--- En la ciudad de Trelew, a los 8 días de junio del año dos mil veintitrés, se reúne la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia de la Dra. Florencia Cordón Ferrando y la presencia de la Sra. Jueza de Cámara Dra. Natalia Isabel Spoturno, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“F., D. M. c/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL Y SEGUROS DE LA PROVINCIA DEL CHUBUT s/ Tutela Sindical” (Expte. Nro. 98 - Año 2023 CAT.)**, venidos en apelación y expedirse en orden al sorteo practicado en autos. Las Magistradas resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada? SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

--- **A LA PRIMERA CUESTIÓN,** la Dra. Natalia Isabel Spoturno dijo:

--- I. El día 2 de febrero de 2023 la Jueza de primera instancia dictó sentencia haciendo lugar a la demanda de tutela sindical interpuesta por el Sr. D. M. F. en contra del Instituto de Seguridad Social y Seguros de la Provincia del Chubut. En consecuencia, declaró la nulidad de la Disposición N° 97/2021 dictada por el Gerente General del ISSyS de la Provincia del Chubut y ordenó que, firme la presente, se adjunte copia certificada de la sentencia en el legajo personal del accionante. Impuso las costas a la demandada vencida y reguló los honorarios de los profesionales intervinientes.

--- Para resolver de este modo la Jueza señaló que el actor interpuso la acción prevista en el artículo 47 de la Ley 23.551 de Asociaciones Sindicales. Destacó que el derecho de libertad sindical está protegido constitucionalmente y por diversos instrumentos internacionales. Agregó que a nivel nacional el régimen de Asociaciones Sindicales está regulado por la Ley 23.551 y su Decreto Reglamentario 467/88. A continuación dijo que el tema principal en cuestión es si la Disposición N° 97/2021, que impone una suspensión de tres días al Sr. F. (delegado sindical) e instruye a la Dirección de Secretaría General para que aplique la sanción dispuesta una vez que cese la tutela sindical del accionante, viola o no la garantía de estabilidad prevista por la Ley de Asociaciones Sindicales y las normas internacionales mencionadas anteriormente. Con cita de los artículos 47, 48 y 52 de la Ley 23.551, art. 14bis de la Constitución Nacional, Convenio 135 OIT y jurisprudencia de la CSJN argumentó que las personas amparadas por estas garantías no pueden ser suspendidas, despedidas ni tener modificaciones en sus condiciones de trabajo sin una resolución judicial previa que las excluya de la garantía. De este modo, quien pretenda tomar medidas disciplinarias contra un delegado o delegada sindical debe recurrir a los tribunales para solicitar la exclusión de la tutela sindical. Además, debe comprobar al Juez o Jueza el motivo justificado de su decisión, especificando concretamente qué medida pretende adoptar, para que el tribunal pueda evaluar si las inconductas se encuentran acreditadas y si la medida que se pretende aplicar es proporcionada y no encubre actos antisindicales. Concluye que la demandada pretende saltearse con la Disposición en cuestión el procedimiento de exclusión de tutela sindical

previsto en la Ley 23.551, evitando así que la judicatura evalúe la procedencia o no de su decisión sancionatoria, prorrogando la ejecución o cumplimiento de la medida disciplinaria al cese de la tutela sindical. Agrega que, de admitirse la medida, toda la protección contra los actos violatorios de la libertad sindical caería en saco roto, dado que, terminado el período de tutela sindical, el/la representante gremial carecería de acción para cuestionar la medida a través de la herramienta prevista en el art. 47 de la LAS. Señala que la acción de exclusión necesariamente debe instarse en forma previa a la determinación de la medida a adoptar y es un requisito formal cuya inobservancia vuelve nula la medida que se adopte sin seguir el procedimiento legal protectorio. Concluye que el mecanismo propuesto por la accionada es una forma de eludir el previo control judicial de sus decisiones sancionatorias contra representantes sindicales y declara la nulidad de la Disposición N° 97/21.

---II. --La demandada interpuso recurso de apelación mediante presentación digital ID 952357 y expresó agravios mediante ID 958204 que fueron respondidos por la contraria mediante ID 969691.

---La recurrente afirma que le causa agravio que la sentenciante haya declarado nula la Disposición N° 97/2021, atento que, como surge de su texto, difiere la aplicación de la sanción para el momento en que cese la tutela sindical. Afirma que, dado que la ejecución se difirió para cuando cese la tutela, la libertad sindical no se encuentra comprometida. Sostiene que el procedimiento establecido en la LAS solamente se refiere a los casos en que se pretende aplicar una sanción en forma actual y que en este caso no se contraviene la norma dado que la sanción no pretende ser aplicada en el momento de su dictado. Señala que el procedimiento iniciado es imprescindible para establecer la existencia de los hechos y determinar responsabilidades por lo que se equivoca la Jueza al considerar que, en forma previa a toda esa actividad administrativa de carácter sumarial, se debía iniciar la exclusión de la tutela sindical, no contrariando en forma alguna la Ley 23.551 el hecho que la sanción a aplicar se difiera para el momento del cese de la tutela sindical. Señala que ninguna normativa le prohíbe al ISSyS suspender y diferir la aplicación efectiva de la sanción para el momento en que cese la tutela sindical. Dice que F. ejerció su derecho de defensa durante el sumario y, además, en ningún momento del procedimiento sumarial planteó su condición de tutelado a fin de excluir su participación como imputado. Agrega que obrar como pretende la sentenciante implicaría discutir dos veces la existencia de la justa causa requerida por la ley y que el trabajador tendría posibilidades de cuestionarla tanto en el procedimiento de exclusión de tutela sindical y luego, de ser procedente la exclusión, continuar vigente la posibilidad de cuestionar la aplicación efectiva de la sanción. Por último, se agravia por la imposición de costas las que, afirma, deben ser impuestas al actor.

--- III. No asiste razón a la demandada en sus agravios de modo que, si mi opinión es compartida por mis colegas de Sala, la decisión debe confirmarse.

--- Tal como acertadamente señala la Dra. T. en su sentencia, las normas son muy claras y establecen que para suspender, despedir o modificar las condiciones de trabajo de las personas amparadas por las garantías previstas en los arts. 40, 48 y 50 de la Ley 23.551 es imprescindible que medie una previa resolución judicial que excluya la garantía (art. 52 LAS).

--- En este caso la demandada en lugar de recurrir a la justicia con el fin de solicitar la exclusión de la garantía optó por aplicar una sanción y diferir su ejecución para el momento en que cese la tutela. Esta maniobra, ideada para eludir la aplicación de la ley, es inadmisible. La norma es clara y dice que para poder suspender —que es lo que se hizo en este caso— se debe obtener, de manera previa, una resolución judicial que excluya la garantía. Esta protección impide la aplicación de la sanción y de modo alguno habilita su imposición difiriendo la ejecución. La empleadora, mediante la Disposición declarada nula en la instancia anterior, aplicó una sanción de suspensión cuando no podía hacerlo y el diferimiento de la ejecución en nada modifica esta circunstancia. La sanción fue impuesta y eso es todo lo que importa.

--- No es cierto, como dice la recurrente, que ninguna norma le prohíba al ISSyS proceder como lo hizo. Por el contrario, es tan obvio que no puede hacerlo que no es necesaria norma expresa que lo prohíba. De hecho, se lo prohíbe todo el sistema legal, supralegal y constitucional de protección de la libertad sindical.

--- Por otra parte, corresponde destacar que no es lo mismo iniciar un procedimiento a fin de establecer la existencia de los hechos y determinar responsabilidades que aplicar una sanción. Es evidente que la recurrente no advierte la diferencia dado que afirma en sus agravios que *"el procedimiento sumarial era necesario e imprescindible realizarlo en forma previa a fines de determina la comisión del hecho y deslindar responsabilidades, no contrariando en forma alguna a la LAS el hecho que la sanción a aplicar se difiera para el momento del cese de la tutela sindical"*. En efecto, una cosa es la posibilidad de llevar adelante un sumario a fin de investigar la existencia de un hecho y determinar responsabilidades (para lo que no se requiere la exclusión de la tutela, tal como surge de la jurisprudencia que cita la recurrente) y otra cosa es aplicar la sanción. Por ello, una vez sustanciado el sumario, si la demanda consideraba que estaban dadas las condiciones para aplicar una sanción debía, necesaria e imprescindiblemente, solicitar judicialmente la exclusión de la tutela y luego aplicar la sanción.

--- Por otra parte, la circunstancia de haberle dado al actor participación en el procedimiento sumarial, no modifica en nada lo decidido. Tampoco lo modifica el hecho de que el tutelado no haya invocado la garantía durante la tramitación del sumario. Como dije antes, es razonable que la empleadora inicie una investigación sumarial si considera que hay motivos para hacerlo y también es razonable dar participación a la persona investigada (puesto que

no hacerlo implicaría una grave violación del derecho de defensa). Lo que es contrario a todo el ordenamiento jurídico es aplicar una sanción sin antes solicitar judicialmente la exclusión de la tutela.

--- La Jueza señaló en su sentencia con cita de un precedente de la CSJN, que el empleador que pretende modificar las condiciones de trabajo, suspender o despedir a un delegado/a sindical, de manera previa debe recurrir a los estrados judiciales a solicitar la exclusión de la tutela sindical. Y a tales fines, debe comprobar el motivo justificado de su decisión, especificando concretamente qué medida pretende adoptar, para que el órgano jurisdiccional evalúe si las razones que invoca no solo no encubren medidas antisindicales, sino, además, si se encuentran acreditadas las inconductas achacadas y si la medida que se pretende es proporcionada o no.

--- Frente a esta afirmación, la demandada se agravia y dice que obrar como pretende la sentenciante implicaría discutir dos veces la existencia de la justa causa requerida por la ley y que el trabajador tendría posibilidades de cuestionarla tanto en el procedimiento de exclusión de tutela sindical y luego, de ser procedente la exclusión, continuar vigente la posibilidad de cuestionar la aplicación efectiva de la sanción.

--- Tampoco acierta la demandada en este agravio.

--- Antes del dictado por parte de la CSJN de la sentencia citada por la Dra. T., existían en jurisprudencia dos posturas antagónicas. Una de ellas decía que en los procesos de exclusión de tutela se origina una decisión con carácter pleno y definitivo, que la sentencia hace cosa juzgada y que no se admitiría la duplicidad de procesos (postura mayoritaria). La otra decía que la declaración judicial de exclusión de tutela tiene la única finalidad de que el empleador tenga la posibilidad de adoptar la medida que justificó la demanda, sin que la razonabilidad, justicia o legitimidad de su aplicación, deba ser motivo de decisión judicial en el marco del proceso sumarísimo (postura minoritaria).

--- En el año 2018 la CSJN se expidió en la causa “Universidad Nacional de Rosario c. Calarota, Luis R. s/exclusión de tutela sindical”, publicada en La Ley Online AR/JUR/13/2018. En esta causa, a través del voto mayoritario —doctores Highton de Nolasco, Maqueda y Lorenzetti— se estableció que *“…es indudable que la resolución judicial previa a la que alude el art. 52 solo puede excluir dicha garantía a partir de una cabal comprobación del motivo justificado que el empleador invoque. Comprobación que, huelga decirlo, solamente puede hacerse a partir de una concreta especificación en la demanda de la medida que se pretende adoptar, pues de otro modo los jueces no podrían evaluar si las razones que se alegan guardan relación o proporción adecuada al despido, la suspensión o la modificación contractual de que se trate”*. A partir de esta decisión se consolidó la jurisprudencia mayoritaria.

--- Por lo expuesto, en el marco jurisprudencial actual no puede afirmarse, como hace la demandada, que *"en dos oportunidades consecutivas se estaría discutiendo la justa causa establecida por la LAS, lo cual resulta improponible e irrazonable"*. Por el contrario, actualmente no hay dudas de que la discusión se da una sola vez y es en el marco del proceso de exclusión de tutela judicial.

--- Por lo expuesto propongo al acuerdo rechazar los agravios expresados por la demandada y confirmar en consecuencia la sentencia recurrida en todo lo que fue materia de agravios.

---III. Conclusión: Por los fundamentos dados propongo confirmar la sentencia apelada con costas a la demandada vencida (art. 57 Ley XIV n° 1).

---En atención a la calidad y resultado de los trabajos profesionales cumplidos en esta instancia, propongo regular los honorarios del Dr. S. R.J. M. A. y de la Dra. E. F., en conjunto, en la suma equivalente a 11 JUS, sin regular honorarios a los Dres. P. A. y M. J. R. C. (arts. 2, 5, 6bis, 7, 9, 13, 38 y 46 de la Ley XIII n° 4).

---Por los fundamentos expuestos me pronuncio en la primera cuestión POR LA AFIRMATIVA.

---**A LA PRIMERA CUESTIÓN**, la Dra. Florencia Cordón Ferrando expresó:

---I.- Atendiendo a la claridad de la reseña efectuada por la Magistrada preopinante, tanto de la sentencia de origen de fecha 02/02/2023 como de los agravios deducidos por la demandada (ID 958204), me remito a la misma en honor a la brevedad. Iré directo al asunto.

---Adelanto que coincide mi opinión con la expuesta por la prevotante de modo que, para fundar mi voto individual en cumplimiento de la manda del art. 169 de la Const. Prov., bastará que formule las siguientes consideraciones.

---II. La demandada cuestiona la declaración de nulidad de la Disposición Nº 97/2021 del ISSyS efectuada en la sentencia apelada, argumentando que la libertad sindical no se haya comprometida, en tanto se difiere la aplicación de la sanción de suspensión dispuesta al actor para el momento en que cese su tutela sindical.

---Sostiene también que el procedimiento sumarial iniciado resultaba imprescindible para establecer la existencia de los hechos y determinar las responsabilidades. Dice que por eso yerra la a quo en su razonamiento al considerar que en forma previa a toda esa actividad administrativa se debía iniciar la exclusión de tutela sindical.

---Dice que no existe ninguna normativa que le prohíba al ISSyS suspender y diferir la aplicación efectiva de la sanción para el momento en que cese la tutela sindical.

---Agrega que exigir el inicio del procedimiento de exclusión en forma previa, implicaría discutir dos veces la existencia de la justa causa requerida por la ley, lo que considera irrazonable.

---Para resolver, es necesario recordar que el art. 52 de la Ley de Asociaciones Sindicales establece con suma claridad en la primera parte de su primer párrafo que: "Los trabajadores

amparados por las garantías previstas en los artículos 40, 48 y 50 de la presente ley, 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, conforme al procedimiento establecido en el artículo 47" (el subrayado es mío).

---De los términos de la norma surge patente que para poder suspender al trabajador amparado por una tutela sindical se debe, en forma previa, tramitar la exclusión de dicha protección legal. De tal modo es evidente que la empleadora, mediante la Disposición aludida, no hizo más que hacer caso omiso a lo dispuesto por el art. 52 LAS, bajo el particular artilugio de adoptar la decisión administrativa de aplicar la sanción de suspensión pero diferir su ejecución o efectivización para cuando cese la tutela.

---Como bien lo advirtió la Jueza de primera instancia, de convalidarse la maniobra en cuestión, se haría caer directamente en saco roto la protección contra los actos violatorios de la libertad sindical, dado que, cesado el período de garantía, el actor carecería de acción para cuestionar la medida.

--- Por otro lado, no es necesaria la existencia de una norma que expresamente prohíba al ISSyS actuar del modo en que lo hizo -suspender y diferir- como se alega, dado que la prohibición deriva lógicamente de la recta interpretación del ordenamiento jurídico que protege la libertad sindical y que no deja lugar a duda alguna.

---La protección a la libertad sindical tiñe todo el ordenamiento existente. Nótese, que desde el art. 1º de la ley 23.551, se establece expresamente que "la libertad sindical será garantizada por todas las normas que refieren a la organización y acción de las asociaciones sindicales". La tutela sindical no es ni más ni menos que la regulación de la cláusula del art. 14 bis de la Constitución Nacional según la cual "los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo" (Juan Manuel Domínguez en comentario a los arts. 47 al 52 en "Derecho Laboral. Riesgos del Trabajo. Higiene y Seguridad en el Trabajo. Derecho Colectivo del Trabajo", Director Miguel Ángel Pirolo, Ed. Thomson Reuters, La Ley, 1ª edición, 2015, tomo III, págs. 847 y 851).

---Por todo ello, si la demandada entendía, luego de transitar el procedimiento sumarial interno, que el actor incurrió en una falta que justificaba una sanción de suspensión, debió, necesariamente, antes de disponerla, iniciar la acción judicial de exclusión de la tutela, a fin de que la judicatura evalúe la procedencia o no de la misma.

---Ahora bien, es evidente que es la recurrente –y no la jueza de primera instancia - quien confunde el procedimiento sumarial previo con la decisión sancionatoria. Es que en la sentencia recurrida no se dijo que se debía iniciar la exclusión de la tutela sindical en forma previa a la actividad administrativa sumarial, sino en forma previa a aplicarse la medida.

---Es que el procedimiento previo es independiente –y obligatorio según el caso- a los fines de investigar el hecho, determinar si el trabajador tuvo alguna responsabilidad en el mismo y conformar la voluntad de la administración tendiente a aplicar la sanción, pero es claro que esta última no podía ser dispuesta en su propia sede ante la existencia de la garantía sindical.

---Por otro lado, sin perjuicio de que no es un argumento válido para prescindir del recaudo legal, no es acertado sostener que su exigencia llevaría a discutir dos veces la sanción, teniendo en cuenta la interpretación jurisprudencial imperante en la actualidad respecto al grado de conocimiento judicial en los procesos de exclusión de tutela. ---Sobre esta cuestión me he pronunciado en profundidad al emitir mi voto en la SDL 82/2018. Allí señalé que, frente a la falta de previsión expresa en la Ley 23.551 así como en el decreto reglamentario Nº 467/1998 en torno al grado de conocimiento que debe tener el juez/a para disponer la exclusión de tutela sindical, la Corte Suprema de Justicia de la Nación había emitido pronunciamiento en la causa "Universidad Nacional de Rosario c. Calarota, Luis R. s/exclusión de tutela sindical", del 15/02/2018-.

---En dicho precedente, el voto de la mayoría expresó que "...es indudable que la resolución judicial previa a la que alude el art. 52 solo puede excluir dicha garantía a partir de una cabal comprobación del motivo justificado que el empleador invoque. Comprobación que, huelga decirlo, solamente puede hacerse a partir de una concreta especificación en la demanda de la medida que se pretende adoptar, pues de otro modo los jueces no podrían evaluar si las razones que se alegan guardan relación o proporción adecuada al despido, la suspensión o la modificación contractual de que se trate".

--- Tal como lo explica la doctrina, tal aseveración efectuada por la Corte en ejercicio de una función interpretativa, expresa un requisito técnico trascendente que si bien escapa al texto normativo del art. 52 de la ley 23.551 y de su reglamentación, su configuración tiende a favorecer la función del juez al momento de valorar las razones para quitar la tutela, garantizar el debido proceso, el derecho de defensa y además evitar que, en determinados casos, frente a la acreditación de un hecho que pueda calificarse como "levemente sancionable", quede expedita livianamente la supresión de la garantía de intangibilidad, configurándose así un despido injustificado, desarticulando esa fuerza protectoria y tutelar del sistema protectorio... (Conf. comentario al fallo efectuado por Price, Douglas- Moreno Santiago, en "un refuerzo a la tutela sindical", publicado en DT2018 (abril), 848, La Ley Online AR/DOC/591/2018).

---Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, el 20/12/2017, dictó sentencia en el caso "Fate SAICIC c. Ottoboni" (La Ley Online AP/DOC/755/2018), abandonando la tesis del procedimiento cautelar o precautorio que venía sosteniendo, fijando su nueva posición como doctrina legal, alineándose así con la jurisprudencia asentada por la

Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en el ámbito de la Capital Federal desde el fallo “Quela S.A c. Chávez”.

---Esta tesitura bajo la cual se ha alineado toda la jurisprudencia es la que mejor concilia con el bien jurídico tutelado por el art. 14 bis de la CN, Convenios 87 y 98 de la OIT y los arts. 48 y 52 de la ley 23.551, que no es otro que la libertad sindical y la misión encomendada por el legislador al juzgador, consistente en cotejar la inexistencia de un acto discriminatorio o conducta antisindical por parte del empleador. Es decir, en definitiva, lo que debe valorase es si la solicitud de rehabilitación del ejercicio de las potestades del empleador –disciplinarias y de resolución contractual- guarda relación o no, con la esfera dentro de la cual transcurre la actividad sindical del trabajador tutelado y si la afectará.

---No debe perderse de vista que la finalidad del art. 52 de la ley 23.551 es asegurar “el ejercicio” de la representación sindical, teniendo en miras el interés del “colectivo” representado por el trabajador tutelado por sobre el interés individual del trabajador, imponiéndose, en ese mismo interés, una solución rápida de la cuestión a través del proceso sumarísimo.

---En base a todo lo expuesto, es claro que los argumentos de la recurrente no logran conmover la decisión de primera instancia y la nulidad dispuesta resulta ajustada a derecho.

---III. **Conclusión:**

---Por todo lo dicho, concuerdo con la colega preopinante en que corresponde confirmar la sentencia apelada, con costas de la alzada a la demandada vencida (conf. art. 57 Ley XIV nro. 1). En cuanto a los honorarios profesionales, atendiendo a la calidad y resultado de los trabajos profesionales cumplidos en la alzada, estimo justos y adecuados los propuestos por la colega que me precedió en el voto.

---Me expido aquí entonces por la AFIRMATIVA.

---**A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, la Dra. Natalia Isabel Spoturno expresó:

---Visto el acuerdo alcanzado corresponde:

---A) CONFIRMAR la sentencia apelada con costas a la demandada vencida.

---B) REGULAR los honorarios del Dr. S. R.J. M. A. y de la Dra. E. F., en conjunto, en la suma equivalente a 11 JUS y no regular honorarios a los Dres. P. A. y M. J. R. C.

---Tal mi voto.

---**A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, la Dra. Florencia Cordón Ferrando expuso:

--- El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por la Dra. Spoturno, en tanto refleja fielmente el acuerdo logrado. Así lo voto.

--- Con lo que se dio por terminado el Acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal por haberse logrado la mayoría y encontrarse en uso de

licencia el restante vocal de Sala (artículo 274 del C.P.C.C y artículo 9 del Acuerdo Extraordinario 3145 S.T.J.Ch.).

--- Trelew, 8 de junio de 2023.

---En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede, la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Trelew; pronuncia la siguiente:

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

---CONFIRMAR la sentencia apelada con costas a la demandada vencida.

---REGULAR los honorarios del Dr. S. R.J. M. A. y de la Dra. E. F., en conjunto, en la suma equivalente a 11 JUS y no regular honorarios a los Dres. P. A. y M. J. R. C.

---Regístrese, notifíquese y devuélvase.

**NATALIA ISABEL SPOTURNO**
**JUEZA DE CÁMARA**

**FLORENCIA CORDON FERRANDO**
**PRESIDENTA**

**---REGISTRADA BAJO EL Nº 34 DE 2023 – SDL.- Conste.**

**RICARDO FABIÁN GRIFFITHS**
**SECRETARIO DE CAMARA**

**RICARDO FABIÁN GRIFFITHS**
**SECRETARIO DE CAMARA**