



NEUQUEN, 11 de febrero de 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "**APIS RICARDO C/ CAMUZZI GAS DEL SUR S.A. S/ INCIDENTE DE APELACIÓN**" (INC. 1676/2015) venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO LABORAL NRO. 3 a esta **Sala III** integrada por los Dres. Fernando M. **GHISINI** y Marcelo Juan **MEDORI**, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Audelina **TORREZ**, y

El Dr. Ghisini, dijo:

I.- Vienen los presentes autos a esta Sala para el tratamiento del recurso de apelación articulado por la parte actora a fs. 52/54 vta., contra la resolución de fs. 46 y vta., que rechaza la medida cautelar de no innovar solicitada.

Expresa, que su parte solicitó como medida cautelar de no innovar que se mantengan las condiciones de trabajo preexistentes con anterioridad a la carta documento N° CD98794390 de fecha: 6/08/2015.

Expone, que la verosimilitud del derecho surge de la documentación acompañada en la demanda y que el peligro en la demora está dado por la falta de pago de los haberes de agosto de 2015.

Señala, que el objeto principal de la demanda es que se reinstale al actor en su puesto de trabajo, en plenitud de sus derechos y prerrogativas laborales y sindicales, revocando el despido comunicado por la empresa.

Indica, que se acompañó como prueba copia de la carta documento remitida a la empleadora por la Asociación Sindical: "Asociación del Personal Jerárquico de la Industria del Gas Natural, Derivados y Afines" (APJ), comunicándole la elección de Ricardo Apis como delegado y la carta documento de la empresa que pone fin a la relación laboral.



Dice, que la accionada al responder el traslado de la demanda adjunta seis cartas documento, de las cuales se extrae que Camuzzi Gas del Sur S.A., no niega que la Asociación sindical este legitimada para representar a los trabajadores y tampoco niega la situación laboral del actor, empleado en actividad, afiliado al gremio.

Sostiene, que con todo este material fáctico y habiendo contado la empresa con la concesión de un traslado previo claramente ajeno a una medida cautelar, el juez a-quo omitió cualquier tipo de análisis de las argumentaciones de las partes y de las pruebas obrantes en autos, dictando una sentencia interlocutoria carente de fundamentos.

Aduce, que mientras en el proceso principal se debate la procedencia o no de la tutela sindical reclamada, como medida orientada a evitar un daño, (ya concretado en ausencia de haberes de agosto de 2015) su parte pidió, como medida de no innovar que se mantengan las condiciones de trabajo preexistentes al despido concretado por CD del 8 de agosto de 2015.

Afirma, que a la fecha de la elección como Delegado, el Sr. Apis era un empleado activo afiliado al gremio en pleno uso de sus facultades laborales y sindicales, y que anoticiada la empresa de su condición de candidato, omitió una oportuna demanda de desafuero o cualquier otra medida tendiente a que el Poder Judicial lo declare "no elegible" para el cargo de delegado.

II. Liminarmente, diré que en el caso particular de autos la solicitud de protección precautoria "medida cautelar de no innovar", es de carácter excepcional.

Justamente, esta naturaleza excepcional hace que sobre el solicitante pese la carga de demostrar sumariamente la existencia de los recaudos específicos de procedencia, y sobre el magistrado, el deber de que su dictado se encuentre precedido por un análisis detallado y particularmente severo



sobre la concurrencia de los requisitos de viabilidad, que debe ser explicitado.

Como ha señalado el TSJ *"... Su despacho requiere la concurrencia de los tres recaudos comunes a cualquier medida cautelar (apariencia de derecho, peligro en la demora y contracautela) y de un cuarto requisito que le es propio: la posibilidad de que se consume un "perjuicio irreparable" que sufrirá el solicitante de la misma si ésta no se le despacha favorablemente, para lo cual, deberá demostrar de manera convincente con los elementos aportados en esta etapa procesal, la probabilidad cierta de tener razón, siendo el grado de cognición que necesita el juez para otorgarla, la certeza suficiente que se integra con la gran probabilidad de que el derecho invocado, existe (cfr. Ivana María Airasca, "Algunas consideraciones sobre la medida cautelar innovativa". Medida Innovativa. Rubinzal Culzoni, 2003, pág. 171).*

Sentado lo anterior, e ingresando al tratamiento del recurso deducido, debo poner de manifiesto que nos encontramos en un incidente de apelación de una medida cautelar en un proceso de amparo de naturaleza sindical, por lo que el análisis que se haga de los agravios ha de referirse exclusivamente a los recaudos que habilitan su dictado, dejando de lado todas las quejas y consideraciones referidas a cuestiones que deben ser resueltas en la causa principal.

En el caso particular, entendemos que la **verosimilitud del derecho**, como recaudo para la procedencia de la medida cautelar de no innovar que solicita el apelante, no se encuentra acreditada.

Ello, en función de que, con fecha 01 de agosto de 2014 la empleadora envía telegrama al actor -cuya copia se encuentra adjuntada a fs. 14- en los siguiente términos: "Reuniendo Ud. los recaudos para acceder a una de las prestaciones de la ley jubilatoria N° 24.241, por la presente queda formalmente intimado en los términos y con los alcances



del artículo 252 de la Ley de Contrato de Trabajo, según la reforma introducida por la ley 24.347, a que inicie los trámites pertinentes, poniendo a su disposición las certificaciones por los servicios prestados para esta empresa...". Documentación ésta que no ha sido desconocida por la parte actora.

El art. 252 de la Ley de Contrato de Trabajo dispone que: "Cuando el trabajador reuniere los requisitos necesarios para obtener una de las prestaciones de la ley 24.241, el empleador podrá intimarlo a que inicie los trámites pertinentes, extendiéndole los certificados de servicios y demás documentación necesaria a esos fines. A partir de ese momento el empleador deberá mantener la relación de trabajo hasta que el trabajador obtenga el beneficio, por un plazo máximo de un año. Concedido el beneficio o vencido dicho plazo, el contrato de trabajo quedará extinguido sin obligación para el empleador del pago de la indemnización por antigüedad que prevean las leyes o estatutos profesionales. La intimación a que se refiere el párrafo anterior de este artículo implicará la notificación del preaviso establecido por la presente ley o disposiciones similares contenidas en otros estatutos...".

Por tanto, al solo fin de resolver la cautelar, la verosimilitud del derecho que invoca el actor, amparándose en su designación como delegado gremial, se contrapone con las facultades que el art. 252 de la Ley de Contrato de Trabajo acuerda al empleador cuando el trabajador se encuentra en condiciones de jubilarse, por lo que esta circunstancia a mi entender, y sin perjuicio de lo que se resuelva en el expediente principal, resulta suficiente para rechazar el fundamento expuesto por el apelante a fin de justificar la verosimilitud del derecho para la obtención de la medida cautelar de no innovar.



En definitiva, frente al panorama expuesto, el hecho de que el recurrente invoque, como fundamento central de la verosimilitud del derecho, la falta de desconocimiento de la legitimación de la Asociación sindical y la situación laboral del actor (empleado en actividad y afiliado al gremio), resulta insuficiente para otorgar viabilidad a la medida pretendida.

En efecto: conforme se desprende del telegrama de fecha 6/08/2015, el fundamento del despido de la empresa se circunscribe a un hecho anterior a la convocatoria, comunicación y designación del Sr. Apis como delegado gremial, por lo que las circunstancias apuntadas por el apelante (expuestas en el párrafo anterior) en nada influye a los fines de modificar las consideraciones expuestas en lo que respecta a la falta de verosimilitud o apariencia del derecho como requisito de la medida solicitada.

Por otra parte, en cuanto al peligro en la demora, en función de lo anterior no justificaría el otorgamiento de la medida pretendida. Sin perjuicio de ello, el hecho que denuncia el recurrente (fs. 8) para justificar este requisito: "pronto advenimiento del vencimiento del pago de los haberes de agosto de 2015", se ha tornado abstracto.

En consecuencia, entiendo que por estas razones corresponde confirmar la decisión recurrida en cuanto rechaza la medida cautelar de no innovar solicitada, sin que esto implique emitir opinión acerca de la cuestión sustancial que debe ser decidida en la sentencia definitiva. En cuanto a las costas de Alzada, corresponde que sean impuestas a la actora atento a su condición de vendida, difiriéndose la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 17 ley 921).

El Dr. Medori, dijo:

I.- Que habré de disentir con el voto que antecede y a propiciar al acuerdo hacer lugar a la apelación y, con los



alcances provisorios que debe otorgarse a toda medida cautelar, ordenar la reinstalación del actor en su puesto de trabajo habitual en el plazo de cinco días de notificada la demandada, con la contracautela prevista en el art. 16 in fine de la ley 921 y bajo apercibimiento de astreintes según art. 804 del Código Civil y Comercial, y art. 37 del C.P.CyC; ello con expresa imposición en costas a la demandada en su calidad de vencida (art. 17 ley 921).

II.- Que con la documental agregada a fs. 3 -y no controvertida- se acreditó la notificación cursada por la entidad gremial a la empleadora informando que el actor había participado de un acto eleccionario el 27-03.15 en el que resultó elegido como delegado gremial; luego, el día 06.08.15 el trabajador es anoticiado del despido que efectiviza la empleadora como consecuencia del apercibimiento previsto en el art. 252 de la LCT, aludiendo a una previa intimación personal del 01.08.2015 (fs. 4); con la aportada al responder la acción, resulta también el anoticiamiento anterior a la empresa de las elecciones y de los candidatos, comprobándose que la oposición radicó en que el número de personas representadas por el sindicato no alcanzaba en ninguno de los casos el mínimo de 10 trabajadores que exige la ley 23551 (fs. 19/24).

Que los elementos señalados permiten evidenciar que el actor accedió a la titularidad de un cargo sindical que tiene garantizado estabilidad, y que el despido dispuesto por la empleadora en concreto tiene como efecto obstar a la representación para la que el trabajador fue elegido, situación esta última que impacta en el libre ejercicio de la actividad gremial ampliamente tutelado por normas constitucionales, convencionales, supralegales y legales.

Precisamente, el art. 14 bis de la Constitución Nacional garantiza que: "El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al



trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor; jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo, vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial. Queda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo. El estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna". (cfme. arts. 42 de la Const. Prov.; art. 18, 521, 629, 1044, 1050, 1056, 1083 y 1.109 del Cód. Civil; 17, 44, 81 y 217 de la L.C.T.; 4 inc. c, d y e, 41, 47 y 52 de la ley 23551; 1 de la ley 23.592; y 230 del C.P.C.C.).

Específicamente, el art. 17 de la Ley de Contrato de Trabajo prescribe: "Prohibición de hacer discriminaciones. Por esta ley se prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores por motivo de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o edad".

El artículo 47 de la ley sindical prevé: "Todo trabajador o asociación sindical que fuere impedido u



obstaculizado en el ejercicio regular de los derechos de la libertad sindical garantizados por la presente ley; podrá recabar el amparo de estos derechos ante el tribunal judicial competente, conforme al procedimiento sumarísimo establecido en el art. 498 del Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Nación o equivalente de los Códigos Procesales Civiles, provinciales, a fin de que éste disponga, si correspondiere, el cese inmediato del comportamiento anti-sindical”.

Y, concreta y abarcativamente, el artículo 1 de la ley antidiscriminación estipula: “Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos”.

Asimismo, cabe mencionar que los principales tratados de derechos humanos constitucionalizados por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, garantizan el derecho a la igualdad y por contrapartida vedan los actos discriminatorios en cual ámbito; art. 2 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 1 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica de 1969); arts. 2 y 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (ONU 1948); art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos; Sociales y Culturales; art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 1 de la Organización Internacional del Trabajo sobre libertad sindical y asociación con rango constitucional,



el convenio N° 111 sobre la discriminación en el empleo, y convenio N° 135 y N° 143 de representantes de los trabajadores. Cabe citar en particular el art. 1 del Convenio N° 98 que dice textualmente: "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".

Las condiciones relativas a la elección de los delegados sindicales pertenecen al ámbito de la autonomía sindical y no autorizan a interferir al empleador, desde que la estabilidad o tutela sindical resulta ser una garantía "amplia" apreciada a la luz del principio protectorio constitucional, según el cual los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión y las relaciones con la estabilidad de su empleo, gozando de garantía supranacional (FALLOS SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, CORRIENTES, CORRIENTES - Fernando Augusto Niz - Juan Carlos Codello - Guillermo Horacio Semhan -Carlos Rubín- "D.M.A. c/ INSTITUTO SUPERIOR SAN JOSÉ s/ IND." SENTENCIA del 6 DE MAYO DE 2013 Nro. Fallo: 13210014 Identificación SAI: Y0021866).

En el marco restringido del presente tratamiento y teniendo en cuenta los elementos probatorios aportados, surge verosímil el derecho del actor que hace operativa la tutela a gozar de estabilidad por titularizar un cargo gremial al que accede sin impugnación a su persona, lo que sugiere en



principio una conducta de discriminación vedada por las normas superiores citadas, que hace imperiosa la inmediata intervención judicial para el restablecimiento de las condiciones originales de la relación laboral, en garantía de la libertad sindical y del derecho al trabajo (Cfme. art. 1 de la ley 23.592).

A ello habrá de ceder la atribución de dirección que la ley de Contrato de Trabajo le otorga al empleador en su art. 252, ello sin que este análisis implique desvirtuar sus alcances, los que habrán de ser meritados en la sentencia definitiva considerando la defensa articulada.

También, y de no menor relevancia, concurre el presupuesto de toda cautelar, cual es el peligro en la demora, conjugándose la posibilidad cierta de que este proceso se extienda durante todo el periodo del mandato gremial sin que el actor lo pueda ejercer.

El despido del representante gremial en condiciones de jubilarse plantea un problema interpretativo singular derivado de la circunstancia de que, a diferencia de otras situaciones referidas a los representantes gremiales. Por tal razón, en la dilucidación de esta cuestión han de tenerse en cuenta las diferentes normas, derechos y principios que entran en colisión, y, conforme lo ha decidido de manera invariable la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, es necesario inclinarse por una interpretación armónica, puesto que "es principio de hermenéutica jurídica que, en los casos no expresamente contemplados, debe preferirse la interpretación que favorece y no la que dificulta los fines perseguidos por la norma, evitando darles aquel sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras y adoptando, como verdadero, el que las concilie, y deje a todas con valor y efecto", ésta no tiene una expresa en el ordenamiento jurídico, en especial, en la Ley de Asociaciones Sindicales N°



23.551. Por consiguiente, la primera tarea a abordar para analizar la cuestión planteada, es individualizar con precisión las normas involucradas y los respectivos derechos e intereses que ellas consagran o resguardan. ...Abocados a la faena de individualizar las respectivas normas y los consiguientes derechos e intereses que se interfieren en esta situación jurídica, podemos esbozar una enumeración sintética, de la siguiente manera: 1) Un primer derecho a preservar es la representación gremial y su estabilidad según está garantizada por la Constitución Nacional (art. 14 bis). 2) El empleador está dotado normativamente de las potestades de organización y dirección de su empresa (arts. 64 y 65 L.C.T.), que derivan del derecho constitucional de ejercer toda industria lícita (art. 14 C.N.). 3) El ordenamiento jurídico suministra al empleador la facultad de extinguir el contrato de trabajo cuando el trabajador reuniere los requisitos necesarios para obtener una de las prestaciones de la ley 24.241 del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones, en las condiciones que determina el art. 252 L.C.T. 4) Es necesario preservar a la asociación sindical y a los representantes gremiales de todo acto proveniente del empleador que pudiere constituir una práctica antisindical (Convenio 98, O.I.T., art. 1.2.b) o "práctica desleal o contraria a la ética de las relaciones profesionales del trabajo", en los términos del art. 53 de la ley 23.551. 5) El ejercicio de los derechos debe hacerse de un modo regular y funcional, desechando todo ejercicio abusivo. (Carlos Alberto Etala El despido del representante gremial en condiciones de jubilarse, Lexis Nexis Laboral y Seguridad Social, N° 7, 2003 p. 466).

Atento el conocimiento limitado de la medida cautelar resultan suficientes los aportes probatorios arrimados para que se vislumbre la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora, debiéndose priorizar los derechos que en la realidad material pueden verse fácilmente afectados por el poder



económico y de dirección empresarial, el restablecimiento del equilibrio e igualdad entre las partes exige de medidas positivas (cfme. arts. 230 del C.P.C.C.).

Por ello, propiciaré al acuerdo ordenar la reinstalación del actor en su puesto de trabajo habitual en el plazo de cinco días de notificado, con la contracautela prevista en el art. 16 in fine de la ley 921 y bajo apercibimiento de astreintes según art. 804 del Cód. Civil y Comercial, y art. 37 del C.P.C.C.

III.- En orden a las consideraciones expuestas, propiciare al acuerdo que haciendo lugar al recurso de apelación, y con los alcances que debe otorgarse a toda tutela judicial, ordenar la reinstalación del actor en su puesto de trabajo en el plazo de cinco días de notificada la demandada, con la contracautela prevista en el art. 16 in fine de la ley 921 y bajo apercibimiento de astreintes según art. 804 del Cód. Civil y Comercial, y art. 37 del C.P.C.C.; ello con expresa imposición en costas a la vencida (art. 17 ley 921), difiriendo la regulación de los honorarios para el momento en que existan pautas a tal fin (art. 15 L.A. vigente).

Existiendo disidencia en los votos que antecede, se integra Sala con el **Dr. Jorge PASCUARELLI**, quien manifiesta:

Por compartir la línea argumental y solución propiciada en el voto del Dr. Ghisini, adhiero al mismo.

Por todo ello, **la SALA III POR MAYORIA,**

RESUELVE:

1.- Confirmar la resolución dictada a fs. 46 y vta., en todo lo que fuera materia de recurso y agravios, de conformidad a lo explicitado en los Considerandos respectivos que integran este pronunciamiento.

2.- Imponer las costas de Alzada a la actora vencida (art. 17 Ley 921).



3.- Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad.

4.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori - Dr. Jorge Pasquarelli

Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA