

**Es necesaria la exclusión de tutela en el representante sindical bajo contrato en la administración pública**

Leandro Fretes Vindel Espeche

Resulta práctica habitual por parte del Estado (Nacional, Provincial o Municipal) la utilización de contratos de locaciones de servicios (los llamados comúnmente contratados) para ampliar la cantidad de “empleados” públicos sin necesidad de realizar nombramientos, sea por cuestiones presupuestarias, estructurales o políticas. Empero cuando el contratado permanece en su situación, por renovaciones sucesivas o simplemente de hecho, adquiere una suerte de nota de permanencia. Dicha permanencia conlleva a que sea de nota común que los mismos resulten candidatos o representantes de los sindicatos con dicho ámbito de actuación. La pregunta que suscita el tema es qué sucede ante el vencimiento del contrato, resulta necesario o no, para el Estado empleador, seguir el procedimiento de exclusión de tutela, cuáles son sus consecuencias.

En orden lógico debo decir que la vía, para recurrir a la justicia por el trabajador, debe ser la dispuesta por el art. 47 de la Ley N° 23.551 (LAS), el cual consagra un importante mecanismo protectorio de la libertad sindical, a fin de tutelar el denominado “orden público sindical” y contiene un medio autónomo y especial de amparo que tiende a tutelar tanto los derechos sindicales individuales como los colectivos (Strega, Enrique, Ley de Asociaciones Sindicales 23.551, La Ley, Buenos Aires, 2007, pág. 305).

Por otra parte, respecto del plazo para interponer la acción de amparo, en cuanto a la regulación local, pero extensible a todas aquellas provincias que contienen un dispositivo similar, el exiguo plazo para su interposición (art. 13 del decreto-ley provincial 2589/75) no puede ser atendido, pues como bien se advirtiera, el art. 47 LAS introdujo el “amparo sindical”, el cual se considera como un medio autónomo y especial de amparo (Corte, Néstor, El modelo sindical argentino, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1994, pág. 459), y en este sentido no resulta reglamentado ni subsumido por el decreto-ley provincial 2589/75 (SCJM, en pleno, 01-11-89, “Sergio, Alfonso y otros p/Rec. Amparo”, sino más bien, encuentra su andamiaje procesal autónomo por vía de los arts. 91 y 94 del CPL (Livellara Carlos, en Tratado de Derecho del Trabajo, Ackerman M. -dir.-, Tosca D. -coord.-, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009, t. 9, pág. 481; Altamira Gigena, Raúl E., “Protección al ejercicio de la libertad sindical y las normas procesales provinciales”, DT 2010-12, 3195). De otra manera la tutela prevista se vería gravemente cercenada por una reglamentación dictada a otros fines, y sumamente escueta.

Resulta vital la acreditación de que el trabajador contratado inviste una categoría tutelada (delegado, cargo electivo o representativo, postulante -arts. 40, 48 y 50, respectivamente-) o sea que goza de la protección específica del art. 52 de la Ley N° 23.551.

En este sentido, debe recordarse que la Ley de Asociaciones Sindicales diseñó un sistema por el cual no se puede afectar el contrato del representante sindical sin que medie “resolución judicial que los excluya de la garantía”, configurando una técnica, de la cual varias veces se ha dicho, participa de las características de un “sistema de propuesta de despido”. En ese sentido, cualquier decisión que adopte el empleador sin obtener la exclusión de tutela es nula (ver la cuestión en Strega, Enrique, Ley de Asociaciones Sindicales 23.551, pág. 450). De esta manera, cuando el Estado empleador pretende ejercer la facultad de dejar sin efectos una contratación -aunque la misma sea temporal- debe recurrir al procedimiento de exclusión de tutela establecido en el art. 52 de la LAS.

Como bien se ha resuelto, el diseño especial de la garantía prevista en el art. 52 de la LAS, que impone el procedimiento de exclusión de tutela como paso previo para legitimar cualquier modificación en las condiciones de trabajo de quienes se hallan amparados por dicha garantía, opera ante cualquier obstaculización a la actividad sindical, aunque ella emane de un acto administrativo (CNAT, sala 4, 31-03-1993, Martínez Costa, Esteban c. Secretaría de Cultura de la Nación s/Acción de amparo”, Capón Filas, Rodolfo, Derecho Colectivo del Trabajo, Digesto práctico La Ley, La Ley, Buenos Aires, parágrafo 1609.)

En igual sentido, se resolvió que aun cuando, por su condición de agente de planta temporaria de la municipalidad, la agente no gozaba de la estabilidad que tienen constitucionalmente reconocida los empleados públicos de planta permanente, si gozaba, atento su incuestionada calidad de representante sindical, de la protección adicional dada por la Ley Nº 23.551, con fundamento en el derecho constitucional a la libertad sindical, por lo tanto, el municipio empleador, debió, antes de declarar extinguido el vínculo, requerir ante el órgano judicial la exclusión de la tutela sindical (SCBA, 28/08/2013, “Márquez, Marta L. c. Municipalidad de San Fernando s/reinstalación”, L.108.222, cita online: AR/JUR/71548/2013; en similar sentido SCBA, 12/06/2013, “Sarasibar, Jorge Héctor c. Municipalidad de Guaminí s/pretensión de restablecimiento o reconoc. de derechos”, DT 2013, septiembre, 2261, con nota de Juan José Etala -h.-; IMP2013-10, 227 - DJ04/12/2013, 44, L.113.787, cita online: AR/JUR/25183/2013).

Se trata de impedir que so pretexto del cumplimiento de algún acto administrativo se conculque la actividad sindical del representante gremial. Pues la garantía constitucional asignada por el art. 14 bis CN no desaparece el llamado “derecho de contratar o despedir”, al cual se lo deriva de la garantía del art. 17 de la CN, sino que la ponderación de derechos constitucionales (sobre la teoría de la ponderación ver Alexy, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, Traducción de Garzón Valdés E., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, ps. 90 y ss) opera limitando la “facultad” extintiva en seguimiento de la reglamentación de la otra garantía constitucional (art. 52, LAS en reglamentación del art. 14 bis CN), de otra manera la derivación del derecho de propiedad haría desaparecer el derecho consagrado a los representantes gremiales.

En definitiva, en los casos en que el Estado pretende dejar sin efecto el contrato de un trabajador con tutela sindical, debe insoslayablemente promover la acción de exclusión de tutela, pues de otra forma se torna nula la extinción del vínculo (art. 1050, Cód. Civil).

En nada obsta, a nuestro entender, el carácter temporario de la contratación del trabajador, pues nuevamente la ponderación del derecho constitucional a la tutela sindical, prevalece en grado de limitar las formas provenientes de la contratación. En sentido contrario puede leerse el comentario de Juan José Etala -h.- al citado fallo de la Suprema Corte bonaerense “Sarasibar, Jorge Héctor c. Municipalidad de Guaminí s/pretensión de restablecimiento o reconoc. de derechos” y lo resuelto por la CNAT, sala 2, 18/07/2008, “Moreno, José Dionisio c. Registro Nacional De Las Personas Ministerio Del Interior De La Nación”, La Ley Online AR/JUR/6665/2008).

Ello es así pues el núcleo de la cuestión no se encuentra en la llamada “inestabilidad” del trabajador temporario (Suprema Corte de Mendoza en fallos “Arlotta M. Alicia c/Instituto Provincial de Juegos y Casinos de Mendoza” y “Bustos José Luis en J° Bustos José Luis”, Salas 1 y 2 respectivamente), sino en la tutela sindical, garantía de raigambre constitucional (arts. 14 bis de la CN; art. 8.1.c del PIDESC; arts. 3, 5, 8 y 11 Conv. 87 OIT) que el Estado contratante debe observar, y en todo caso seguir el procedimiento de exclusión si pretende ejercer su derecho administrativo. Caso contrario el respeto por los derechos constitucionales de los trabajadores con tutela caerían en una impostura.

En similar forma se ha resuelto que la ley sindical no impide al intendente de la municipalidad, en el caso, adoptar las medidas enunciadas en el art. 52 del régimen, y disponer la separación del actor de su cargo interino para volver a reemplazarlo en su situación escalafonaria anterior, sino que le ha impuesto el deber de requerir previamente la autorización judicial para hacerlo (art. 52, Ley N° 23.551 y doctrina legal) (SCJBA, 14-07-98, “Doll, Horacio Norberto c. Municipalidad de Morón s/Amparo”, L 70.307 S).

Así también se resolvió que notificado al municipio demandado la designación del actor como delegado gremial, aquél no pudo declararlo prescindible sin antes requerir la autorización judicial para hacerlo mediante la promoción de la acción de exclusión de tutela sindical que lo ampara (arts. 48 y 52 de la Ley N° 23.551) (SCJBA, 04-08-98, “Sandoval Enríquez, Segundo Abel c. Municipalidad de Quilmes s/Estabilidad gremial” L 68.616 S).

En todo caso, la finalización sobrevenida de la tutela sindical, por el cese en el cargo, no hace abstracto el reclamo de reinstalación en el puesto de trabajo de la agente municipal de planta temporaria cuyo vínculo de empleo fue extinguido en vigencia de aquel, pues esa circunstancia no borra el obrar antijurídico cometido cuando estaba vigente, ni opera un efecto de convalidación de una cesantía ineficaz (SCBA, “Márquez, Marta L. c. Municipalidad de San Fernando s/reinstalación”; “Sarasibar, Jorge Héctor c. Municipalidad de Guaminí s/pretensión de restablecimiento o reconoc. de derechos”).

Cabe por último remarcar que la solución coincide con lo dispuesto por el art. 1 del Convenio 135 de la OIT, “Los representantes de los trabajadores en la empresa deberán gozar de protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarles, incluido el despido por razón de su condición de representantes de los trabajadores, de sus actividades como tales, de su afiliación al sindicato o de su participación en la actividad sindical, siempre que dichos representantes actúen conforme a las leyes, contratos colectivos u otros acuerdos comunes en vigor”.

En definitiva, la interpretación no debe llegar al extremo de desvirtuar el claro constitucional “Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo”.