

Equipo Federal del Trabajo

Parte Sexta. Derecho del Trabajo y empleo público

Caso 37. Reincorporación-Personal de Aduanas- Procedencia- CONSTITUCION NACIONAL- Declaración de inconstitucionalidad del art. 7º del Convenio Colectivo de Trabajo 56/92- Estabilidad Absoluta del Empleado Público.

Hechos: El trabajador cuestiona el rechazo de su reincorporación a la Administración Pública y el pago de los salarios caídos. La Cámara resuelve revocar la sentencia apelada, declara la inconstitucionalidad del art. 7º del Convenio Colectivo de Trabajo vigente para el personal de la Aduana y ordena su reincorporación.

1- Es procedente la reincorporación pretendida por el empleado público, toda vez que la estabilidad absoluta consagrada en el art. 14 bis de la Constitución Nacional debe prevalecer sobre la estabilidad relativa impropia establecida en el Convenio Colectivo de Trabajo 56/92, vigente para el personal de Aduanas.

2- Resulta inválido e inconstitucional el art. 7º del Convenio Colectivo de Trabajo 56/92, aplicable al personal de Aduanas, por cuanto al consagrar la estabilidad impropia, contradice abiertamente el art. 14 bis de la Constitución Nacional que, de un modo directo y operativo garantiza a todos los empleados públicos la estabilidad absoluta.

SALA VI Sentencia Definitiva N° 54.810 del 10.04.2002

EXPEDIENTE N° 7.217/97

JUZGADO N° 44

AUTOS: "PRACTH ALEJANDRO EITEL C/ ADMINISTRACION FEDERAL DE INGRESOS PUBLICOS (A.F.I.P.) S/ REINCORPORACION".

Sentencia 54.810

Buenos Aires, 10 de abril de 2002

EL DOCTOR HORACIO HECTOR DE LA FUENTE DIJO:

Ambas partes vienen en apelación contra la sentencia de primera instancia.

A través de los reparos vertidos a fs. 433/435, la parte actora cuestiona el rechazo de reincorporación y pago de los salarios caídos. A mérito de los agravios de fs. 438/441, la demandada critica la decisión del Señor Juez "a quo" en cuanto considera que no ha sido demostrada la justa causa del despido. También se agravia de la base salarial considerada a los fines del cálculo de las sumas objeto de condena.

Por razones metodológicas trataré en primer lugar el agravio planteado por la demandada, relacionado con la comprobación de la causal invocada como sustento del despido del actor.

La queja debe ser desatendida porque como bien se expone en la sentencia, no ha sido acabadamente demostrado el incumplimiento. En efecto, en razón de provenir de la propia demandada y no haber sido el actor parte en ellas, las constancias que emanan del expediente interno agregado en fotocopia en sobre reservado, carecen de la aptitud probatoria pretendida más aún cuando las personas que produjeron esos informes no han sido citadas a fin de que se pronunciaran en relación a la autenticidad de los mismos (conf. art. 386 del Código Procesal).

Aún cuando se pudiera considerar que al no extremar los recaudos en orden a establecer los controles de los despachos en cuestión, el actor obró negligentemente, ello no justifica la aplicación de la máxima sanción. Se hace notar que se trataba de un funcionario con diecisiete años de antigüedad, que no registraba ninguna sanción (v. foja correspondiente del legajo reservado en sobre anexo por cuerda).

En cuanto a las consecuencias jurídicas que derivan del despido injustificado, el recurso de apelación de la parte actora debe ser admitido porque conforme me pronunciara en el expte. n° 7827/97, caratulado "Madorran María Cristina c/ ANA Administración Nacional de Aduanas s/ reincorporación" (sent. def. n° 53.230 del 14/8/00, del registro de esta Sala), es

precedente la reincorporación pretendida por el actor porque la estabilidad absoluta consagrada en la Constitución debe prevalecer sobre la estabilidad relativa impropia establecida en el convenio colectivo.

En el citado precedente, con remisión a lo expresado en mi monografía "La Privatización del Empleo Público- Estabilidad del Personal Contratado" LL 1001-B- 984 y D-911) sostuve que: a) la estabilidad consagrada en el art. 14 bis de la Constitución Nacional en beneficio de los empleados públicos (nacionales, provinciales y municipales), es la llamada absoluta (su violación acarrea la nulidad de la cesantía y la reincorporación forzosa del empleado) tal como ha sido reglamentada por los sucesivos estatutos de la función pública dictados por el Estado Nacional (dec. 16.666/57, ley 22.140 y la vigente ley 25.164); b) como lo ha reconocido la Corte Suprema, tal garantía constitucional –estabilidad absoluta- tiene plena vigencia operativa, aún cuando no exista norma alguna que la reglamente; c) los empleados públicos no dejarán de ser tales porque pasen a regirse total o parcialmente por el derecho laboral privado, por lo que serán inválidos los convenios colectivos e inconstitucionales las leyes que dispongan que a aquéllos se aplicará el régimen de estabilidad impropia vigente para los trabajadores privados, por cuanto se los estaría privando así de la estabilidad absoluta que garantiza la Constitución Nacional (art. 14 bis).

En base a esas razones, la cláusula del convenio colectivo aplicable a la actora (art. 7 del CCT 56/92), resulta inválida e inconstitucional por cuanto al consagrar la estabilidad impropia, contradice abiertamente el art. 14 bis de la Constitución Nacional que, de un modo directo y operativo garantiza a todos los empleados públicos la estabilidad absoluta.

Por esos fundamentos, aplicables al supuesto de autos en atención a la similitud guardada por ambos casos, corresponde revocar la sentencia apelada y

7.217/97

hacer lugar a la demanda ordenando la reincorporación del actor a su cargo, con pago de los salarios caídos, lo cual constituye el efecto característico y propio de la estabilidad absoluta.

En la oportunidad prevista en el art. 132 de la ley 18.345, el señor perito contador actuante deberá establecer el importe de los salarios caídos desde el 10 de febrero de 1997, fecha en la que se dispuso la cesantía y hasta el momento de la efectiva reincorporación o en caso de no existir aún ésta, hasta la fecha de la pericia. Los aludidos importes devengarán intereses conforme la tasa utilizada por el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones de descuento de documentos comerciales –tasa activa-.

Frente a los términos de la propuesta, deviene abstracto el tratamiento del agravio destinado a cuestionar el salario considerado por el señor juez a quo para establecer el importe de la indemnización por despido.

De acuerdo a mi voto corresponde que: 1) se revoque la sentencia apelada y se declare nulo e inconstitucional el art. 7 del convenio colectivo vigente para el personal de Aduanas; 2) se declare nulo el despido y se condene a la demandada a reincorporar al actor dentro del plazo de diez días; 3) se condene a la demandada a abonar al actor dentro de igual plazo los salarios caídos desde el 10 de febrero de 1997 y hasta la fecha de la efectiva reincorporación; 4) se impongan las costas de ambas instancias a cargo de la parte demandada y 5) se deje sin efecto la regulación practicada en la sentencia de primera instancia y se regule los honorarios de la representación letrada de la parte actora, igual carácter de la parte demandada en un 25% y 20%, respectivamente, por sus trabajos en ambas instancias y 8% a la señora perito contadora, porcentajes a calcular sobre los montos de los salarios caídos más intereses.

EL DOCTOR RODOLFO ERNESTO CAPON FILAS DIJO:

Por las razones vertidas en mi voto en el expediente "Madorran c/ Administración Nacional de Aduanas", citado en su voto por el Dr. Horacio Héctor De La Fuente, propongo que en el caso, 1) se revoque la sentencia de acuerdo a las siguientes pautas: a. declarar inconstitucional el art. 7 del convenio colectivo 56/92 "E"; b. declarar la nulidad del despido del actor; c. ordenar la reincorporación del actor en un plazo de diez días hábiles posteriores a la notificación de la sentencia, con astreintes de tres salarios mínimos diarios por día de atraso; d. de no cumplirse la reincorporación, librar oficio a la esfera penal para que se valore la posible comisión de delito de violación de los deberes del funcionario público por parte de la autoridad de la demandada que incumpliera la orden expresada en esta sentencia; e. ordenar el pago de los salarios adeudados al actor desde su alejamiento

10/2/97, hasta su reincorporación o, de no concretarse ésta, hasta el momento de su jubilación, con intereses a la tasa activa adelantada que cobra el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones comunes de crédito; f. imponer las costas a cargo de la parte demandada; g. regular los honorarios de primera instancia sobre el monto de condena (capital e intereses) en el 20% para el letrado de la actora, en el 14% para el letrado de la demandada, en el 8% para el señor perito contador; h. regular los honorarios de segunda instancia en el 35% para el letrado de la actora y en el 25% para el letrado de la demandada.

EL DOCTOR JUAN CARLOS FERNANDEZ MADRID DIJO:

Que adhiere al voto del Dr. De La Fuente.

En atención al resultado del presente acuerdo, EL TRIBUNAL RESUELVE: I) Revocar la sentencia apelada, y declarar nulo e inconstitucional el art. 7 del convenio colectivo vigente para el personal de Aduanas. II) Declarar nulo el despido, y condenar a la demandada a reincorporar al actor dentro del plazo de diez días. III) Condenar a la demandada a abonar al actor dentro de igual plazo los salarios caídos desde el 10 de febrero de 1997 y hasta la fecha de la efectiva reincorporación. IV) Imponer las costas de ambas instancias a cargo de la parte demandada. V) Dejar sin efecto la regulación practicada en la sentencia de primera instancia, y regular los honorarios de la representación letrada de la parte actora, igual carácter de la parte

demandada en un 25% y 20%, respectivamente, por sus trabajos en ambas instancias y 8% a la señora perito contadora, porcentajes a calcular sobre los montos de los salarios caídos más intereses.

Cópiese, regístrese, notifíquese y vuelvan.

Caso 38. Empleado público irregular

349493. Caso 159 16/09/00

SANCHEZ ELBIDIO ANTONIO C/INSTITUTO DE OBRA SOCIAL (I.O.S.) S/DESPIDO"

EL DR. RODOLFO E. CAPÓN FILAS DIJO:

I. Apela la sentencia la parte actora expresando los agravios que le genera la sentencia que rechaza la demanda a fs. 273/276.

II. La sentencia, destacando la naturaleza pública del empleador, ente público estatal y la falta de prueba de que la persona pública se haya sometido a las disposiciones del RCT, rechaza la demanda.

III. El actor, en primer lugar actualiza las apelaciones que dedujera contra las resoluciones de fs. 191/192 y 230/231 en las que se desestima los hechos y documentos nuevos invocados de los que surgiría a tenor de los dichos de la actora que la demandada se ajustó al marco del RCT. En ellas el juez destaca la falta de contemporaneidad entre los hechos denunciados y su presentación como hechos nuevos, así como la falta de circunstanciación de la fecha que se invoca como conocimiento de los mismos.

Afirma el quejoso que el conocimiento del accionar de la demandada no enervan la posibilidad de incorporar los documentos en cuanto lleguen a poder de las partes una vez trabada la litis. Manifiesta que el IOS ocultó documentación al Tribunal.

En cuanto a los argumentos de la sentencia, discrepa con el juez y dice que no se ha evaluado las siguientes circunstancias: la rebeldía del actor ha sido desvirtuada por la prueba, en especial que, en el ofrecimiento de prueba la demandada requirió al perito contador que informe si la liquidación de haberes durante la relación laboral..., y que a fs. 131 en el legajo del actor la demandada lo coloca como: "Pers. Empr. Soc. Est. Municipal" lo que deja ver el sometimiento de la administración al régimen de contrato de trabajo.

Concluye que ha acreditado la aplicación de la L.C.T., especialmente el art. 245, al reconocer la demandada su procedencia, así como haberse demostrado que las tareas no eran temporarias sino permanentes, situación fraudulenta utilizada con la finalidad de evadirse de las previsiones del art. 14 bis de la Constitución Nacional y del art. 245 RCT. Pide se revoque la sentencia y se haga lugar a la demanda con costas.

IV. La apelación del actor debe resolverse:

1. Los sucesivos contratos de empleo público que firmara lo fueron para tareas comunes y corrientes del demandado, por lo que, aplicando la doctrina elaborada por esta Sala en

“Zabalza”, cabe hacer lugar a la demanda porque es in/admisible que en virtud del incumplimiento del Régimen jurídico básico de la Administración Pública por parte de la misma Administración se prive al trabajador de la mínima cobertura contra el despido arbitrario, colocándolo en inferioridad de condiciones que los trabajadores de las empresas privadas, discriminándolo en ese aspecto.

2. Teniendo en cuenta la pericia contable de fs. 206, consentida por las partes, cabe hacer lugar a la demanda por \$12.024,32, con más intereses de acuerdo a la tasa activa vencida que cobra el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones comunes de crédito.

3. Cabe imponer las costas de ambas instancias a la demandada.

4. Sobre el monto de condena (capital e intereses), cabe regular los honorarios de primera instancia correspondientes al letrado del actor en el 18%, al letrado de la demandada en el 14%, del perito contador en el 6%.

5. Regular los honorarios de segunda, correspondientes al letrado del actor en el 35% de los honorarios de primera instancia, y los de la demandada en el 25%.

V. Así voto.

Caso 40. Madorrán, Marta Cristina c/Administración Nacional de Aduanas s/reincorporación Expediente 7.827/97, 18 de agosto del 2000

EL DOCTOR HORACIO HECTOR DE LA FUENTE, dijo :

La parte actora apela la sentencia de primera instancia a fojas a 252. Asimismo a fojas 266 y fs. 264 se agravan respectivamente la parte demandada y el perito contador.

El a quo rechazó la demanda al considerar justificado el despido por entender que la actora incurrió en graves negligencias en el desempeño de sus tareas, las que generaron la pérdida de confianza que invocó la accionada al extinguir el contrato. Contra esta decisión apela la actora, a mi juicio con razón.

En la causa no se discute la existencia de las situaciones, hechos y actos que determinaron que la demandada considerara configurados los graves incumplimientos de la actora que determinaron su despido. La abundante prueba de la actora que determinaron su despido. La abundante prueba documental y testimonial reunida en la causa no ha sido objetada ni impugnada, de tal modo que podemos afirmar que no hay hechos controvertidos.

Las divergencias, y sustanciales, se producen al momento de valorar esos hechos y conductas ya que mientras que para el a-quo han existido graves incumplimientos que justifican el despido, para la actora esas faltas no han existido, o en todo caso no justificaban la adopción de una sanción tan extrema.

En mi opinión, me parece claro que no se puede atribuir la responsabilidad a la actora por la situación caótica en la que se encontraban los depósitos de la Aduana a su cargo, ya que ni siquiera existían inventarios que permitieran ejercer un control razonable sobre la gran cantidad de mercadería allí acumulada. Se acreditó también que esa situación caótica no era nueva sino que venía de muchos años antes que la actora se hiciera cargo de la división, situación que por cierto sus superiores no podían ignorar.

En el corto período que la actora estuvo a cargo de los depósitos (15 meses) la situación no varió ni podía variar porque es evidente que las autoridades de la Aduana no le asignaron importancia al tema ni adoptaron ninguna medida de fondo que permitiera revertir una situación tan difícil y delicada, que necesitaba para su solución de un gran esfuerzo y la asignación de enormes recursos materiales y humanos.

La actora no hizo más que continuar manteniendo una situación que no estaba a su alcance modificar, a más de tener que trabajar en la forma más precaria, en instalaciones totalmente inadecuadas e insalubres, con falta de seguridad en los depósitos y galpones, sin contar con los medios idóneos que le permitieran ejercer un control efectivo de los contenedores y mercaderías, la cual, como se dijo, y aunque parezca increíble, no estaba ni siquiera inventariada.

Destaco que a la actora no se le atribuye ningún incumplimiento puntual y ni siquiera se insinúa que la misma haya intentado aprovecharse de la situación caótica existente. Además, quedó acreditado que la Srta. Madorrán se desempeñó correcta y eficientemente durante su larga carrera administrativa y fue ascendida en varias oportunidades, sin que jamás su comportamiento mereciera observaciones o la aplicación de medidas disciplinarias. La grave falta cometida, a juicio de la accionada, es no haber logrado revertir en un corto plazo la gravísima situación en que se encontraban los depósitos desde hacía años, tarea enorme que jamás una simple jefa de la división podía cumplir por la total falta de medios y

recursos adecuados, y que, por tratarse de un grave problema estructural, sólo podría haber sido encarado por las más altas autoridades de la Aduana.

La reacción de la accionada ante la situación de caos y descontrol en que se encontraban los depósitos, cual es la de despedir a la encargada que ocasionalmente se desempeñaba en el momento de producirse los hechos desenadenantes (faltante de mercadería descubierta con motivo de una actuación judicial), se parece más a un intento de las autoridades de la Aduana de evadir la responsabilidad que les cabe ya que, como se dijo, sólo ellas se encontraban en condiciones de revertir la situación caótica entonces existente. Esto me hace recordar un dicho popular, que por constituir máximas de experiencia suelen tener una fuerte dosis de verdad: " el hilo se corta por lo más delgado".

Finalmente, aún en el caso de que se pudiera considerar que la actora incumplió alguna obligación a su cargo, el despido resulta también injustificado por constituir una sanción intempestiva y sorpresiva, ya que sus superiores jamás le observaron su conducta laboral ni le dieron oportunidad de modificar su comportamiento como lo exige el elemental principio de buena fe.

Además, la aplicación de la máxima sanción disciplinaria aparece también como desproporcionada en relación a la falta cometida, criterio que resulta compartido por el mismo personal de la accionada, que después se instruir el sumario administrativo correspondiente aconsejó aplicar una suspensión disciplinaria de diez días (fs. 217, expte. agregado como prueba).

Por lo expuesto, propicio se revoque la sentencia y se declare injustificado el despido dispuesto por la demandada.

Veamos ahora cuáles son las consecuencias jurídicas que se derivan del despido injustificado dispuesto por la accionada. El a-quo rechazó la pretensión de la actora de que se reconozca su derecho a ser reincorporado y el pago de los salarios caídos (estabilidad absoluta) decidiendo que, en caso de que el despido sea injustificado, sólo tiene derecho a que se le abonen las indemnizaciones tarifas comunes previstas en la LCT (estabilidad relativa impropia).

Contra esta decisión se agravia la actora insistiendo en que se reconozca su derecho a la estabilidad absoluta consagrada en beneficio de todos los empleados públicos, basándose en tres argumentos diferentes e independientes, teniendo cada uno de ellos entidad suficiente para sustentar su pretensión.

1) La cláusula del convenio colectivo aplicable al personal de Aduana que consagra la estabilidad impropia (art. 7) no se encontraba vigente al momento del despido, 2) Por haber sido la actora funcionaria pública, corresponde que se le aplique el estatuto de la función pública (ley 22.140, entonces vigente), que reconoce expresamente la estabilidad absoluta. 3) La cláusula del convenio que consagra la estabilidad impropia, de ser aplicable, resulta inconstitucional, por violar el art. 14 bis de la Constitución Nacional, que establece la estabilidad absoluta en beneficio de todos los empleados públicos. A continuación paso a considerar cada uno de estos argumentos por separado:

1er argumento: El apelante sostiene que el art. 7 del convenio- que consagra la estabilidad impropia - no resulta aplicable por cuanto no se encontraba vigente al momento del despido (27/11/96), ya que dicha cláusula no constituye una "condición de trabajo" que se encuentre prorrogada, después de vencido el término originario del contrato, conforme lo dispone el art. 5 de la ley 14.250 (el convenio colectivo había vencido el 1/3/93).

En una situación análoga a la planteada en autos tuve la oportunidad de pronunciarme en contra de la posición del recurrente, por considerar que la cláusula de estabilidad impugnada constituye una típica condición de trabajo, directamente destinada a regular un tramo -el final- de la relación individual de trabajo, esto es al momento de su extinción, de modo que la misma se encontraba prorrogada al momento del despido en virtud de lo dispuesto por el art. 5 de la ley 14.250, (autos: "Piñeyro c/ SADAIC ", Sala I, sentencia del 23-9-97, DT, 1998-A-521).

2do. Argumento : También debe ser rechazada la pretensión de la actora de que se le reconozca la estabilidad absoluta consagrada por la ley 22.140 ya que ésta, si bien en principio es aplicable a todos los empleados públicos nacionales, excluye expresamente al " personal comprendido en convenciones colectivas de trabajo " (art.2 inc. g), que es precisamente la situación en que se encuentra la srta. Madorran por estar comprendida, como se dijo, en el convenio aplicable al personal de la Aduana.

3er. Argumento: A mi juicio, este argumento debe prosperar ya que la estabilidad absoluta consagrada en la Constitución debe prevalecer sobre la estabilidad relativa impropia establecida en el convenio colectivo. Sobre esta cuestión he efectuado un detenido estudio en mi monografía " La Privatización del Empleo Público - Estabilidad Personal Contratado "

que adjunto al presente voto.

En el referido trabajo he llegado a tres conclusiones que son básicas para resolver la presente causa: a) La estabilidad consagrada por el art. 14 bis de la Constitución Nacional en beneficio de los empleados públicos (nacionales, provinciales y municipales), es la llamada absoluta (su violación acarrea la nulidad de la cesantía y la reincorporación forzosa del empleado) tal como ha sido reglamentada por los sucesivos estatutos de la función pública dictadas por el Estado Nacional (dec. Ley 6666/57, ley 22.140 y la vigente ley 25.164), b) Como lo ha reconocido la Corte Suprema, tal garantía constitucional - estabilidad absoluta - tiene plena vigencia operativa, aún cuando no exista norma alguna que la reglamente; c) Los empleados públicos no dejarán de ser tales porque pasen a regirse total o parcialmente por el derecho laboral privado, por lo que serán inválidos los convenios colectivos e inconstitucionales las leyes que dispongan que aquéllos se aplicará el régimen de estabilidad impropia vigente para los trabajadores privados, por cuanto se los estaría privando así de la estabilidad absoluta que garantiza la Constitución Nacional (art. 14 bis).

En el caso concreto, y de acuerdo a nuestra posición, la cláusula del convenio colectivo aplicable a la actora (art. 7) resulta inválida e inconstitucional por cuanto, al consagrar la estabilidad impropia, contradice abiertamente el art. 14 bis de la Constitución Nacional , que de un modo directo y operativo garantiza a todos los empleados públicos la estabilidad absoluta.

Aunque los efectos sean análogos, a mi modo de ver en estos casos, jurídicamente hablando, es más apropiado hablar de invalidez de la cláusula contractual que de inconstitucionalidad, calificativo que debe quedar reservados para los casos que la norma infractora tenga carácter legal y no contractual.

En el caso sub-examen el art. 7 de la convención colectiva resulta ser nula de nulidad absoluta por contradecir una " norma de orden público o dictada en protección del interés general " (art. 4, ley 14.250; arts. 953 y 1044 del Código Civil), como es la norma constitucional (art. 14 bis), correspondiendo, ante el vacío creado por la declaración de nulidad, aplicar directamente la norma violada de jerarquía superior (el mismo efecto que se produce cuando se declara la inconstitucionalidad de la ley).

Esta diferenciación podría tener importancia si la parte actora no hubiese pedido la inconstitucionalidad de la cláusula contractual, ya que la nulidad absoluta debe ser declarada de oficio por el juez cuando, como en este caso, aparece manifiesta en el acto (art. 1047, código civil). En nuestra situación la diferencia señalada carece de mayor trascendencia ya que la parte interesada ha pedido expresamente la ineficacia de dicha cláusula por violar expresamente una norma constitucional.

Por ello, y en virtud de lo expuesto, corresponde se revoque la sentencia apelada y se haga lugar a la demanda, ordenando la reincorporación de la actora a su cargo, con pago de los salarios caídos, lo cual constituye el efecto característico y propio de la estabilidad absoluta (véase mi trabajo antes citado).

Con respecto a los salarios caídos, si bien en principio deben correr a partir de la cesantía (conf. art. 42, ley 22.140, aplicable por analogía) en el caso concreto propongo que los mismos procedan recién a partir de la fecha de promoción de la demanda (7 de abril de 1997). Esto lo considero así porque debido a que el cese se produjo el 27 de noviembre de 1996, un plazo de sesenta días para promover la demanda - no respetado en el caso sub-examen - aparece como un plazo razonable para evitar el abuso en que podría incurrir el empleado al demorar el juicio para percibir remuneraciones sin trabajar (el art. 41 de la ley 22.140 establece un plazo de 30 días para promover la acción; conf. , mi trabajo " Principios Jurídicos del Derecho a la Estabilidad", ed. Zavallía, 1976, pág. 58/59).

Para establecer el monto de condena el perito contador actuante, en el oportunidad prevista en el art. 132 de la L.O., procederá a determinar el importe de los salarios caídos desde el 7/4/97 hasta el momento de la efectiva reincorporación o en caso de no existir aún esta, hasta la fecha de la pericia. Dichos importes devengarán intereses conforme la tasa activa, desde la exigibilidad de cada crédito hasta su pago; monto que también deberá ser determinado por el perito.

IV. Costas a cargo de la parte demandada en ambas instancias.

Teniendo en cuenta el mérito y eficacia de la labor realizada, valor económico del litigio y pautas arancelarias de aplicación propicio se regulen los honorarios de la representación letrada de la parte actora, igual carácter de la parte demandada en un 25% y 20% respectivamente, por sus trabajos en ambas instancias, y 8% al perito contador, porcentajes a calcular sobre los montos de los salarios caídos más intereses que oportunamente determine el experto contable .

V. Por lo expuesto propongo : a) Revocar la sentencia apelada y declarar nulo

e inconstitucional el art. 7 del convenio colectivo vigente para el personal de Aduanas, b) Declarar nulo el despido y condenar a la accionada a reincorporar a la actora en un plazo de diez días, c) Condenar a la accionada a pagar, en el plazo de diez días, los salarios caídos desde el 7/4/97 hasta su efectiva reincorporación, más los intereses fijados en el apartado II, D) costas y honorarios del modo que se indica en el apartado IV.

El dr. Rodolfo Capón Filas dijo:

I. Han apelado la demandada, la actora y el perito contador por sus honorarios. El voto precedente ha resuelto solamente la apelación de la actora.

II. La apelación de la demandada, no resuelta en el voto precedente, debe resolverse:

1. Los informes reseñados en la queja no reemplazan a los recibos legales, único modo normativo (además de la confesión del trabajador) para demostrar el pago (RCT art. 138).

2. Por ello, la apelación debe rechazarse, con costas de alzada.

II. La apelación de la actora debe resolverse:

a. Antijuricidad del despido de la actora

1. El dicho popular utilizado en el voto precedente ("el hilo se corta por lo más delgado") recuerda la norma reseñada por Neruda en "Promulgación de la Ley del Embudo", en "La arena traicionada", en "Canto General": "Para el rico la buena mesa. La basura para los pobres. El dinero para los ricos. Para los pobres el trabajo", adelantándose años a los acontecimientos actuales: para los ricos las jubilaciones preferenciales e injustas, para los pobres el ajuste y el despido.

2. Sentado ello, por las razones elaboradas en el voto precedente adhiero a la solución propuesta de considerar antijurídico el despido de la actora, aunque me aparto de las consecuencias previstas.

b. Consecuencias del despido de la actora

1. Cabe dilucidar si corresponde la reincorporación de la actora y el pago de los salarios desde su alejamiento de la empresa hasta que se efectivice la reincorporación, o si cabe una simple indemnización.

2. El dictamen del Fiscal General (del 26.11.1999), obrante a fs. 278 remite a otro anterior, del 11.12.1995, obrante a fs. 276. En los mismos, el Fiscal recoge la doctrina tradicional que distingue entre estabilidad propia e impropia.

Esa distinción también es expresada en el voto precedente.

3. Dicha tesis luce in/exacta en cuanto hay o no hay estabilidad, así como es de día o es de noche, de acuerdo a la marcha del sol. Una estabilidad "impropia" es contradictoria en sí misma ya que una persona está fija o en movimiento; nadie "está fijo pero moviéndose". No se me escapa, como en su momento le advirtiera al maestro Deveali en una de las tantas conversaciones que se dignara mantener con un joven abogado del interior, que la estabilidad "impropia", enseñada por la doctrina tradicional, a pesar de su in/exactitud, "calmaba" a los trabajadores dándoles la ilusión de "ser" estables en el empleo cuando, en realidad, la in/estabilidad era la regla de su relación.

Como lo ha demostrado la Teoría Sistémica del Derecho Social, el diseño normativo de la relación laboral (RL) en la que el trabajador entrega su actividad productiva (c1) y su actividad creadora (c2) exige que el empleador compense la primera mediante la remuneración (r) y la segunda mediante la estabilidad (e) y la participación en la toma de decisiones (p).

La tesis puede formularse: $RL = (c1 + c2) = [r + (e + p)]$

Se advierte de inmediato que la estabilidad en el empleo integra la relación laboral hasta tal punto que de no obrar, existe alienación ya que no se compensa la actividad creadora del hombre en sí. La alienación así entendida supera la tesis de Marx al respecto, como agudamente señalara Sandoval Rodríguez en el I Encuentro Latinoamericano de Abogados Laboralistas (Porto Alegre, 1988).

En materia de despido, el régimen laboral, ingenuamente denominado por todos como de estabilidad im/propia, permite al empleador despedir sin causa aunque, valorando tal conducta como anti/jurídica, sanciona una indemnización tarifada. Describiendo una lisa y llana in/estabilidad, vulnera la garantía constitucional protectora contra el despido arbitrario (C.N. art. 14 bis), garantía que sólo se cumple con la nulidad del despido in/causado. Cabe tener en cuenta que la indemnización responde a la anti/juridicidad del despido in/causado y no refiere a daño alguno, tema que se le escapa a la doctrina tradicional.

Sentado ello, la tarifa indemnizatoria no protege contra el despido, precisamente porque lo supone y lo valida. Quien con un mata/fuego apaga un incendio impide que ocurra, quien camina bajo la lluvia con un im/permeable, no se moja. Al contrario, quien, en vez de usar mata/fuegos, contrata seguros, simplemente recibe una indemnización por el incendio sufrido. Quien sale a la calle sin impermeable se moja aunque posteriormente logre descuento en un Laverrap para secar el abrigo mojado. Por tal razón, la contrariedad de la tarifa con la Constitución no refiere a la mayor o menor cuantía económica sino, precisamente, a la validez del despido in/causado que impide la estabilidad del trabajador, único modo de protegerlo contra el mencionado despido. Vulnerada la estabilidad, la nulidad del despido es manifiesta, debiendo reincorporarse el trabajador. Así de simple.

4. En el presente caso, el art. 7 del convenio colectivo 56/92 "E" colisiona abiertamente contra la Constitución Nacional art.14 bis porque, en lugar de proteger contra el despido arbitrario, lo valida y porque, en lugar de vehiculizar la estabilidad de la actora, la des/activa. Siendo así, cabe declararlo in/constitucional y ordenar la reincorporación de la actora en un plazo de 10 días hábiles posteriores a la notificación de la sentencia. De no cumplirse la reincorporación, se libraré oficio a la esfera penal para que se valore la posible comisión del delito de violación de los deberes del funcionario público por parte de la autoridad de la demandada que in/cumpliera la orden expresada en esta sentencia.

5. Sentado ello, los salarios adeudados a la actora corren a partir de su alejamiento (27.11.1996). hasta su reincorporación. Si ésta no se concretase, los salarios seguirán devengándose hasta el momento de la jubilación de la actora. No se advierte la razón para limitar la condena a períodos menores.

Tales salarios devengarán un interés calculado a la tasa activa adelantada que cobra el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones comunes de crédito.

Las costas de ambas instancias se imponen al demandado.

Los honorarios de primera instancia se regularán sobre el monto de condena (capital e intereses) en el 20% para el letrado de la actora, en el 14% para el letrado de la demandada, en el 8% para el perito contador.

Los honorarios de segunda instancia se regulan en el 35% para el letrado de la actora y en el 25% para el letrado de la demandada, porcentajes que se calculan sobre los honorarios de primera instancia.

III. Como los honorarios del perito contador lucen razonables, cabe rechazar la apelación.

IV. Por todo ello, corresponde:

a. revocar parcialmente la sentencia, de acuerdo a las siguientes pautas:

1. declarar inconstitucional el art. 7 del convenio colectivo 56/92 "E"
2. declarar la nulidad del despido de la actora.
3. ordenar la reincorporación de la actora en un plazo de 10 días hábiles posteriores a la notificación de la sentencia.
4. de no cumplirse la reincorporación, librar oficio a la esfera penal para que se valore la posible comisión del delito de violación de los deberes del funcionario público por parte de la autoridad de la demandada que in/cumpliera la orden expresada en esta sentencia.
5. ordenar el pago de los salarios adeudados a la actora desde su alejamiento (27.11.1996) hasta su reincorporación o, de no concretarse ésta, hasta el momento de su jubilación, con intereses a la tasa activa adelantada que cobra el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones comunes de crédito.
6. imponer las costas de ambas instancias al demandado.
7. regular los honorarios de primera instancia sobre el monto de condena (capital e intereses) en el 20% para el letrado de la actora, en el 14% para el letrado de la demandada, en el 8% para el perito contador.

b. confirmarla en lo restante.

c. regular los honorarios de segunda instancia en el 35% para el letrado de la actora y en el 25% para el letrado de la demandada, porcentajes que se calculan sobre los honorarios de primera instancia.

d. rechazar las apelaciones de la demandada y del perito contador.

IV. Así voto.

El DOCTOR JUAN CARLOS FERNANDEZ MADRID, dijo:

Adhiero al voto del Doctor De La Fuente a excepción de lo decidido con

relación a los salarios caídos, tema sobre el cual me pronuncio participando de la opinión vertida en el voto del Doctor Rodolfo Ernesto Capon Filas al respecto".

Por ello, el Tribunal RESUELVE : I. Revocar la sentencia apelada y declarar nulo e inconstitucional el art. 7 del Convenio Colectivo vigente para el personal de Aduanas. II. Declarar nulo el despido y condenar a la accionada a reincorporar a la actora en un plazo de diez días. III. Condenar a la accionada a pagar en el plazo de diez días, los salarios caídos desde el 27-11-96 hasta la efectiva reincorporación, o de no concretarse esta hasta el momento de su jubilación, con intereses a la tasa activa desde la exigibilidad de cada crédito hasta su pago, monto que también deberá ser determinado por el perito contador. IV. Imponer las costas de ambas instancias a la demandada. V. Regular los honorarios de la representación letrada de la parte actora, igual carácter de la demandada en un 25% y 20% respectivamente por sus trabajos en ambas instancias y el 8% al perito contador, porcentajes que deberá calcular el perito contador oportunamente sobre los montos de los salarios caídos más intereses.