------En la ciudad de Esquel, Provincia del Chubut, República Argentina, a los días del mes de diciembre del año dos mil quince, se reúne en Acuerdo la Excma. Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut, bajo la presidencia del Dr. Günther Enrique Flass y la asistencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Jorge Luis Früchtenicht, a fin de dictar sentencia definitiva en los presentes autos caratulados: ***"A., S. P. c/ MUNICIPALIDAD DE ESQUEL s/ SUMARÍSIMO POR TUTELA SINDICAL"*** (Expte. N° 207 – AÑO: 2015 CANO), venidos en apelación a esta Alzada.----------

----Practicado a fs. 115 el sorteo establecido por el art. 271 del C.P.C. y C. correspondió el siguiente orden para la votación: Dres. FLASS – FRÜCHTENICHT – PETRIS.----------

Acto seguido se procedió a plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Es justa la sentencia apelada de fs. 90/94? y **SEGUNDA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.----------

-----A la PRIMERA CUESTIÓN, el Dr. FLASS dijo:----------

----A fs. 22/25 vta. la Sra. S. P. A., con el patrocinio letrado del Dr. A. C. inicia acción de amparo sindical para que se declare nula la Res. 601/2015 que dispone el cambio de funciones y del lugar de prestación.----------

----------A fs. 30 la actora denuncia un hecho nuevo que es tenido como tal a fs. 62/63 vta. El mencionado hecho nuevo consiste en la privación de computadora y escritorio, así como también en la no asignación de funciones.----------

------A fs. 45/53 vta. contesta la demandada por intermedio de su apoderada la Dra. L. D. oponiéndose al progreso de la acción.----------A fs. 90/94 se dicta sentencia 78/2015 del 2 de octubre de 2015 conforme a la cual se hace lugar a la tutela sindical y se declara nula la Res. 601/2015 conforme a las siguientes consideraciones: 1) la acción de amparo sindical no requiere agotamiento de la vía administrativa; 2) la tutela sindical procede no solo cuando se afectan efectivamente los fueron sindicales sino también cuando se modifican las condiciones de trabajo; 3) aun modificaciones poco relevantes, consideradas inocuas abstractamente, pueden tener

consecuencias nocivas para el arraigo que debe tener el delegado con quienes lo eligieron; 4) si la demandada consideraba necesario un cambio de área, debió recurrir al trámite previsto en el art. 52 de la Ley de Asociaciones Sindical; 5) la naturaleza antigremial se presume iure et de iure.----------
----------A fs. 96 apela la demandada y concedido el recurso expresa agravios a fs. 99/105 siendo sus quejas las siguientes.: 1) objeta que se haya seguido el proceso sumarísimo, pues insiste en que no se afectaron los fueros sindicales; 2) dice que no se ponderaron las circunstancias del caso. Concretamente dice que se tuvo por invocada y probada una afectación al ejercicio de la libertad sindical que no debe presumirse. Sostiene que, al no haber afectación a los fueros sindicales, se debió agotar la vía administrativa. 3) Insiste en que se hizo un uso regular del *ius variandi*. 4) Entiende que no se ha demostrado la ilegitimidad ni la lesividad de la Res. 601/2015.----------
----------En realidad todos los agravios del recurrente parten de un único error primigenio y que puede sintetizarse de la siguiente forma: La tutela sindical no solo procede cuando se ***"IMPIDE"*** la libertad sindical sino también cuando se la ***"OBSTACULIZA"***.----------
----------Una de las formas de ***OBSTACULIZAR*** el ejercicio de la libertad sindical es la "***MODIFICACIÓN DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO***". Es la misma ley quien lo dice.----------
------El empleador tiene varios derechos, entre ellos el ius variandi, al que hace referencia la recurrente pero también el derecho disciplinario a aplicar sanciones y el derecho de distracto por el cual puede poner fin a la relación pagando las indemnizaciones correspondientes. Ahora bien, cuando el empleado ejerce una representación sindical, esos tres derechos subjetivos del empleador quedan suspendidos (art. 48 Ley 23.551).----------
------Ciertamente que esta suspensión no es absoluta y puede ser levantada la tutela sindical cuando hubiera razones fundadas apara ello. No obstante estas circunstancias excepcionales deben ser apreciadas, no por el mismo empleador, sino por el Juez y mediante el procedimiento previsto en el art. 52 ley 23.551.----------

-----No está en discusión que a la actora le modificaron las condiciones de trabajos: la trasladaron, le sacaron el escritorio y la computadora.----------

-----Según la demandada, estas modificaciones obedecieron a la necesidad de solucionar conflictos entre empleados y optimizar la prestación laboral.

Ambos motivos parecen bastante razonables pero, hay un detalle: la demandada debió seguir el procedimiento judicial establecido en la norma y no adoptar unilateralmente ese tipo de medidas pues no estaba facultada para ello.----------

-----Contestando a los agravios de la recurrente voy a decir que:----------

-----***1) El proceso sumarísimo resultó adecuado*** pues se trató de una causa donde se pretendió hacer efectiva la tutela sindical y correspondía aplicar el trámite sumarísimo tal como lo hizo el Sr. Juez de la anterior instancia con quien coincido.----------

------Tampoco hace falta agotar la vía administrativa pues se trata de lo que en Derecho Procesal se llama "tutela urgente". Es la Ley quien en su artículo 47 establece la vía del amparo para la tutela de la libertad sindical.----------

------Lo cierto es que la demandada, cuando fundamenta este agravio, lo hace en atención a que, según ella entiende, no hay lesión a la libertad sindical. No obstante ya dije que tal lesión existió y ello tira por tierra el argumento recursivo.----------

Propongo al Pleno se rechace el agravio bajo análisis. Así lo voto.----------

2) Las circunstancias del caso resultaron suficientemente valoradas.----------

-----Contrariamente a lo que sostuvo la recurrente, el actor ponderó claramente cuál es la violación a la libertad sindical irrogada. Se trata de la Res. 601/2015 cuya copia se acompaña a fs. 21. A fs. 23 se detalla exhaustivamente en que consistió la restricción a la liberad sindical. Puede ser que la recurrente no coincida en que los hechos relatados violen la libertad sindical pero no puede desconocer que la ponderación resultó suficiente.----------

-----Tampoco encuentro razón a la falta de prueba invocada. El cambio en las circunstancias laborales fue reconocido por la misma demandada y consta en una norma municipal ¿Qué prueba más hace falta? Entiendo que

ninguna.----------

------El agravio bajo análisis debe ser rechazado. Así lo voto.----------

----***3) El ius variandi***. A través de toda su argumentación la recurrente insiste en que hizo legítimo uso del *ius variandi*, explica y pretende convencer de ello a este Tribunal.----------

-----La cuestión es otra.----------

-----Ya dije que la tutela sindical limita momentáneamente el *ius variandi*. No significa ello que el empleador carezca completamente de facultades para cambiar el lugar de trabajo o la prestación sino que, tratándose de un empleado alcanzado por la tutela sindical, solo puede hacerlo a través del procedimiento establecido en el art. 52 Ley 23.550.----------

------ En consecuencia, todo el intento de la demandada por demostrar que no abusó de su derecho a cambiar las condiciones de trabajo, que la alteración fue fundada y que con el cambio se logró una mayor eficiencia y más cordial relación, resulta superfluo. Todo ello debió invocarlo y decirlo en el procedimiento previsto en el art. 52 Ley 23.551. No lo hizo allí. No puede hacerlo ahora como defensa de fondo.----------***4) La ilegitimidad y la lesividad de la Res. 601/2015:----------***

Sostiene la recurrente que no se probó la ilegitimidad ni la lesividad de la Res. 601/2015.----------

----En cuanto a la ilegitimidad ya me referí anteriormente. La modificación es ilegítima porque no siguió el procedimiento que

taxativamente prevé el art. 52 Ley 23551.----------

-----Respecto a la lesividad, la ley no dice que sea el empleado quien deba acreditarla, ni siquiera prevé que sea objetivamente apreciable. El art. 48 textualmente dice *"…. No podrán ser …. modificadas sus condiciones de trabajo"*. En ningún momento dice que la modificación debe ser flagrantemente lesiva y mucho menos que sea el trabajador quien deba

probar esa lesividad.----------

-----Lo dicho hasta aquí es suficiente para rechazar el agravio bajo análisis. No obstante es oportuno tener en cuenta que en carta documento obrante a fs. 10, la actora manifiesta su sospecha de que la modificación obedece a un ataque sistemático contra su persona y proveniente del sindicato SOEME.

Ello habría ameritado iniciar el procedimiento del art. 52 Ley 23.551 y no quedarse en una postura cerrada y absoluta, tal como lo hizo la Municipalidad demandada.----------

-----Al igual que en los casos anteriores propongo al Pleno rechazar el agravio formulado. Así lo voto.----------

Resta referirme a las costas de la presente instancia y dado el resultado que propongo al Pleno, no encuentro motivos para apartarme del principio objetivo de la derrota. Voto por que las costas sean impuestas a la demandada vencida en autos.----------

------A IDÉNTICA CUESTIÓN, el Dr. FRÜCHTENICHT, dijo:---------

----Que arriban los presentes autos a esta Alzada, a fin de atender el recurso de apelación intentado por la Municipalidad demandada a fs. 96, concedido a fs. 97 y enderezado contra la sentencia definitiva de la instancia inferior que luce agregada a fs. 90/94, la que en lo sustancial decidió hacer lugar a la demanda sumarísima de tutela sindical declarando la nulidad de la Resolución Municipal Nro. 601/2015; impuso las costas del proceso a la demandada vencida y reguló los honorarios de los profesionales que asistieron a las partes.----------

-----Los agravios de la accionada apelante fueron expresados en el memorial que se agrega a fs. 99/105, formulando expresa reserva del denominado "caso federal" y conforme al traslado ordenado a fs. 106, merecieron réplica de la contraria, quien responde cada uno de los agravios deducidos y solicita la confirmación de la sentencia hoy puesta en crisis.----------Firme que se encuentra el llamado de autos para sentencia de fs. 114 y practicado a fs. 115 el sorteo que dispone el art. 271 CPCC, me dispongo a emitir mi voto, conforme las prescripciones del art. 274 del rito, en función de lo dispuesto por los arts. 168 y 169 de la Carta Magna provincial, anticipando que las quejas serán tratadas en el orden en que han sido propuestas a esta Alzada y atendiendo a la exigüidad del plazo que tengo para expedirme.----------

----------No reiteraré aquí la glosa de antecedentes y referencias de este legajo que en su voto realiza precisa y detalladamente el vocal que me precedió con su dictamen. Me remito a ellos y los hago propios en tanto se ajustan a las constancias documentales que he

examinado y que se encuentran agregadas a este legajo, y todo en ello en homenaje a la brevedad procesal y a la exigüidad antes mencionada.----------Dispuesto ya a abordar la apelación intentada por el Municipio accionado (v. fs. 99/105), éste se agravia en primer lugar (V. fs. 99/101vta.) por cuanto el *a quo* hizo lugar a al proceso sumarísimo de tutela sindical. En apoyo de su postura impugnaticia despliega los fundamentos de su agravio, desconociendo el suscripto si refiere el tipo de proceso dispuesto por el sentenciante o la circunstancia de haber hecho lugar a la pretensión de la actora. Sin perjuicio de analizar seguidamente ambas opciones, anticipo que el agravio tal y como fuese propuesto a esta Alzada no puede ser acogido.----------Así las cosas, si la queja refiriese el tipo de proceso dispuesto por el judicante, debo advertir, en primer lugar, que conforme lo dispuesto en el art. 47 de la Ley Nro. 23.551 de Asociaciones Sindicales (en adelante: LAS) el trabajador o asociación sindical que fuere impedido u obstaculizado en el ejercicio regular de aquellos derechos de la libertad sindical garantizados por la misma ley, podrá recabar el "*amparo*" de esos derechos. En su función, existe consenso doctrinario y jurisprudencial en orden a que el proceso que cabe imprimir a una pretensión como la articulada a fs. 22/25, en nuestro caso, se corresponde con el proceso sumarísimo cuyo trámite regula el art. 502 del rito provincial. En su virtud, arribando firme a esta instancia la providencia de fs. 26, el agravio no puede prosperar.----------

------Asumiendo que la apelante se agravia de lo resuelto sustancialmente en la sentencia que ataca, esto es, la circunstancia de haberse hecho lugar a la pretensión de la actora, se impone entonces señalar algunos conceptos.----------El instituto de la tutela sindical supone un sistema de protección especial que intenta resguardar a los representantes de los trabajadores de actos de persecución preventiva o de represalias por parte de los empleadores, interesado en brindar a aquellos representantes del colectivo de trabajadores representados el ejercicio de una actividad sindical libre, resultando este último un bien jurídico de rango constitucional, pues su efectividad resultaría impensable si a las personas comisionadas por aquel colectivo para organizar y conducir las distintas etapas por las que se desarrolla la

sindicalización no se les otorgasen ciertas garantías de que no resultarán perjudicados en sus relaciones de empleo, ello con la finalidad de condicionar, obstaculizar e impedir el ejercicio de su misión. La entidad jurídica concedida al instituto que trato surge del art. 14 nuevo de la Constitución Nacional; del Convenio Nro. 87 de la OIT, ratificado por la Ley Nro. 14.932; del Convenio Nro. 98 de la misma OIT ratificado mediante Decreto Ley Nro. 11.594/56; de la Recomendación Nro. 143 de la OIT; de la Ley Nro. 23.551 de Asociaciones Sindicales y su Decreto Reglamentario PEN Nro. 467/88 y de la Ley Nro. 23.592 de Actos Discriminatorios.----------

-----En función de tales leyes, el "amparo" solicitado por el representante sindical que estima violentadas las garantías que surgen del art. 48 LAS constituye una especie de *tutela procesal diferenciada*. Calificada doctrina conceptualiza a aquélla, afirmando que: "*habrá tutela diferenciada cuando –excepcionalmente y a raíz de experimentar urgencias apremiantes el requirente del servicio de justicia o de las singularidades del derecho material cuya aplicación se reclama- se hubiera instrumentado un montaje procesal autónomo de cierta complejidad, portador de una pretensión principal y que cuenta con la dirección de un órgano jurisdiccional investido de faculatades incrementadas e inusuales; estructura que deberá satisfacer, en la medida de lo razonable, la garantía del debido proceso (que ampara tanto al requirente del servicio de justicia como al requerido) y que se deberá apartar, en varios aspectos y notoriamente, de las matrices vigentes clásicas.*" (v. PEYRANO, Jorge W.; "*Precisiones sobre el concepto de tutela diferenciada*"; art. pub. en "*Revista de Derecho Procesal*" 2009-1; Rubinzal Culzoni Ed.; Santa Fe; 2009; p.22).------Conforme surge del art. 48 LAS, los representantes sindicales no podrán ser despedidos, suspendidos o (tal el supuesto del presente caso) modificadas sus condiciones de trabajo. Frente a cualquiera de tales extremos, el representante alcanzado por aquéllas garantías que invocase su violación o viese condicionado, obstaculizado o impedido el ejercicio de su mandato, podrá promover la acción que prescribe el art. 47 LAS, recabando el "amparo" de sus derechos.-

----------Reconocida entonces la viabilidad de la acción intentada con sustento en los hechos que relata en el

escrito postulatorio de su pretensión, corresponde a esta altura asumir el tratamiento de su contrapartida, cual es la acción de exclusión de la garantía o tutela sindical que surge del art. 52 LAS, 1er. párr.----------
----------Siendo que no cabe modificar las condiciones de trabajo, aunque ello estuviere justificado y no cause perjuicio al trabajador/representante sindical, sin obtener autorización judicial expresada en una sentencia de exclusión de la garantía sindical (trámite previsto en el mencionado art. 52 LAS), podemos colegir que la obtención por parte del empleador de aquella sentencia constituye un supuesto de "*prejudicialidad convalidante*" y que *el dispositivo garantista consiste en subvertir el orden normal de la secuencia que ordinariamente comienza con la decisión patronal y su comunicación, a la que sigue luego la revisión judicial de la medida* (cfr.
ETALA, Carlos; "*Protección de los representantes gremiales*"; Pulsar ed.; Bs.As.; 1990; p. 68 y ss).----------
------Es así entonces que si el empleador procediese del modo ordinario descripto en el párrafo que precede, su decisión estaría viciada de nulidad en tanto y cuanto carecería de una condición de validez formal y solemne al haberse omitido el procedimiento que la ley impone y que resulta ser, inexorablemente, previo. Y ello así, pues trátase de una condición de validez de la decisión del empleador en tanto acto jurídico, al que indefectiblemente le faltaría un requisito esencial que impide la producción de los efectos queridos por el emisor y que impone su nulidad. Tal nulidad resulta ser de los arts. 1043 y 1044 del código Civil vigente al momento de su dictado y en relación con el objeto mismo del acto, vinculado con las formas exigidas mas no con la capacidad o voluntad de las personas.----------
Es dable agregar que la acción de exclusión de la garantía sindical supone un "*régimen de propuesta*" (v. "*Shel Capsa c/ Méndez, Edgardo*" del 28.05.90, causa "*Quela*" y criterio mayoritario en la CNAT), requiere al empleador demandante que exponga claramente al accionar qué tipo de medida se propone adoptar, con qué extensión, ello en función que será el juez quien deberá emitir un juicio de adecuación proporcional entre los incumplimientos que se comprueben y la gravedad de la respuesta

proyectada por el empleador.----------
-----En el escenario invocado por el Municipio demandado y habiendo referido discusiones y destrato entre los miembros de la oficina que ocupaba la actora, necesariamente debió la accionada recurrir al procedimiento previsto en el art. 52 LAS y promover la mencionada acción de exclusión de la garantía sindical, lo que no ha hecho, resultando en su consecuencia ilegítimas las medidas decididas y en su consecuencia nula la Resolución Municipal Nro. 601/2015 por ausencia de aquella
prejudicialidad convalidante que referí más arriba.----------
-----En su virtud, el agravio no puede prosperar en esta sede, y así lo voto.--
-----Su segunda queja (v. fs. 102104vta.) sobreviene por estimar la apelante que el sentenciante no realizó una ponderación razonada de las
circunstancias del caso.----------
-----Anticipando que el agravio tendrá similar suerte que el anterior, debo señalar, en primer término, que la ocasión para ponderar in extenso las particulares circunstancias del caso resulta ser la acción de exclusión de la garantía sindical prevista en el art. 52 LAS. Sin perjuicio de ello, advierto que el judicante ha ponderado razonablemente aquéllas variables que atraviesan el conflicto traído al conocimiento de esta jurisdicción, sólo que decidiendo en contra de lo pretendido por la apelante. Así, entiendo que la recurrente no se hace cargo de desarticular los argumentos de suficiente solidez ni los detallados fundamentos legales dados por el sentenciante para explicar la decisión adoptada al fallar y que se hallan expuestos y suficientemente desarrollados en el Considerando PRIMERO del decisorio puesto en crisis y su queja ha consistido en una discrepancia con el razonamiento desarrollado por el sentenciante que no alcanza la entidad necesaria que habilite su viabilidad impugnaticia en esta instancia. En función de lo dicho, el agravio no debe prosperar, y así lo voto.----------Se agravia, por último (v. fs. 104vta./105) por haber declarado el sentenciante la nulidad de la Resolución Municipal Nro. 601/2015 sin fundamento suficiente.----------
----
------El agravio así deducido tampoco puede prosperar pues como lo sostuve al tratar la primera queja de la apelante, la nulidad de aquélla resolución se

impone por ausencia de la *prejudicialidad convalidante* que mencioné. Así, el agravio no puede prosperar y así lo voto.----------

------Es así entonces que debió la accionada impugnante –y no lo ha hecho – sustentar sus agravios con un cuestionamiento concreto y eficaz de los fundamentos esenciales que exhibe el pronunciamiento objetado, tarea que no encuentro cumplida cuando las alegaciones formuladas por la apelante sólo exteriorizan una mera discrepancia subjetiva tendiente a descalificar aspectos que son privativos de la función axiológica del magistrado apoyándose en su propia versión sobre los hechos y de cómo en su opinión debieron apreciarse las pruebas agregadas a este legajo. Lo hasta aquí expuesto, configura en la apelación que trato una técnica carente de idoneidad para representar la efectiva configuración de un vicio en el razonamiento sentencial en orden a la apreciación de las circunstancias particulares del caso. En su función, la sentencia en crisis no puede ser tachada de irrazonable o arbitraria porque la inteligencia que efectúa del texto legal no excedió el marco de posibilidades que brindan las normas en juego ni tradujo una apreciación irrazonable del tema propuesto. Así, la elección en juego importó adoptar una solución posible, apoyándose en razones suficientes que fueron fundadamente expuestas en el Considerando PRIMERO de la sentencia apelada. Por lo dicho, voy a coincidir con el vocal que me precedió con su voto, proponiendo al Acuerdo confirmar la sentencia hoy en crisis. Así lo voto.----------

-----Resta sólo referir las costas de esta instancia. Tal y como propondré al Pleno se resuelva la apelación que trato estimo que las costas de esta Alzada deben imponerse a la demandada apelante, por imperio del principio objetivo de la derrota que se aloja en el art. 69 CPCC, no advirtiendo motivos para apartarme de él. Así lo voto también.----------**A la SEGUNDA CUESTIÓN el Dr. FLASS, dijo:**----------

Conforme lo expuesto al analizar la primera cuestión propongo al Pleno: **1) CONFIRMAR** la sentencia de grado en cuanto fuera materia de agravios y **RECHAZAR** el recurso de apelación intentado. **2) IMPONER** costas al recurrente vencido. **3) REGULAR** los honorarios profesionales de la Dra. L. D. en la suma equivalente a **OCHO (8) JUS** y los correspondientes al Dr.

A. J. C. en la suma equivalente a **DIEZ (10) JUS**, en ambos casos con más el IVA pertinente de (art. 13 de la Ley XIII Nº 4 DJP del Arancel). **4) TENER PRESENTE** la reserva del caso federal planteada.----------

------**A IDÉNTICA CUESTIÓN, el Dr. FRÜCHTENICHT, dijo**:--------

----En consonancia con lo manifestado en ocasión de votar a la primera cuestión, propongo al Acuerdo: **I.- CONFIRMAR** la sentencia apelada; **II.- IMPONER** las costas de esta Alzada a la demandada apelante (art. 69 CPCC); **III.- REGULAR** los honorarios profesionales de la Dra. L. D. en la suma equivalente a **OCHO (8) JUS** y los correspondientes al Dr. A. J. C. en la suma equivalente a **DIEZ (10) JUS**, en ambos casos con más el IVA pertinente de (arts. 5, 7, 8, 13, y ccdts de la Ley XIII Nº 4 DJP del Arancel) y **IV.- TENER PRESENTE** la reserva del Caso Federal planteada.----------

-----Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictarse la siguiente:----------

----------S E N T E N C I A----------

----**Y VISTO**: Por los fundamentos del Acuerdo precedente, la Excma. Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut, ***resuelve:***----------

-----I.- CONFIRMAR la sentencia registrada bajo el N°78 de fecha 02 de octubre de 2015 y que obra a fs. 90/94.----------

-----II.- IMPONER las costas de esta Alzada a la demandada apelante (art. 69 C.P.C. y C.).----------

------III.- REGULAR los honorarios profesionales de la Dra. L. D. en la suma equivalente a **OCHO (8) JUS** y los correspondientes al Dr. A. J. C. en la suma equivalente a **DIEZ (10) JUS**, en ambos casos con más el IVA pertinente de (art. 13 de la Ley XIII Nº 4 DJP del Arancel).----------

----------**------IV.- TENER PRESENTE** la reserva del caso federal planteada.----------**V.- REGÍSTRESE**, notifíquese y devuélvase.----------La presente sentencia es dictada por dos Jueces de Cámara por haberse

alcanzado la mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17 del Digesto Jurídico de la provincia) y encontrarse de licencia el Dr. Claudio Alejandro Petris.----------
---

GÜNTHER ENRIQUE FLASS JORGE LUIS FRÜCHTENICHT

REGISTRADA BAJO EL N° CANO DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS DEL AÑO 2015. CONSTE.