviar este expediente a la Justicia en lo Penal para que investigue la posible comisión del delito de violación de los deberes de funcionario público por parte de quienes firmaron el acta homologadora respectiva. Esta discriminación es objetiva, y notoria porque la labor de los árbitros en relación de dependencia y la de quienes prestan "servicios arbitrales" es la misma. Los contratos de servicios arbitrales son meras máscaras formales para simular la relación laboral subyacente, son nulos de acuerdo al art.14 RCT, pese a que los trabajadores sindicalizados los hubieran aceptado y no cuestionaran en su momento en la asamblea la modificación convencional que los permitían. De tal modo, si para realizar iguales tareas algunos se incorporan mediante contratos de "servicios laborales" y otros mediante contratos de trabajo, si a los primeros se les pagan ingresos diferentes a los salarios de los trabajadores, el empleador violenta el art.17 RCT discriminando sin razón objetiva alguna al devenga menor salario.

Por ello, en el tema individual cabe reconocer las diferencias salariales surgidas de la comparación efectuada entre los árbitros contratados de distinta forma pero en la misma categoría, conforme a la dualidad manifestada.

3.Como el empleador y la entidad sindical discriminan trabajadores, se debe enviar copia del decisorio al Ministerio de Trabajo para que la tenga en cuenta al elaborar la Memoria Anual respecto de la Declaración SocioLaboral del Mercosur que, entre otros elementos, persigue la discriminación de los trabajadores. Lo mismo a la OIT para el Informe sobre la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el trabajo.

4.Pero no se advierte que esta discriminación salarial construida por negociación colectiva pueda ser receptada en el supuesto discriminatorio de la ley 23.551,art.54, inciso j) porque no está condicionada al "ejercicio de los derechos sindicales".

### b. Dualidad sindical

1.Mientras el derecho sindical siga atado a la "personería gremial" y a la presencia constante del Ministerio de Trabajo, mientras "el Derecho sea sólo Poder y sólo después parodia de juicio" (cr. Lewis Carroll, Alicia en el País de las Maravillas, Akal, Madrid, 1999, pág.152, ad sensum), seguirán existiendo conflictos inter-sindicales y entidades paralelas que compitan entre sí, total o parcialmente, por un mismo universo de trabajadores.

2.Como es posible que un empleador realice acciones para co-optar trabajadores y nuclearlos en sindicatos alternativos funcionales a sus intereses, el Régimen Sindical, ya desde el New Deal, diseñó la práctica desleal correspondiente, detallada en la ley 23.551 art.53 a), b), d).

3. En este caso existe dualidad sindical, reconocida por el Ministerio de Trabajo pero no se advierten conductas del empleador tendientes a co-optar trabajadores en el sindicato alternativo.

4.Por ello, esta dualidad sindical, sin duda molesta para el actor, no constituye práctica desleal punible.

### c. Despido de dirigentes sindicales

1.Los griegos, además de los Juegos Olímpicos, el cultivo de la razón, las pasas de uva, las buenas aceitunas y los exquisitos higos, sabían que el Tiempo "destruye" ciertas habilidades del hombre, sobre todo las relacionadas con el vigor de las piernas, el flujo sanguíneo y la correcta correlación de ideas. Cronos, el dios del Tiempo, comía a sus hijos, precisamente para que no pudieran arrebatarse el Reino. Zeus, su hijo, pudo escaparse de su cruel destino por una artimaña de su madre. Luego derrotó a Cronos y fue el Supremo Dios, volviendo a la normalidad de las cuatro estaciones. Planteado así el tema, como "hay un tiempo para todo en el universo" (Eclesiastés, cap. III, ad sensum), hay un tiempo para retirarse y realizar otras tareas o dedicarse a descansar.

En este caso, el mismo demandado reconoce haber despedido a dos dirigentes sindicales (Arias y Blanco). Si bien afirma que lo hizo por la edad de los mismos, no lo ha demostrado, por lo que cabe decidir que ha existido práctica desleal, la formulada en la ley 23.551 art. 53, j). Como se aprecia, la norma (Zeus) ha derrotado a Cronos (la voluntad del demandado).

2.Por ello, cabe rechazar la queja del demandado.

Como no se ha pedido la re-incorporación de los despedidos, la práctica ya ha sido consumada.

d. Diversas escuelas de árbitros

Que existan diversas escuelas de árbitros es una consecuencia lógica de la libertad de enseñanza pero no se advierte que la actitud de la empleadora constituya práctica desleal alguna.

e. Subvención indirecta al sindicato SADRA

Expte. n° 10.507/01

No se advierte que exista subvención alguna del empleador al mencionado sindicato.

f. Costas y honorarios

1.Las costas al demandado deben confirmarse por haber sido vencido.

2.La queja por los honorarios debe des-activarse porque habrá una nueva regulación.

B. Decisión

Corresponde:

1.Confirmar la sentencia en lo que respecta a la existencia de práctica desleal del demandado por haber despedido dirigentes sindicales, estableciendo la condena en \$100.000.

La suma luce razonable dadas las características del caso y la ausencia de las restantes imputaciones.

2.Como no consta en autos el día del despido de los dirigentes sindicales mencionados, luce lógico que los intereses a la tasa activa del Banco de la Nación Argentina se devenguen desde la interposición de la demanda (06.06.2001) hasta su efectivo pago.

3.Sobre el monto de condena (capital e intereses) cabe regular los honorarios de primera instancia en el 16% para la representación letrada del actor, 14% para la del demandado, 6% para el perito contador.

4.Imponer las costas de alzada al demandado.

5.sobre los honorarios de primera instancia, regular los de segunda en el 25% para la representación del demandado y en el 30% para la de la actora.

6.librar oficios al Ministerio de Trabajo y a la OIT, a sus efectos.

7.Remitir copia de las partes pertinentes de este expediente a la Justicia en lo Penal para que investigue la posible comisión del delito de violación de los deberes de funcionario público por parte de quienes firmaron el acta homologadora de los convenios mencionados en autos.

II. 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 establecer el monto de condena en la suma de \$100.000.-, dicho importe llevará intereses a la tasa activa del Banco de la Nación Argentina desde la interposición de la demanda (06.06.2001) hasta su efectivo pago. II) Regular los honorarios de primera instancia en el 16% para la representación letrada del actor, 14% para la del demandado y 6% para el perito contador, respectivamente sobre el monto de condena (capital e intereses). III) Imponer las costas de alzada al demandado. IV) Regular los honorarios de segunda instancia en el 25% para la representación letrada del demandado y en el 30% para la de la actora respectivamente sobre lo regulado en la anterior etapa. V) Librar oficios al Ministerio de Trabajo y a la OIT a sus efectos. VI) Remitir copia de las partes pertinentes de este expediente a la Justicia en lo Penal para que investigue la posible

comisión del delito de violación de los deberes de funcionario público por parte de quienes firmaron el acta homologadora de los convenios mencionados en autos. VII) 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 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 18. Derecho de huelga

Sujetos del derecho de huelga

"Olmos c/Nagre SA", 25.06.1990

"No existe norma alguna que, reglamentando el ejercicio del derecho de huelga que el art.14 bis CN garantiza a "los gremios", disponga que aquél sólo es legítimo cuando la huelga ha sido declarada por un sindicato. De hecho, nada dispone la legislación acerca de quiénes son los sujetos legitimados para la proclamación de la medida" Juan Carlos Morando, adhesión de Capón Filas

Caso 19. Orden de retrotraer la situación

"Arce c/Deutz SA", 08.08.1989

"Las medidas adoptadas por las partes antes de la apertura de la instancia de conciliación son dejadas sin efecto para facilitar la negociación, con carácter meramente provisional y temporal, sólo durante el lapso de duración de aquélla.

Cuando se trata de un despido, la orden ministerial no constituye una anulación del acto - para lo que carecería de facultades - ni el acatamiento por el empleador de la orden significa la retractación del despido. La reinstalación del trabajador no hace renacer el contrato de trabajo fenecido. Se reanuda, provisoria y temporalmente, la ejecución de la relación de trabajo, como medio de estimular, a través de la experiencia de dicha ejecución, la modificación de las conductas de las partes que dieron origen al conflicto, que pueden llevar a la convicción de que, en verdad, no eran tan importantes las razones que originariamente motivaron la medida y que la continuación de la relación es, en definitiva, posible.

Agotada la instancia de conciliación obligatoria, las medidas, provisionalmente dejadas sin efecto por disposición del Ministerio de Trabajo, recobran su vitalidad plena, al tiempo que las partes recuperan la facultad de autotutela suspendida durante aquélla". Juan Carlos Morando.

"Al acatamiento a la disposición legal del art.10 de la ley 14.786, no puede seguir una restricción fundamental en el poder de dirección del empresario. Este acotamiento de sus facultades resultaría consagrado mediante actos del empleado o de la organización profesional respectiva que, a través de un proceso electoral que se ubica precisamente durante el período de conciliación, tendría como consecuencia otorgarle un derecho al empleo que va más allá de la finalización de los procedimientos conciliatorios.

En este caso, el empleador ejerció una facultad de despedir que dejó en suspenso en virtud de acatar el procedimiento de conciliación de la ley 14.786, reservándose el derecho de ratificar el despido suspendido al solo efecto de facilitar la conciliación. La ratificación del despido, posterior a la instancia de conciliación, dió eficacia inmediata y definitiva a un despido anterior, ya comunicado, por lo que no existe una nueva manifestación de voluntad, sino una ratificación de la voluntad ya manifestada.

Durante el lapso de conciliación los despidos dispuestos quedaron en suspenso, los contratos de trabajo mantuvieron vigencia, pero el despido Arce no pudo adquirir una estabilidad en contra de la voluntad ya expresada por el empleador"

Juan Carlos Fernández Madrid

"Etimológicamente, retro/tracción significa "llevar para atrás". Ante los valores sociales en conflicto, el ordenamiento valida una decisión ministerial de estructura retro/activa mediante la cual los despidos colectivos se tornan directamente in/eficaces. Siendo así, la re/incorporación de los cesantes continúa la relación anterior al conflicto, no inicia una nueva y distinta. La relación continúa idéntica a sí misma, con todos los derechos sindicales vigentes tanto por parte del re/incorporado como por parte de los restantes trabajadores y de la asociación sindical. En el caso, Arce que pudo ser candidato antes del despido también pudo serlo durante el período de conciliación.

Esta lectura permite coherencia normativa: reintegrados los trabajadores en idéntica situación, pueden ejercer no sólo los derechos surgidos de la relación laboral sino también los sindicales. Siendo así, el empleado despedido sin causa luego del fracasado período de conciliación fue perjudicado en sus derechos sindicales, ya que se encontraba cubierto por la garantía sindical: no se trata de ratificación de un despido anterior sino de un nuevo despido, cuando el empleado se encontraba cubierto por la garantía gremial. Si así no fuese, el empleador hubiera podido frenar el proceso electoral de la asociación sindical mediante el simple medio de una indemnización económica, colocando así precio a los derechos sindicales"

Capón Filas, en minoría.