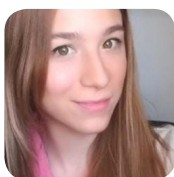


## Empleados públicos con tutela sindical

La autora cuestiona si es un requisito indispensable para aplicar una sanción a un empleado público que goza de tutela sindical, interponer la acción de exclusión de dicha tutela, previo a iniciar un sumario administrativo. Analiza la normativa vigente que otorga protección a aquellos trabajadores que gozan de tutela sindical frente a suspensiones y/o modificaciones de las condiciones de trabajo durante el ejercicio de su mandato, sin que exista una justa causa.



POR LAURA CAROLINA CARRIZO

Abogada. Diplomanda en Derecho Previsional Administrativo.  
Maestranda en Derecho del Trabajo.

### Introducción

La exclusión de la tutela sindical no constituye un requisito previo para que la Administración pueda válidamente proceder a la realización de sumario.

### Análisis normativo

La Ley de Asociaciones Sindicales N° 23.551 trata todo lo relativo a la tutela sindical en sus arts. 47 a 52, inclusive. Resumidamente, establece:

- 1) que todo trabajador o asociación sindical que fuere impedido u obstaculizado en el ejercicio regular de los derechos de la libertad sindical podrá iniciar acción de amparo sindical (en el caso de Mendoza) ante el tribunal judicial competente a fin de que se disponga el cese inmediato del comportamiento antisindical;
- 2) el derecho de gozar de licencia automática sin goce de haberes, a la reserva del puesto y a ser reincorporado al finalizar el ejercicio de sus funciones, no pudiendo ser despedidos durante el término de un año a partir de la cesación de sus mandatos, salvo que mediare justa causa de despido; que los representantes sindicales en la empresa elegidos de conformidad con lo establecido en el art. 41 continuarán prestando servicios y no podrán ser suspendidos, modificadas sus condiciones de trabajo, ni despedidos durante el tiempo que dure el ejercicio de su mandato y hasta un año más, salvo que mediare justa causa;
- 3) que para que surta efecto la garantía la designación deberá haberse efectuado cumpliendo con los recaudos legales y haber sido comunicada al empleador, mediante telegramas, carta documento u otra forma escrita;

- 4) que, a partir de su postulación para un cargo de representación sindical, no podrá ser despedido, suspendido sin justa causa, ni modificadas sus condiciones de trabajo, por el término de 6 meses. Dicha protección cesa en caso de postulaciones no oficializadas.
- 5) que la estabilidad en el empleo no podrá ser invocada en el caso de cesación de actividades del establecimiento o de suspensión general de las tareas del mismo;
- 6) que los trabajadores amparados por las garantías previstas en los arts. 40, 48 y 50 no podrán ser suspendidos, despedidos ni con relación a ellos podrán modificarse las condiciones de trabajo, si no mediare resolución judicial previa que los excluya de la garantía. El juez o tribunal intervinientes, a pedido del empleador, dentro del plazo de 5 días podrá disponer la suspensión de la prestación laboral con el carácter de medida cautelar, cuando la permanencia del cuestionado en su puesto o en mantenimiento de las condiciones de trabajo pudieren ocasionar peligro para la seguridad de las personas o bienes de la empresa.

Finalmente, el art. 52 de la normativa mencionada culmina diciendo que la violación por parte del empleador de las garantías establecidas en los artículos citados (40, 48 y 50) dará derecho al afectado a demandar judicialmente, por vía sumarísima, la reinstalación de su puesto, con más los salarios caídos durante la tramitación judicial, o el restablecimiento de las condiciones de trabajo. Si se decidiere la reinstalación, el juez podrá aplicar al empleador que no cumpliere con la decisión firme, sanciones conminatorias (actual art. 804 CCCN) durante el período de vigencia de su estabilidad.

Además, agrega que el trabajador – salvo que se tratare de un candidato no electo – podrá optar por considerar extinguido el vínculo laboral, colocándose en situación de despido indirecto, teniendo 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.

El artículo 14 bis de la Constitución de la Nación Argentina, por su parte, hace hincapié en los gremios al decir que “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 artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, otorgó jerarquía constitucional a los siguientes instrumentos:

- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) –en tanto que prohíbe la discriminación por cualquier motivo y el derecho de sindicación–
- Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) –el que contiene una cláusula antidiscriminatoria y la facultad de fundar sindicatos y afiliarse a ellos.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (1966) –que reconoce la libertad de asociación para fines laborales.

- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) se consagran los derechos a fundar sindicatos y a afiliarse, sin otra restricción 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; y también 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.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966).
- Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación sobre la mujer (1979): cuyo art. 1 enuncia qué se entenderá por discriminación contra la mujer (toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, o goce o ejercicio por la mujer en cualquier esfera), y cuyos artículos siguientes reafirman la igualdad entre hombre y mujer, y la necesidad de los Estados de consagrar ese principio de igualdad en sus legislaciones.

De la lectura de todos estos instrumentos internacionales se desprende algunas pautas comunes: todos ellos contienen cláusulas antidiscriminatorias, contra cualquier tipo de discriminación (entre ellas las políticas y sindicales) así como también el expreso reconocimiento del derecho de sindicación.

Conforme la interpretación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con posterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución reformada en 1994, todos estos tratados o declaraciones forman con nuestra Constitución formal positiva, un único bloque de legalidad que tiene por fin la protección de los derechos humanos.

Ahora bien, mencionada toda la protección de la que goza todo representante sindical (que cumpla con los requisitos exigidos por la normativa) cabe aclarar que, en el caso de los empleados públicos de la administración centralizada resulta de aplicación, en la Provincia de Mendoza, la Ley 9103 y su Decreto Reglamentario N° 218/19.

La Ley 9103, de Régimen Disciplinario, en su art. 8 reza: “Las sanciones de suspensión superiores a quince (15) días y la cesantía y exoneración requerirán siempre la previa instrucción del sumario administrativo. Las sanciones de apercibimiento y suspensión de hasta cinco (5) días pueden ser aplicadas por resolución fundada, previa vista al agente para descargo por el plazo de diez (10) días y dictamen legal del servicio jurídico permanente de la repartición. La sanción de suspensión se entenderá siempre sin percepción de haberes”. En cuanto al objeto del sumario, el mismo se encuentra mencionado en su art. 18, el cual dice lo siguiente: “El objeto del sumario es comprobar si existe un hecho que pueda configurar falta administrativa, precisar todas las circunstancias del mismo, reunir los elementos de prueba tendientes a acreditarlo e individualizar a los responsables, y proponer las sanciones correspondientes, como así también dar cuenta de las responsabilidades civiles y penales que puedan surgir de la investigación”.

Es en relación con los empleados públicos que se cuestiona si el inicio de un sumario administrativo a un empleado que goza de tutela sindical implica un perjuicio para éste al iniciarlo sin la previa acción de exclusión de la tutela sindical, violando de esta manera las garantías sindicales.

A fin de responder esta cuestión es que me propongo hacer una breve recopilación de alguno de los fallos que se han dictado sobre esta temática tanto en la Provincia de Mendoza como en otras provincias.

### **Breve referencia a la jurisprudencia en la materia**

CÁMARA 3A DEL TRABAJO DE MENDOZA – “Mulleady, Juan Manuel c. Iscamen (Instituto de Sanidad y Calidad Agropecuaria Mza.) p/amparo” • 28/09/2012

El trabajador interpuso acción de amparo sindical por estimar violadas las garantías sindicales al habersele aplicado una sanción de suspensión por parte de la patronal, sin recurrir y obtener en forma previa la exclusión de tutela. La Alzada rechaza la acción.

“Corresponde rechazar la acción de amparo sindical interpuesta por el trabajador que fue suspendido con fundamento en la comprobación de una falta en la realización de sus tareas, dado que no se advierte la violación de garantías sindicales y sí conocimiento amplio de ambas partes de una situación extra sindical, de la que no puede el sindicato hacerse cargo porque no se refiere a las garantías sindicales sino a la actividad como empleado que aquel debía cumplir, todo lo cual debió discutirse en otro ámbito”.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE MENDOZA, SALA II – “Hospital Diego Paroissien c. Poggi, Jonatan Ezequiel s/ exclusión de tutela sindical” • 10/09/2019

“Se observa en el caso de autos que el sentenciante valoró la actitud de la empleadora y el hecho atribuido al trabajador en sumario administrativo y determinó que la conducta asumida por el Hospital Paroissien al iniciar el sumario administrativo y suspender la notificación de la sanción allí dispuesta hasta tanto se iniciara acción de exclusión de tutela sindical, no resultaba contraria a los derechos sindicales del trabajador ni obstaculizaba su actividad sindical sino que, se trataba del mero ejercicio del poder disciplinario ante el incumplimiento del trabajador a los arts. 9 del decreto 727/1993 reglamentario de la ley 5811, art. 58 in fine de la ley 7897 y art. 13 inc. b) del Decreto-ley 560/1973”.

CÁMARA DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSOADMINISTRATIVO DE TUCUMÁN, SALA I – “Palavecino, Manuel Rodolfo c. Dirección Provincial de Vialidad” • 30/04/2008.

Un delegado sindical interpone acción de amparo en contra de la Dirección Provincial de Vialidad tendiente a que se deje sin efecto la resolución que dispuso la sustanciación de un sumario administrativo por declaraciones vertidas ante los medios de difusión pública, alegando la arbitrariedad e ilegitimidad del acto en cuestión por apartarse de un dictamen jurídico. La Cámara rechaza el planteo.

“Reconoce que es verdad que mediante la Resolución n° 2.158 del 12/10/2007, el Administrador de la D.P.V. dispuso el inicio de un sumario administrativo a fin de verificar si alguno de los agentes que efectuó manifestaciones en los medios de prensa podría quedar incurso en las faltas contempladas en el art. 68 del Estatuto Vial. Sin embargo –asegura– ello de manera alguna implica un abuso de autoridad o una arbitrariedad manifiesta sino todo lo contrario, ya que ante la existencia de supuestos actos de indisciplina el administrador no puede hacer otra cosa que disponer la correspondiente investigación.

Manifiesta que el actor olvida que el procedimiento del sumario otorga la posibilidad a quien resulte investigado de declarar y ejercer su derecho de legítima defensa, y que el resultado podrá ser exoneración, apercibimiento, etc., pero también podría ser el sobreseimiento de los involucrados. Es decir, que la mera disposición de un sumario de manera alguna genera perjuicio al demandante, pues no significa que se lo sancione o castigue, sino que tiene la finalidad de investigar –respetando las correspondientes garantías constitucionales– responsabilidades por supuestos actos de indisciplina.

En principio ello resulta inimpugnable atento a que dichas actuaciones no constituyen acto administrativo alguno creador de derechos u obligaciones para el administrado, son medidas preparatorias de la voluntad de la Administración Pública, quién en la especie manifiesta la misma en el acto sancionatorio, de ser así procedente. El acto en cuestión es un requisito formal que precede a la emisión del acto administrativo conclusivo ya sea sancionador o no.

Es que de la normativa invocada por el actor no surge en modo alguno que la denominada “exclusión de la tutela sindical” constituya un requisito previo para que la Administración pueda válidamente proceder a la instrucción de un sumario (tal es lo que aconteció con el dictado de la resolución atacada), sin perjuicio –claro está– de que, llegado el caso, deba cumplir con tal formalidad a los fines de poder sancionar al agente público que se encuentra amparado por las garantías de marras”.

“STJ –SR –”Provincia de Tierra del Fuego c/ Bombares, Raúl Oscar s/ Exclusión de Tutela Sindical” –Expte. N° 1698/12. T° XIX –F° 710/719”.

“Conviene recordar que la doctrina del máximo Tribunal de nuestra provincia, establecía que la remoción del velo protector sindical debía preceder a la sustanciación del sumario o actuación administrativa tendiente a la investigación de las presuntas faltas endilgadas al representante sindical.

Este criterio cedió, y se orientó en un nuevo sentido, que“...ya el Cuerpo al emitir pronunciamiento en la causa “Municipalidad de Ushuaia c/ Santacruz, Luis Ángel s/ Sumarísimo” expte. N° 727/04–STJ–SR, sentencia del 1° de septiembre de 2004, dejó entrever un sendero que encuentro propicio comenzar a transitar en esta ocasión. Noto que si bien hubo de concluir que la actividad de la administración requería de modo previo la venia jurisdiccional, también concluyó que “Ello no impide sin embargo, que la administración avance en los hechos que

pudieran dar lugar a la determinación de una responsabilidad funcional, deteniendo ese curso cuando se verifique una eventual imputación a quien ostente la protección gremial”.

[...]En este orden de ideas es dable destacar que el sumariado conservará el velo protector, conferido por la ley de asociaciones sindicales, durante su tramitación, y proseguirá con la actividad sindical hasta que exista la decisión judicial que faculte a la administración empleadora a aplicar la sanción.

Este nuevo enfoque es el que mejor se compadece con el propósito contemplado en la ley 23.551, cuya aplicación debe coordinarse con el régimen de empleo público en el sentido que posibilite la subsistencia de ambos dispositivos legales sin redundar en una situación de incompatibilidad, que pueda forzar per se la exclusión de una normativa por otra.

[...] Encuentro entonces atinado, permitir a la administración investigar los sucesos acaecidos, merced a la instrucción sumarial en su sede y finalizado el proceso investigativo requerir la venia judicial, con el objeto de adoptar medidas disciplinarias o en el caso individual ejercer la facultad de variar las condiciones del contrato de empleo público. Con ello el juez contará con los elementos de juicio necesarios para pronunciarse, en ese acotado marco de conocimiento, sobre la procedencia de la acción instaurada al efecto”.

Como se explicó, la investigación sumarial, en tanto no causa perjuicio alguno al agente –pues no genera modificaciones en sus condiciones de trabajo–, puede iniciarse y tramitarse hasta la decisión definitiva. Ahora bien, claro es que si una vez concluido el sumario, se dicta un acto administrativo por medio del cual se resuelve aplicar una sanción al agente, cualquiera sea ella, la misma debe quedar suspendida en su ejecución, hasta lograr la venia judicial a instancias de la acción de exclusión de tutela”.

(Fuente: [http://informacionestdf.com.ar/noticia\\_8399\\_Confirman-la-exclusion-de-la-tutela-sindical-de-Arce-y-Catena.html](http://informacionestdf.com.ar/noticia_8399_Confirman-la-exclusion-de-la-tutela-sindical-de-Arce-y-Catena.html)).

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DEL NEUQUÉN – Provincia del Neuquén c. Heredia Fabio Daniel Y Otros s/ sumarísimo Art. 52 Ley 23.551 • 04/04/2013

“Constituye un presupuesto indispensable de la pretensión de exclusión de tutela sindical que el empleador –tanto público como privado–, al promover la demanda, no sólo describa los hechos sino que también –indefectiblemente– precise la medida que proyecta adoptar en caso de obtener resolución favorable.

En los casos de exclusión de tutela sindical promovidos contra representantes sindicales de trabajadores del Estado, deberá acompañarse el sumario administrativo concluido, del que surja la medida disciplinaria decidida y supeditada a la autorización judicial, en virtud de la estabilidad consagrada por la Constitución Nacional”.

## Acerca de la naturaleza jurídica del procedimiento de exclusión de tutela

La Suprema Corte de Justicia de Mendoza tiene dicho en el caso “Oeste Argentino S.r.l c. Garay, Jorge” de Sala II con fecha 03/05/2010, respecto a la naturaleza jurídica del procedimiento de exclusión de tutela sindical que:

“El procedimiento de exclusión de la tutela sindical es de naturaleza cautelar, y como tal, no decide sobre la suerte o existencia del derecho debatido, sino que sólo se limita a permitirle al empleador a aplicar una medida disciplinaria o disponer el despido del empleado, quien luego podrá discutir la validez de la medida en un juicio posterior”.

Frente a todo esto, surge claro que el hecho de iniciar un sumario administrativo a un empleado público que goza de tutela sindical, sin realizar previamente la exclusión de tutela, no obsta a la conservación de su protección sindical ya que, al no constituir un acto administrativo sino un simple acto preparatorio de la administración (que no produce efectos jurídicos en forma directa), éste no modifica sus condiciones de trabajo, no resultando de modo alguno violatorio de sus garantías sindicales.

Recién habrá un acto lesivo que modifique las condiciones de trabajo, cuando del dictamen de clausura del sumario surja clara la sanción a aplicar y así se notifique por medio de un acto administrativo disponiendo la sanción, ya que el acto adquiere estabilidad cuando el mismo es notificado. Es por ello que para no afectar sus derechos, una vez realizado el dictamen de clausura del sumario y conociendo la Administración la sanción que le corresponde al agente, ésta última no aplica la sanción hasta tanto no obtenga la exclusión de tutela del agente a sancionar.

Sería contraproducente interponer la acción de exclusión de tutela sólo a los fines de iniciar un sumario administrativo ya que, como se ha dicho, en el caso de los empleados públicos, para aplicarles una sanción se requiere de la previa instrucción de sumario. No tendría sentido solicitar la exclusión de la tutela si no se cuenta con los elementos de convicción suficientes para saber que realmente corresponde aplicar una sanción y cuál, ya que, de resultar un sobreseimiento, por ejemplo, se habrá solicitado en vano la exclusión de tutela sindical, sin contar con el hecho de que al no tener los elementos suficientes para fundar la acción de exclusión de tutela, probablemente la misma sea rechazada •