



ACUERDO NRO. 25 En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, a los tres (3) días de julio de dos mil quince se reúne en Acuerdo la **Sala Civil** del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los Sres. Vocales doctores **OSCAR E. MASSEI** y **EVALDO D. MOYA**, con la intervención de la secretaria Civil de Recursos Extraordinarios doctora **MARÍA T. GIMÉNEZ DE CAILLET- BOIS**, para dictar sentencia en los autos caratulados: "**OYARZÚN GERARDO C/ LA DELICIOSA S.A. S/ COBRO DE HABERES**" (**Expte. N° 44 - año 2010**) del Registro de la Secretaría actuante.

ANTECEDENTES: A fs. 177/179 vta., obra la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de esta Ciudad, Sala II, de esta ciudad, que revoca el fallo de la instancia anterior obrante a fs. 155/156 vta., y su aclaratoria de fs. 160 y vta., y en consecuencia rechaza la demanda incoada en todas sus partes, e impone las costas de ambas instancias a la parte actora vencida (Art. 17 de la Ley 921).

Contra este decisorio, el actor **GERARDO, OYARZUN** deduce recursos por Inaplicabilidad de Ley y de Nulidad Extraordinario a fs. 182/195.

La parte impugnante afirma que la sentencia viola la ley y doctrina legal en tanto sostiene que la representación en post-temporada de los obreros de la fruta deba ejercerse de acuerdo al número de trabajadores que se encuentren prestando servicios, de conformidad al Art. 45 de la Ley 23.551.

Entiende que esta postura de la Alzada conculca los derechos y garantías establecidos por el Art. 14 bis de la Constitución Nacional y los convenios de la O.I.T, que gozan de jerarquía constitucional (Art. 75, inciso 22, de la C.N.).

Subraya que también se infringe el Art. 37 del Convenio Colectivo 1/76, que expresamente dispone que los



representantes sindicales serán convocados en primer término y suspendidos en último lugar.

A la par, manifiesta que la sentencia al eliminar a los delegados gremiales cuando la empresa convoca a prestar servicios a menos de diez trabajadores, despoja a estos de representación sindical.

También se agravia porque, según alega, lo decidido contradice la doctrina sentada por la Sala I de la misma Cámara de Apelaciones en el caso "Aguirre Leguiza, Claudio Ramón c/ Fruticultores Unidos Centenarios s/ Sumarísimo Art. 52 Ley 23.551", -caso similar al presente- en el que se confirmó el fallo de Primera Instancia y en consecuencia se hizo lugar a la demanda incoada.

Explica los fundamentos que sustentaron tal decisión y se relacionan con las cuestiones traídas a revisión extraordinaria.

Destaca la necesidad de uniformar jurisprudencia, ante las distintas posiciones -para resolver la misma materia- de las Salas I y II de la Cámara de Apelaciones local.

Asimismo sostiene que la Alzada infringió la doctrina fijada por la C.S.J.N., en la causa "ATE C/ ESTADO NACIONAL".

Por la causal del inciso c), del Art. 15° de la Ley 1.406, denuncia que el pronunciamiento de la Cámara de Apelaciones resulta arbitrario al justificar el accionar de la demandada, violatorio de los derechos que la Constitución Nacional consagra respecto de los trabajadores.

Asevera como fundamento del recurso de Nulidad Extraordinario, que el decisorio de la Alzada carece de sustento suficiente en las constancias de la causa. Ello así, porque mediante la prueba producida en autos se acreditó la vulneración de los derechos y garantías constitucionales de los trabajadores, en virtud de la práctica de convocar en



post-temporada a una cantidad menor a diez dependientes para no proporcionar tutela sindical.

Corrido el traslado de ley, contesta a fs. 198/200 vta., la demandada LA DELICIOSA S.A.

A fs. 210/212, por Resolución Interlocutoria N° 220/12 este Tribunal declara admisible el recurso de Inaplicabilidad de Ley por las causales contempladas en los incisos a) y b), del Art. 15° de la Ley 1.406.

A fs. 216/217 vta., el Sr. Fiscal General propicia, por las razones que expone, se rechace el recurso de Inaplicabilidad de Ley incoado por el actor.

Firme la providencia de autos, efectuado el pertinente sorteo, se encuentra la presente causa en estado de dictar sentencia, por lo que esta Sala Civil resuelve plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES: 1) ¿Resulta Procedente el recurso de casación por Inaplicabilidad de Ley incoado? 2) En caso afirmativo, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? 3) Costas.

VOTACIÓN: Conforme al orden del sorteo realizado, a la primera cuestión planteada el Dr. **OSCAR E. MASSEI** dice:

Por razones de orden metodológico, habré de efectuar una síntesis de los hechos relevantes para la resolución de la causa.

I. La demanda incoada a fs. 10/13 contra La Deliciosa S.A. pretende el cobro de haberes e indemnizaciones por despido y estabilidad gremial. La suma reclamada por tales conceptos asciende a \$101.320,28 y o a lo que en más o menos surja de la prueba a rendirse en autos.

El actor expone que fue contratado en la sede de la empresa demandada, sita en la ciudad de Centenario, en el mes de enero de 2003.



Describe la relación laboral como normal y habitual en una empacadora de frutas. Ingresó realizando tareas de peón vario y nunca recibió sanción disciplinaria alguna.

Percibió una remuneración correspondiente a su categoría en el Convenio Colectivo de Empleados de la Fruta N° 1/76 de \$ 900,01 de básico, más los adicionales correspondientes totalizando un salario diario de \$88,67.-, conforme a recibos acompañados.

Refiere que cuenta con una antigüedad de cinco temporadas, trabajando en distintas oportunidades durante postemporada, lo que le ha permitido acumular 570 días de antigüedad.

El 19-3-2007 fue elegido delegado por el personal, lo cual le otorgó estabilidad gremial. Expresa que notificó a la empleadora de su nueva situación.

Señala que el Convenio Colectivo 1/76 en su Art. 4°, en la parte referida a reincorporación anual del personal, establece que el operario no puede ser reemplazado por otro de menor antigüedad que la suya para realizar las tareas de peón vario.

En cuanto a la post-temporada, alega que se aplica el Art. 51 del Convenio mencionado, el que dispone que la reincorporación deba realizarse convocando según orden de antigüedad y categoría. Además, estando en funcionamiento el galpón de empaque, el actor reclama que por su carácter de delegado gremial debió ser convocado, sin embargo ello no ocurrió a partir de agosto de 2007.

Refiere que en tal mes trabajaron 11 días, en septiembre 3 días y medio y en octubre todo el mes. Menciona que en tal período fueron convocados seis trabajadores, a los que nombra, dejándose a él irregularmente sin incorporarlo.

Ante esta situación intimó por telegrama colacionado N° 87190522 al pago de los días caídos y su reincorporación en razón de su carácter de delegado, haciendo



saber también que la injuria causada lo colocaba en situación de despido indirecto atento a su estabilidad gremial, conforme a la Ley 23.551.

La demandada negó que le correspondiera al actor ser convocado.

El accionante rechazó la negativa de la empleadora y se consideró despedido por injuria laboral mediante pieza postal N° 871926545, reclamó sus haberes impagos e indemnización por estabilidad gremial.

La demandada, según manifiesta, nada respondió, por lo cual el actor reiteró su reclamo a través de un nuevo telegrama colacionado N° 871929440, bajo apercibimiento de lo dispuesto por el Art. 2° de la Ley 25.323.

La demandada respondió por carta documento intimando al retiro del certificado de servicios y remuneraciones.

Agrega que la empleadora no abonó suma alguna por haberes, despido y estabilidad gremial. Por lo cual considera que se le adeuda además la indemnización agravada prevista por la Ley 23.551, esto es, los haberes hasta la finalización de su mandato gremial, desde noviembre de 2007 a marzo de 2009, con más un año de remuneraciones luego de la finalización. Todo ello totaliza 29 sueldos adeudados que integran parte de su pretensión.

Cita jurisprudencia respecto a la obligatoriedad de ser convocados los delegados gremiales con preferencia a cualquier otro empleado, según se decidiera por la Cámara de Apelaciones local en autos "Aguirre Leguiza, Claudio Ramón c/ Fruticultores Unidos Centenario s/ Sumarísimo Art. 52 Ley 23.551". También cita jurisprudencia de la Cámara de Apelaciones Nacional del Trabajo en la causa "Torres Leopoldo c/ Fabril Encuadernadora S.A. s/ Despido", que entiende aplicable al caso.



Sostiene que no hubo cesación absoluta de actividades del galpón de empaque, por lo cual afirma que la empleadora violó el Art. 52 de la Ley 23.551.

En el mismo sentido, manifiesta que el Art. 14 bis de la Constitución Nacional reconoce a los trabajadores entre otros derechos sociales el de su organización libre y democrática, otorgándoles a los representantes gremiales las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical, así como las relacionadas con la estabilidad en el empleo.

Ofrece prueba. Practica liquidación final. Funda en derecho.

Corrido el traslado a la contraria, lo responde a fs. 83/85. Manifiesta que el actor fue contratado por la empresa en enero de 2003 y elegido delegado de personal en la fecha que cita el actor.

Agrega que el accionante se desempeñaba como trabajador temporario (Art. 96 L.C.T., Convenio Colectivo 1/76).

Manifiesta que, en relación al presente caso, dicho Convenio en sus artículos 4° y 7° establecen que tanto para la reincorporación como para el cese debe atenderse a la antigüedad de los trabajadores, principiándose por incorporar a los más antiguos y cesando las prestaciones comenzando con los trabajadores de menor antigüedad.

Asimismo, expone que conforme al Art. 37 del Convenio mencionado los delegados deben ser incorporados al comienzo de la temporada y suspendidos en último término.

Alega que bajo el título de "Artículos de Aplicación en posttemporada" se establecen en sus Arts. 51 a 57 las condiciones de incorporación de personal para dicho período, por los cuales la convocatoria en post-temporada debe realizarse conforme a la antigüedad de los operarios.



Sostiene que los trabajadores incorporados por la empresa en post-temporada del 2007 tenían, en todos los casos, mayor antigüedad que el actor.

Rechaza lo afirmado por el accionante en cuanto a que los delegados deberían ser incorporados con prioridad también en la post-temporada, ya que, de ser así, carecería de todo sentido la inclusión de los mencionados artículos 51 a 57 en el Convenio Colectivo.

Afirma la improcedencia de la aplicación de los Arts. 51 y 52 de la Ley 23.551 porque el actor no fue despedido, tampoco suspendido y/o operada modificación alguna en las condiciones de trabajo; y la empresa no cesó, no suspendió actividades y no redujo personal en actividad.

Reitera que se procedió del modo específicamente regulado por el Art. 51 y siguientes del Convenio respecto de la post-temporada.

Además, y con cita del Art. 18 de la L.C.T., impugna la liquidación presentada por el actor por partir - según dice- de datos incorrectos, tales los vinculados al cómputo de la antigüedad real del actor.

Ofrece prueba, funda en derecho y solicita que se rechace la demanda, con costas.

La sentencia de Primera Instancia de fs. 155/156 vta., y su aclaratoria de fs. 160 y vta., hace lugar a la demanda, la que prospera por la suma de \$47.216,75, con más sus intereses calculados a la tasa mixta entre activa y pasiva del Banco de la Provincia del Neuquén desde la fecha de la mora, es decir el 23-10-07 y hasta su efectivo pago.

Respecto a la cuestión debatida, el A-quo considera que la empleadora, frente al telegrama del actor de fs. 6, reconoció la situación de despido en que éste se colocó al no desconocer los términos de dicha intimación (Art. 57 de la L.C.T.).



Además destaca que la empresa no se ajustó a lo dispuesto por el Art. 55 de la Convención Colectiva 1/76, lo cual estima probado con las testimoniales de fs. 139, 140, 141 y 142, brindadas por operarios convocados para realizar tareas en la post-temporada.

Concluye que la demandada incumplió las disposiciones de la Convención Colectiva, como así también las normas sobre protección de delegados contenidas en la ley 23.551, configurándose práctica desleal conforme al Art. 53 de dicha ley.

Hace mérito del despido indirecto en que se colocó Oyarzún, lo estima ajustado a derecho por injuria de su empleadora. En consecuencia resulta acreedor de las indemnizaciones por despido incauzado, preaviso, liquidación final, salarios caídos, indemnización por estabilidad gremial por el tiempo restante del mandato y multa de la Ley 25.323. La base de cálculo la fija sobre el salario denunciado, por no haber sido controvertido.

Aclara que las indemnizaciones por estabilidad gremial serán calculadas sobre el tiempo trabajado, tanto en temporada como en post-temporada (Art.18 de la L.C.T), por el período restante de mandato y el año posterior de estabilidad, de acuerdo a la Ley 23.551.

Por no haber sido desvirtuada la liquidación de salarios caídos de la actora y por aplicación del Art. 38 de la L.C.T. ordena estar a los términos de aquella.

Disconforme la empleadora, recurre el decisorio a través de la apelación ordinaria, según los agravios formulados a fs. 166/167 vta., que mereció la respuesta del actor a fs. 170/172 vta.

A fs. 177/179 vta., se dicta la sentencia de la Alzada que revoca la recaída en la instancia de grado, rechaza la demanda en todas sus partes y condena en costas a la parte actora vencida.



Para resolver de ese modo sostiene que el Art. 55 del Convenio Colectivo 1/76 remite a lo establecido en el Art. 45 de la Ley 23.551, por el cual el número de delegados de un establecimiento está dado en función de los sectores y turnos y de acuerdo a la cantidad de operarios que trabajen en el establecimiento, siendo el número mínimo que deban representar a la Asociación el de 10 trabajadores.

A la vez, interpreta lo dispuesto por el Art. 37 del Convenio Colectivo en cuanto a la prioridad de incorporación de los delegados gremiales, en función del Art. 6 de dicho convenio que consagra el principio de antigüedad en post-temporada.

Por ello, concluye que al haber menos de 10 operarios en post-temporada no se afectaron los derechos del delegado para ejercer la representación gremial durante dicho período y que, por otra parte, el actor no invocó afectación de derechos gremiales, sino únicamente en lo personal.

Concluye que la conducta de la empleadora se ajustó al régimen de la actividad temporaria y a la normativa del Convenio Colectivo 1/76, y en consecuencia no se vulneró la representación gremial atento a la falta del número mínimo de personal a representar.

En desacuerdo con el fallo de la Cámara de Apelaciones, la parte accionante intenta repeler dicho resolutorio y provoca la apertura de la instancia extraordinaria, obteniéndola a través del recurso de Inaplicabilidad de Ley.

II. Liminarmente, cabe consignar que la cuestión central debatida en autos se vincula estrechamente a la garantía de la tutela sindical.

Como lo ha afirmado la doctrina, la libertad sindical integra, por una parte, los derechos fundamentales del ordenamiento jurídico laboral, y por otra, se vincula al sistema de garantías de los derechos humanos.



El dispositivo protectorio de la tutela sindical tiene por finalidad viabilizar el ejercicio de la función representativa, lo cual aúna el interés específico de los trabajadores representados, al interés general de la sociedad de contar con vías para la comunicación racional entre los actores sociales. Una segunda finalidad es la de asegurar la vigencia de la libertad sindical garantizando al representante que no será objeto de represalias, discriminaciones o injerencias negativas por parte del Estado, de los empleadores o de terceros.

En tal sentido, tiene dicho Néstor Corte: "Desde esta doble óptica, parece evidente que las prerrogativas acordadas y en su caso las indemnizaciones con las que se carga al empleador para desalentar y sancionar prácticas antisindicales, no responde a la finalidad primera ni última de instituir un privilegio individual descontextuado de las motivaciones que llevaron al legislador a reconocerlas." (cfr. autor citado: *El Modelo Sindical Argentino*. Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1988, pág. 437).

La Constitución Nacional en el Art. 14 bis expresa:

[...] El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador [...] organización libre y democrática [...] Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo".

De modo que la libertad sindical, en nuestro ordenamiento jurídico, está sólidamente protegida, tanto en materia de gestión sindical, cuanto en la de estabilidad en el empleo.

Al respecto la C.S.J.N. ha sostenido:

"[...] Considerando 4º)...tal como se sigue con absoluta nitidez del citado artículo 14 bis, la libertad



sindical debe estar rodeada, como atributo intrínseco e inherente para el logro de su ejercicio cabal y fecundo, de un particular marco de protección de los representantes gremiales. Estos, dispuso la norma de manera terminante, 'gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo'. La expresión 'necesarias' indica, cabe advertirlo, el sentido forzoso e inevitable de su existencia, lo cual refuerza al categórico 'gozarán' que enuncia el precepto. Se trata por cierto de una proyección del principio protectorio del trabajo y del trabajador proclamado expresamente por el artículo 14 bis, hacia el universo de las relaciones colectivas laborales, en el cual, por ende, también impera la regla de que el trabajador es sujeto de preferente tutela constitucional "Vizzoti, Fallos: 327:3677, 3869 y 3690-2004 y "Aquino", Fallos: 327:3753,3770, 3784 y 3797 y 2004".

"La protección, por añadidura, si bien debe ser realizada por el Estado, no defiende a los representantes gremiales sólo ante acciones u omisiones de aquél violatorias de la libertad sindical, sino también frente a las acciones u omisiones de análogo tenor pero provenientes de particulares o actores no estatales, como es el caso, v.gr., de los empleadores privados" (Fallo: "Rossi, Adriana María c/ Estado Nacional - Armada Argentina s /Sumarísimo", 9 de diciembre de 2009).

Asimismo, la garantía del ejercicio de las funciones sindicales, ha sido consagrada por diversos instrumentos internacionales suscriptos por el Estado Argentino con jerarquía constitucional (Art. 75, inc. 22, segundo párrafo, de la Carta Magna) entre ellos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del



Hombre, en tanto dispone que "toda persona tiene el derecho de asociarse... para promover, ejercer y proteger sus intereses legítimos de orden sindical; la Declaración Universal de Derechos Humanos, Art. 23.4, en tanto establece el derecho de toda persona a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses".

La Convención Americana sobre Derechos Humanos afirma: "todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines...laborales".

Asimismo, los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y de Derechos Civiles y Políticos, reconocen de manera expresa el derecho de toda persona a fundar sindicatos, a afiliarse a ellos en promoción y protección de sus intereses.

Al respecto, la C.S.J.N. sostuvo:

[...] el art. 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, enunció 'el derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos' (inc. 1. c). Además de ello, su inciso 3 se hizo eco, preceptivamente, de un hito mayúsculo del historial antes reseñado, al disponer que 'nada de lo dispuesto en este artículo autorizará a los Estados Partes en el Convenio de la Organización Internacional del trabajo de 1948 relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación a adoptar medidas legislativas que menoscaben las garantías previstas en dicho Convenio o a aplicar la leyes en forma que menoscabe dichas garantías'. El Pacto Internacional de derechos Civiles y políticos, de su lado, mediante el art. 22.2 y 3 se expresó en términos sustancialmente análogos a los del antes dicho art. 8.1 y compartió ad litteram el inciso 3



de éste. La Convención Americana de los Derechos Humanos, en su oportunidad, siguió puntualmente los mencionados arts. 8.1 y 22.2 (art. 16.2) [...]” (C.S.J.N. “Asociación Trabajadores del Estado c/ Ministerio de Trabajo s/ Ley de Asociaciones Sindicales”, 11 de noviembre de 2008, Considerando 3°).

Asimismo, cabe señalar que entre los derechos humanos fundamentales contemplados por la O.I.T. y contenidos en la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, se establece la libertad sindical, la cual constituye un concepto esencial no sólo con relación a la normativa del mencionado organismo, sino como se ha dicho, se encuentra incorporada en las normas constitucionalizadas, de conformidad al Art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional.

La libertad sindical es regulada esencialmente en el Convenio 87 de la O.I.T -ratificado por Argentina mediante Ley 14.932 en 1959-. Al respecto, allí se afirma que ésta radica en el derecho de los trabajadores y los empleadores, sin distinción y sin autorización previa a constituir las organizaciones que estimen convenientes, a redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, elegir libremente sus representantes, organizar su administración y sus actividades y formular su programa de acción. Las autoridades públicas no podrán interferir en modo alguno el ejercicio de tales derechos (Arts. 2° y 3°).

Cabe destacar que este instrumento no solo ostenta el carácter de norma con jerarquía superior a las leyes, sino que tiene rango constitucional, ello en razón de lo dispuesto por los Art. 8.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y 22.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Así lo tiene dicho, nuestro Máximo Tribunal:

“[...] Considerando 5° [...] A este respecto resulta nítida la integración del Convenio 87 al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y



Culturales, por vía del citado art. 8.3, so riesgo de vaciar a éste de contenido o privarlo de todo efecto útil, lo cual constituye un método poco recomendable de exégesis normativa (Madorrán c. Administración Nacional de Aduanas, Fallos: 330:1989, 2001-2002-20007) [...] Del mismo modo cabe discurrir en orden al ya transcripto art. 22.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [...]” (C.S.J.N. en fallo citado “Ate”).

Además de ello, cabe tener en consideración el principio de progresividad que los instrumentos internacionales reconocen, al que se agrega el principio *pro homine*, el que obliga al intérprete a ponderar el resultado que en mayor medida preserve a la persona humana (C.S.J.N. Fallos:330:1989).

Este es el marco que moldea la consideración de las circunstancias concretas de la presente causa y rige para su solución. En este contexto, es preciso examinar y valorar en el tema en disputa, si han existido restricciones al ejercicio de los derechos sindicales del delegado, contrarias al principio de libertad sindical.

III. En el *subjudice*, el núcleo de la cuestión a resolver radica en el despido indirecto en que se colocó el actor, por afectación del ejercicio de su actividad gremial, al omitir la empleadora convocarlo en post-temporada, amparando su postura en el Art. 45 de la Ley de Asociaciones Profesionales.

Es importante precisar que el 4º párrafo del Art. 52 de la Ley 23.551, no se corresponde con lo previsto por el Art. 246 de la Ley de Contrato de Trabajo. Ello es así, porque la norma sindical no diseña la extinción del contrato de trabajo, sino que confirma el despido nulo por una prohibición expresa y sistémica de la Ley de Asociaciones Profesionales (cfr. Jorge Ródriguez Macini citado en Enrique, Strega,



"Asociaciones Sindicales", pág. 500, Editorial La Ley, 2004, Buenos Aires).

La Suprema Corte de Buenos Aires, en cuanto a la ruptura del contrato de trabajo por el representante sindical tiene dicho:

"En lo atinente a la garantía de estabilidad prevista en la Ley 23.551, producida la cesantía de un dirigente gremial sin cumplimentarse previamente el trámite de exclusión de tutela legal, el legislador resolvió poner en cabeza del representante la disyuntiva de escoger entre la continuidad en el empleo o la rescisión del mismo; sin que la elección de la segunda opción, como en este caso, resulte conculcatoria de derechos irrenunciables e indisponibles para sus destinatarios, pues tan sólo de lo que se trata es del ejercicio regular de los mismos" (SC Buenos Aires, 1999-04-20 "Palacio, Silvia L. c/ Celulosa Argentina S.A., Carpetas de Derecho del Trabajo, 4-4-67, ob. cit., pág. 501).

La Alzada ha considerado que el Art. 55 del Convenio Colectivo 1/76 remite al Art. 45 de la Ley 23.551, por lo cual el número de delegados de un establecimiento se determina de acuerdo a la cantidad de operarios que trabajen en él, siendo el piso mínimo para que se haga operativa la representación gremial el de 10 operarios.

¿Es esta norma aplicable al caso bajo examen? Si analizamos el artículo en cuestión, se advierte que fija el número mínimo de delegados que representarán a la Asociación Sindical respectiva en cada establecimiento, determinado en relación al número de operarios de éste.

Ahora bien, la finalidad electoral de la norma no cabe hacerla extensiva a una relación permanente de representación, aun cuando se reduzca por debajo del mínimo allí considerado la cantidad de trabajadores de planta.



La opinión contraria, de subordinar la subsistencia de la representación sindical a la permanencia de dicho mínimo, establecido para la elección de delegados, vulnera absolutamente la protección prevista por el Art. 52 de la Ley 23.551, reglamentaria de la libertad sindical constitucionalmente reconocida.

En efecto, el representante legalmente electo no pierde su condición de tal ante la disminución de personal en períodos de post-temporada de empaque ya que ello implicaría un menoscabo de la tutela sindical al consagrar la precariedad de la representación sindical, afectando así al conjunto de los trabajadores.

Sentado ello, cabe considerar que la vinculación normativa realizada por la Cámara de Apelaciones es errónea por un doble orden de razones: en primer término, lo dispuesto por el Art. 37 del Convenio Colectivo al regular la preferencia para incorporar a los delegados gremiales respecto del resto del personal es una norma de derecho colectivo del trabajo, específicamente de protección sindical, de carácter absoluto, que no puede subordinarse ni relativizarse en función de una normativa para la elección de delegados (Art. 45 Ley 23.551).

En segundo lugar, esta interpretación encuentra suficiente respaldo en lo dispuesto por el Convenio Colectivo en su Art. 55, en tanto dispone:

"Será obligación de los empleadores que desarrollen tareas en posttemporada, cualquiera sea su naturaleza, mantener al personal con la representación en la planta de empaque del delegado o delegados obreros en la proporción que establece la ley de acuerdo con la cantidad de operarios [...]"

Esta norma convencional establece la regla de carácter protectorio de la representación gremial en post-temporada. En consecuencia, no puede ser soslayada por la



aplicación de una norma reglamentaria del acto de elección de delegados, como es la del Art. 45 de la Ley 23.551, que delimita la cantidad de delegados, estableciendo que la unidad mínima que confiere un delegado es la de 10 trabajadores.

Y ello así, porque el mandato del representante sindical no se modifica ni se suspende con las variaciones estacionales de la cantidad de personal, ya que ellas no son aumentos o descensos permanentes como puede ocurrir azarosamente en la generalidad de las empresas, sino que constituyen cambios estacionales, o sea transitorios y normales, no azarosas de una empresa con actividad naturalmente discontinua, con trabajos de temporada y post-temporada.

Nos encontramos ante un establecimiento -de empaque frutícola- que tiene como característica específica la discontinuidad en el desarrollo de sus actividades respecto de las cuales, a la vez, no es posible la aplicación del Art. 45 de la Ley 23.551 porque implica el riesgo de la eliminación de la representación sindical, al bajar a menos de diez el número de trabajadores en post-temporada.

Es decir, no cabe realizar respecto de tales empresas la ficción implícita en la resolución de la Alzada de que una es la empresa de temporada y otra distinta la de post-temporada. Se trata siempre de la misma empresa, con discontinuidades naturales en los diferentes períodos del año, de modo que no cabe partir de una diferenciación irreal para concluir en una suspensión de la representación sindical.

Refuerza esta postura el propio Art. 55 del Convenio Colectivo -que rige para la post-temporada- en cuanto dispone que la reincorporación del delegado se hará de acuerdo con lo prescripto por el Art. 37, el cual establece que los obreros que fueran elegidos delegados titulares o sub-delegados con titularidad, serán incorporados en la



especialidad con preferencia al resto del personal y suspendidos en último término.

Esta interpretación se condice, además, con lo previsto por el Art. 51 de la Ley 23.551, que regula el único supuesto en que la estabilidad gremial no puede ser invocada, a saber, por la cesación de actividades del establecimiento o de suspensión general de sus tareas. Es decir, para que se torne operativa la pérdida de la estabilidad gremial, la ley requiere que el cese del establecimiento sea total y definitivo, porque ante esta situación se desvanece la colectividad de trabajo y con ella, la representación sindical.

Ahora bien, tanto la doctrina como la jurisprudencia son contestes en afirmar que los términos de la norma bajo examen, por ser de excepción, deben ser interpretados restrictivamente.

Y ello obliga a concluir que el mandato sindical no cesa, si en el establecimiento, por distintos, motivos se disminuye la cantidad de trabajadores, y aun en el caso que el número sea inferior a diez, que es el establecido por el Art. 45 de la Ley 23.551, como mínimo para reconocer la existencia de delegados. (cfr. ETALA, Carlos Alberto *Derecho Colectivo del Trabajo*, 2a edición Actualizada y ampliada Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007, página 240.)

En tal sentido la jurisprudencia tiene dicho:

"[...] no cabe considerar al actor excluido de la garantía de estabilidad prevista en la ley de asociaciones sindicales en tanto el art. 51 de la ley 23.551 sólo prevé como excepciones la cesación total de actividades o la suspensión general de las tareas, lo que en la especie no se ha configurado por cuanto al tiempo de disponerse la disolución del vínculo respecto del representante gremial aún continuaban las actividades -aun cuando pueda reputarse residuales- no



habiéndose operado el distracto como consecuencia de la cesión total de las mismas y no habiendo acreditado por otra parte la accionada a qué tipo de tareas continuaron afectadas las personas no cesantes" (Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala II "Grosso, Ricardo E. c. Lanart S.A. DJ998-2,141).

Esta interpretación se adecua a los principios y garantías constitucionales de tutela sindical, respecto, en este caso, del delegado ya electo, a la par de respetar los principios protectorios propios de la materia laboral, consagrados por los Art. 7, 9 de la Ley de Contrato de Trabajo.

Asimismo, la protección que la ley otorga al delegado de personal ha sido señalada también por distintos pronunciamientos de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, entre ellos:

"La ley 23.551 se inspira en el propósito de preservar, como un valor marcadamente digno de protección a favor de los representantes gremiales de la empresa, el efectivo e ininterrumpido cumplimiento de su gestión sindical, en tanto no recaiga sentencia firme que declare procedente sean apartados o restringidos en el ámbito contractual que condiciona su ejercicio. La empleadora carece de habilidad jurídica y gremial para determinar, sin otro respaldo que el de su propia autoridad, si sus dependientes pudieron o no ser afectados en sus derechos gremiales como consecuencia de la medida adoptada contra un delegado (artículos 40 y 45 de la ley 23.551)" (CNTrab., Sala VII, 1988/11/28, "Solís, Pedro O. c. Radio Victoria S.A. y otro"-DT-1989-B, 1346).

Por otra parte, no puede desconocerse las disposiciones del Convenio 135 y la Recomendación 143 de la O.I.T. que desarrollan analíticamente la protección del



ejercicio y estabilidad de los representantes de los trabajadores.

Mención aparte merece la aseveración efectuada por la Alzada respecto de que el actor invocó afectación de derechos por causas propias ajenas a toda actividad gremial.

Ahora bien, a tenor de la propia documental agregada a fs. 2 a 6, y del escrito de demanda (fs. 10/13) surge, por el contrario, que el Sr. Oyarzún basó sus reclamos en su carácter de delegado y por violación de sus derechos y funciones como tal. Extremo que, por otra parte, la demandada reconoce al responder y rechazar el telegrama obrero, mencionando expresamente los derechos gremiales del reclamante.

Por otro lado, cabe señalar que actor cumplió la exigencia de obrar conforme al principio de buena fe que rige en materia laboral, toda vez que intimó a la demandada mediante el telegrama glosado a fs. 3 para que cese el acto injurioso. Además, probó mediante las testimoniales de José Alberto Segura (fs. 140); Margarita Isabel González (fs. 141); Silvia Mercedes Saez Leal (fs. 142); Amanda Carrasco Guzmán (fs. 143), la conducta de la empresa contraria a los derechos de protección para el ejercicio de su cargo como representante gremial.

El desarrollo efectuado hasta aquí, conlleva la conclusión que la sentencia de la Cámara de Apelaciones contradice la garantía establecida por el Art. 14 bis, de la Constitución Nacional, y las normas internacionales aplicables conforme a lo dispuesto por el art. 75, inc. 22 C.N, al infringir la protección del delegado consagrada por el Art. 52 de la Ley de Asociaciones Sindicales, así como también con lo prescripto en el Art. 53 de la citada ley, en tanto se impidió el efectivo ejercicio de la representación sindical en el establecimiento.



Por consiguiente, se propicia al Acuerdo acoger el recurso interpuesto por la parte actora a fs. 182/195, con base en las causales de infracción legal prevista por los incisos a) y b) del Art. 15° de la Ley 1.406 y en consecuencia, casar el decisorio de la Cámara de Apelaciones de fs. 177/179 vta., en cuanto revoca el resolutorio de la instancia anterior que acogía la demanda.

IV. De conformidad con lo prescripto por el Art. 17, inciso c), de la Ley 1.406, corresponde recomponer el litigio. Ello obliga a analizar los agravios vertidos ante la Alzada.

El contenido de los agravios expresados por la demandada en el recurso de apelación de fs. 166/167 vta., se remiten a los tópicos que ya han sido abordados y desarrollados precedentemente, a cuyos argumentos corresponde remitir por razones de brevedad.

Empero, respecto de los agravios vertidos por el actor en su escrito de fs. 158/159 vta., cabe señalar:

- a) Se agravia por el monto por el cual prospera la demanda, y que fue motivo de aclaratoria. Por haber sido resuelta a fs. 160 y vta., deviene abstracto su tratamiento.
- b) Otro de los motivos de perjuicio invocados en el memorial, se refiere a los salarios caídos. Sostiene que la suma efectuada en la instancia de origen es errónea en tanto los correspondientes a los meses de agosto (\$1.300,58), septiembre (\$1.596,05) octubre (\$3.325,10), arrojan un total de \$ 6.221,73.

En tal sentido, dice que la jueza, pese a hacer lugar a su procedencia conforme a la liquidación practicada por su parte, es decir, por la suma de \$6.221,73, no los integra en la liquidación final.

Examinada la sentencia del tribunal de grado, si bien enuncia a fs. 156, párrafo 6, que hará lugar a salarios caídos, SAC, vacaciones y multas de la Ley 25.323, lo hace por



un total de \$12.635,45. Se observa que dicha suma no incluye realmente a las liquidaciones por salarios caídos que en la planilla de fs. 12 vta., preceden a la mencionada cifra, con los siguientes totales mensuales: agosto: \$1.300,58, septiembre \$1.596,05, y octubre \$3.325,10 lo cual hace un acumulado de \$6.221,73.-. De modo que este agravio tendrá favorable recepción por la suma de pesos antedicha.

c) Finalmente, se agravia con respecto a la indemnización fijada por estabilidad gremial porque se computaron los días efectivamente trabajados con anterioridad al *distracto*, y con base en los cuales se estimó el período de estabilidad, de los que resulta un monto inferior al que reclama.

Endilga en ello un error por realizar una distinción que la ley no efectúa, y sostiene que deben computarse los períodos faltantes por estabilidad completo, puesto que no es posible y válido especular con lo que se trabajará en el futuro.

Agrega que "subsidiariamente esta parte solicita que sólo se compute el período en que Oyarzún era delegado, ya que computar el período cuando no era delegado ocasiona al actor un perjuicio en el monto resultante del cálculo de la indemnización por estabilidad gremial". (sic. 158 vta., *in fine*).

Sostiene que el actor fue elegido delegado en marzo de 2007, trabajó hasta el final de temporada (abril o mayo), y en posttemporada sólo lo hizo en junio de 2007, sin que haya sido convocado en agosto, septiembre y octubre. Enfatiza que debe computarse sólo el período en que fue delegado, o sea los días trabajados de marzo a junio de 2007, "en los que trabajó no menos de cien días, luego ese porcentaje de días, aplicado a los meses que le faltan, arroja una indemnización superior a la fijada por el A- quo en su sentencia" (cfr. fs. 159, primer párrafo *in fine*).



Ahora bien, el Art. 52, cuarto párrafo, de la Ley 23.551 establece, en lo que aquí interesa:

"El trabajador, ...tendrá derecho a percibir, además de indemnizaciones por despido, una suma equivalente al importe de las remuneraciones que le hubieren correspondido durante el tiempo faltante del mandato y el año de estabilidad posterior ..."

Confrontada esta normativa con el agravio bajo análisis, en tanto el quejoso, con redacción confusa, no precisa el método para calcular la suma de la indemnización especial prevista en la ley, tampoco permite alterar la conclusión adoptada en la instancia de origen.

Expresa subsidiariamente que la jueza de grado no computó los días de agosto, septiembre y octubre de 2007, a pesar de haber reconocido los haberes caídos por dicho período. Por lo tanto, entiende procedente que se computen también los días de dichos meses, que suman 54,5.

Al respecto, cabe consignar que su crítica de no haber sido computados en el fallo de origen los haberes caídos entre agosto y octubre de 2007 implica asimilarlos erróneamente a tiempo efectivo de trabajo, por lo cual se impone rechazar los agravios al respecto vertidos.

Otro de los motivos que disconforma al actor, se basa en la tasa de interés fijada por la judicatura de origen. Al respecto solicita de acuerdo al precedente "Alocilla", la aplicación de la tasa mixta hasta el 31-12-07, y a partir del 01-01-08 la tasa activa del Banco Provincia del Neuquén.

En cuanto a la tasa de interés aplicable teniendo en cuenta la doctrina sentada por este Tribunal *in re* "Alocilla", y el criterio sostenido por esta Sala, propongo su recepción favorable y en consecuencia, que sobre los montos de condena se adicionen los intereses desde que cada suma fue debida y hasta el efectivo pago, aplicando para ello la tasa promedio desde la fecha del despido -06/11/97-, y hasta el 1°



de enero de 2008. A partir de esa fecha y hasta el efectivo pago, la tasa activa mensual, ambas del Banco Provincia del Neuquén (cfr. Acuerdos Nros. 23/10, 38/12, del Registro de la actuaria).

V. Finalmente, con respecto a la tercera cuestión planteada, propicio se impongan las costas de Segunda Instancia y de la presente a la demandada vencida (Arts. 17 L. 921, 68 del Código Procesal y 12° de la Ley Casatoria). **MI VOTO.**

Con base en todas las consideraciones vertidas, y oído el Sr. Fiscal general, propongo al Acuerdo: **1)** Declarar **PROCEDENTE** el recurso de Inaplicabilidad de Ley deducido por la actor a fs. 182/195, por haber mediado la causal de infracción legal prevista en los incisos a) y b), del Art. 15° de la Ley 1.406 y en consecuencia **CASAR**, el pronunciamiento dictado por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de Neuquén- Sala I- a fs. 177/179 vta. **2)** A la luz de lo dispuesto por el Art. 17°, inc. c), del ritual, corresponde confirmar la sentencia de Primera Instancia y su aclaratoria de fs. 160/vta., en su mayor extensión, modificándola en cuanto a la omisión de los salarios caídos de \$6.221,73, que deberán integrar la liquidación final y respecto a la tasa de interés aplicable, de acuerdo a lo considerado. **3)** Las costas de Segunda Instancia y de ésta se imponen a la demandada vencida (Arts. 17 de la Ley 921; 68 y 279 del C.P.C y C. y 12° de la Ley 1.406). **MI VOTO.**

El señor Vocal doctor **EVALDO D. MOYA** dijo: comparto los argumentos expuestos por el Dr. Oscar E. MASSEI y la solución que arriba en su voto, por lo que expreso el mío en igual sentido. **MI VOTO**

De lo que surge del presente Acuerdo, oído el Sr. Fiscal General, por unanimidad, **SE RESUELVE:** **1°)** Declarar **PROCEDENTE** el recurso de Inaplicabilidad de Ley deducido por el actor GERARDO OYARZUN a fs.182/195, por haber mediado la



causal de infracción legal prevista en los incisos a) y b) del Art. 15° de la Ley 1.406 y **CASAR**, de consiguiente, el pronunciamiento dictado a fs. 177/179 vta. por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de Neuquén -Sala II-. **2°)** A la luz de lo dispuesto por el Art. 17°, inc. c), del ritual casatorio, recomponer el litigio, mediante la confirmación de la sentencia de Primera Instancia y su aclaratoria de fs. 160 y vta., en su mayor extensión, modificándola respecto del monto de los salarios caídos y la tasa de interés aplicable, de conformidad a lo expuesto en los considerandos. **3°)** Las costas de Segunda Instancia y de ésta se imponen a la demandada vencida (Arts. 17 de la Ley 921; 68 y 279 del C.P.C y C. y 12° de la Ley 1.406), dejándose sin efecto los honorarios profesionales regulados en las instancias anteriores, los que deberán readecuarse en origen al nuevo sentido del pronunciamiento y conforme a Ley Arancelaria 1.594 y su modificatoria, Ley Nro. 2.933. Regular los honorarios de los profesionales intervinientes en la etapa casatoria en un 25% de lo que les corresponda por su actuación en idéntico carácter en primera instancia (Art. 15° de la Ley Arancelaria). **4°)** Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvase los autos.

Con lo que se da por finalizado el acto, que previa lectura y ratificación firman los señores Magistrados por ante la Actuaría, que certifica.

Dr. EVALDO D. MOYA - Dr. OSCAR E. MASSEI
Dra. MARÍA T. GIMENEZ de CAILLET-BOIS - Secretaria