



NEUQUEN, 5 de Abril del año 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"ENTE PROVINCIAL DE ENERGIA DE NEUQUEN (EPEN) C/ COLANTONIO LUCIANA S/ INCIDENTE DE APELACION"**, (Expte. **INC N° 1763/2016**), venidos en apelación del JUZGADO LABORAL 1 - NEUQUEN a esta **Sala II** integrada por los Dres. Federico **GIGENA BASOMBRIO** y Patricia **CLERICI**, con la presencia de la Secretaria actuante, Micaela **ROSALES** y, puestos los autos para resolver, la **Dra. Patricia M. CLERICI** dijo:

I.- La parte actora interpuso recurso de revocatoria con apelación en subsidio contra la resolución obrante a fs. 64 del presente cuadernillo, que amplía la medida cautelar oportunamente dispuesta, estableciendo que la suspensión de la prestación laboral es con goce de haberes.

Rechazado el recurso de revocatoria, se concede el de apelación a fs. 83 de este incidente.

a) La recurrente sostiene que el auto apelado resulta violatorio de los principios que hacen al debido proceso y al derecho de defensa en juicio

Dice que el ejercicio tardío por parte de la demandada de aquello que supone su derecho, no puede validarse si ello importa afectación de derechos fundamentales de los litigantes. Agrega que la ausencia de sustanciación de la modificación, por ampliación, de la medida cautelar afecta el debido proceso y la defensa en juicio.

Sigue diciendo que ante el juego armónico del art. 52 de la Ley 23.551 y del art. 30 del Decreto n° 467/88, como así también de la pacífica doctrina del Tribunal Superior de Justicia provincial y de la Corte Suprema de Justicia de la



Nación, no cabe sino concluir que ante la falta de prestación de tareas se impone la retención de haberes.

Entiende que ello es más nítido aún en el presente caso, donde no se ha acreditado conducta antisindical alguna, encontrándose la demandada excluida de la planta de personal de la Administración Pública Provincial por cesantía dispuesta por Decreto n° 087/2015, por hechos vandálicos contra bienes del erario público, cuya autoría y participación fuera ratificada recientemente por condena penal.

Señala que el art. 203 del CPCyC establece que la modificación de medidas cautelares se dictará previo traslado a la otra parte por el plazo de cinco días, que el juez podrá abreviar conforme las circunstancias. Por ende, concluye la recurrente, la ampliación de la medida cautelar debió resolverse previo traslado a su parte.

Manifiesta que, además, con la modificación resuelta se vulnera el erario público, con el consiguiente perjuicio fiscal al imponer que, en forma retroactiva, se abonen haberes a la demandada, quién no prestó tareas por ese período, excluida de la planta de personal por sanción disciplinaria, sin que revista a la fecha tutela sindical, y además condenada por delito doloso contra la Administración Pública Provincial.

Sostiene que los pagos que su parte debería hacer a la actora carecen, entonces, de causa legal, encontrando exclusivo fundamento en la resolución atacada.

Acusa la nulidad del auto cuestionado, porque al disponer la retroactividad de sus efectos a partir del dictado de la medida cautelar, afecta gravemente el orden público económico.

Entiende que la petición de la parte actora, a la que da respuesta la resolución apelada, es extemporánea,



teniendo en cuenta que la decisión referida a la procedencia de la medida cautelar fue notificada en el mes de junio de 2015.

Cita el art. 166 inc. 2º del CPCyC y argumenta en torno al principio de preclusión.

Pone de manifiesto que la cuestión resuelta en el decisorio recurrido fue planteada por la demandada en oportunidad de recurrir la decisión de hacer lugar a la medida cautelar, ya que en esa oportunidad se denunció que no se conocía si la medida era con o sin goce de haberes. Luego, sigue diciendo la quejosa, la demandada denuncia no haber percibido los haberes correspondientes a los meses de julio, agosto, septiembre y octubre, pero recién en noviembre pide el pago de los salarios

Entiende que resulta improcedente someter a juzgamiento cuestiones ya propuestas, en tanto que tampoco corresponde que el juez de oficio así lo haga

Cuestiona la interpretación del art. 52 de la Ley 23.551 realizada por el a quo, afirmando que resulta contradictorio decidir que la suspensión de la prestación laboral lo sea con goce de haberes, toda vez que, de esa manera se otorgaría una pseudolicencia con goce de haberes.

Sostiene que la norma reglamentaria del art. 52 citado establece el mantenimiento de todos los deberes que la ley pone a cargo del empleador como consecuencia de la relación laboral, cuando la suspensión en la prestación de los servicios es dispuesta por propia autoridad del empleador, sin intervención previa de la autoridad jurisdiccional; y que esta aclaración que efectúa la norma reglamentaria determina la suspensión en el pago de las remuneraciones si la medida es adoptada por el juez.



Trae a colación fallos del Tribunal Superior de Justicia local y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Efectúa reserva de la vía recursiva extraordinaria local y del caso federal

b) La parte demandada contesta el traslado de la expresión de agravios a fs. 76/80.

Dice que el caso de autos no importa ni una modificación de la medida cautelar ordenada, ni su sustitución.

Dice que su parte planteó concretamente que la medida cautelar otorgada a la actora no autorizaba a la retención de haberes, y que este extremo no podía ser inferido ni interpretado como una exención del empleador de pagar los haberes, en perjuicio del trabajador.

Frentes a dicha petición es que el juez de grado ordenó el pago de los haberes y la realización de los aportes, no tratándose, entonces, de ninguno de los supuestos previstos por el art. 203 del CPCyC.

Sigue diciendo que en realidad el supuesto queda comprendido en la norma del art. 204 del CPCyC.

Cuestiona la afirmación de la apelante referida a que el pago de los haberes carece de causa legal, cuando es claro que la causa legal está dada por la medida cautelar que la propia actora solicitó.

Agrega que si bien la actora no indica de que modo se compone el concepto de orden público económico, y en que medida se configura su grave afectación, lo cierto es que de existir ambos, ello debió sopesarse al momento de solicitar la medida.

Afirma que doctrina y jurisprudencia son contestes en que dada la naturaleza de las medidas cautelares,



ellas deben ser otorgadas en la medida de lo necesario para preservar derechos.

En relación a la extemporaneidad del planteo recuerda que la medida cautelar fue revocada por la Cámara de Apelaciones, decisión que fue sometida a la revisión del Tribunal Superior de Justicia a través del recurso de casación.

Defiende la interpretación que hace el juez de grado de la norma del art. 52 de la Ley 23.551.

II.- Ingresando al tratamiento del recurso de apelación de autos, cabe señalar que como lo puso de manifiesto la parte demandada, esta Sala II revocó la medida cautelar ordenada por el juez de grado mediante Resolución Interlocutoria de fecha 22 de octubre de 2015 (P.I. 2015-VI, n° 478), decisión que no se encuentra firme en atención al recurso de casación planteado por la parte actora.

Lo dicho determina que la Cámara deba abordar el recurso de apelación planteado por la parte actora, no obstante la decisión oportunamente adoptada respecto de la medida cautelar.

III.- La actora cuestiona la decisión adoptada por el a quo en orden a ampliar la resolución oportunamente adoptada que determina la suspensión de la prestación laboral de quién gozaría de tutela sindical en los términos de la Ley 23.551, estableciendo que dicha suspensión es con goce de haberes.

Acusa el apelante defectos formales respecto de la decisión ampliatoria: ausencia de sustanciación previa, y ser extemporánea.

Respecto de la extemporaneidad, y si bien es cierto que la demandada pudo solicitar la aclaratoria de la



resolución oportunamente dictada por el a quo, no debe perderse de vista que todo lo referente a medidas cautelares es esencialmente provisorio, destacando el art. 203 del CPCyC la mutabilidad y flexibilidad propias de este tipo de medidas.

Además, y tal como lo sostiene la recurrente, el supuesto de autos debe enmarcarse en el ya citado art. 203 del CPCyC, toda vez que, en definitiva, la demandada solicitó la adecuación de la cautelar para evitar perjuicios a su parte, pudiendo entenderse que tal supuesto, por las especiales características de la medida cautelar que nos ocupa, se encuentra comprendido dentro de las facultades que la norma referida otorga a quién debe soportar la traba de una medida precautoria.

Va de suyo que la modificación a que nos venimos refiriendo puede ser solicitada en todo momento, mientras la medida se encuentre vigente, por lo que la petición de la parte demandada no resulta extemporánea.

Ahora bien, asiste razón a la recurrente respecto a que la petición de la demandada debió ser sustanciada con quién solicitó la medida cautelar. Este paso está expresamente previsto en el art. 203 del CPCyC.

Sin embargo, teniendo en cuenta que la actora ha podido cuestionar ante el mismo magistrado de primera instancia la decisión ampliatoria adoptada, no resulta procedente declarar la nulidad de lo actuado a partir de la petición de la parte demandada, ya que, de todos modos, la actora ha podido ejercer su derecho de defensa (art. 169, CPCyC).

Ello sin perjuicio de recomendar a la instancia de grado el acatamiento de las normas procesales que rigen la materia, con el objeto de no comprometer el derecho de defensa de los litigantes y la validez de las actuaciones.



IV.- Sentado lo anterior, y yendo al fondo de la cuestión, la norma legal que funda la suspensión preventiva del trabajador amparado por tutela sindical (art. 52, Ley 23.551) no determina si ésta debe ser concedida con o sin goce de haberes.

La cuestión no es pacífica.

Héctor Jorge Scotti avala la postura de la actora. Señala el autor citado que si es la justicia quién, a pedido del dador de trabajo, suspende la prestación laboral, ello implica, también, que carecerá -en principio- del derecho a percibir sus haberes; y agrega, decimos en principio dado que si, posteriormente, en la sentencia definitiva se desestima la pretensión del principal, cae, por supuesto, la medida cautelar y corresponde se abonen los salarios que el subordinado dejó de percibir (cfr. aut. cit., "La protección de la actividad gremial", en "Tratado de Derecho Colectivo del Trabajo", Ed. La Ley, 2012, T. I, pág. 702).

Por su parte Raúl Enrique Altamira Gigena sostiene que cuando el empleador hace uso de la medida cautelar prevista por el art. 52 para que el trabajador no concurra a prestar servicios deberá abonarle todas las retribuciones como si prestara servicios, por lo tanto, a criterio del autor citado, *"se trata de una medida cautelar especial y parcial similar a una licencia con goce de haberes"* (cfr. aut. cit., "El amparo del dirigente sindical", en "Tratado de la Relaciones Colectivas de Trabajo", Ed. La Ley, 2015, T. I, pág. 1.042).

Rodolfo Capón Filas entiende que la separación provisoria del art. 52 de la Ley 23.551 no se subsume en ninguno de los supuestos previstos por el art. 219 de la LCT, por lo que el empleador ha de abonar las remuneraciones, aunque el trabajador separado cautelarmente no preste



servicios (cfr. aut. cit., "El Nuevo Derecho Sindical Argentino", Ed. Librería Editora Platense, 1993, pág. 222).

Juan Carlos Fernández Madrid también se inclina por la necesidad de abonar al delegado gremial suspendido los salarios correspondientes (cfr. aut. cit., "Tratado Práctico de Derecho del Trabajo", Ed. La Ley, 2007, T. III, pág. 298).

La jurisprudencia pareciera inclinarse por el no goce de haberes durante la suspensión cautelar, aunque supeditado al resultado del proceso y la eventual obligación de abonar los salarios caídos durante la sustanciación del trámite (cfr. CNAT, Sala 10°, "Galletti c/ Shell CAPSA", 16/7/1999, cit. por Grisolia, Julio Armando, "Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", Ed. AbeledoPerrot, 2008, T. II, pág. 1.467).

El Tribunal del Trabajo de Trenque Lauquen sentenció que el representante sindical que resulta suspendido precautoriamente en su trabajo no gozará de su sueldo mientras dure la medida, pues su situación es la misma que la que se da en el régimen de la ley de contrato de trabajo, en tanto que el pago de los salarios caídos queda condicionado al resultado del proceso (autos "Rojas c/ Coop. Pehuajó", 20/9/1995, LL on line AR/JUR/959/1995).

Si bien la doctrina mayoritaria se inclina, como se advierte de la reseña anterior, por la persistencia de la obligación de abonar las remuneraciones al representante sindical, no obstante la suspensión preventiva ordenada por el juez de la causa, entiendo que resulta correcta la posición de Scotti y de la jurisprudencia citada.

En efecto, no paso por alto que la suspensión cautelar a que refiere el art. 52 de la Ley 23.551 debe ser analizada en el marco de las relaciones colectivas de trabajo y de la especial protección que la ley nacional, en



cumplimiento de los convenios de la OIT, brinda a la actividad sindical en general, y al representante gremial en particular. De ello se sigue que la posición de quienes adhieren a la subsistencia del deber de la patronal en orden a abonar las remuneraciones al representante sindical, no obstante la suspensión precautoria, no carece de lógica y de fundamento.

Sin embargo, estamos en presencia de una medida cautelar genérica, reservada al arbitrio judicial (cfr. Cañal, Diana R., "El deber de ocupación: ¿un inconsistente tratamiento de la ley de asociaciones sindicales?", DT 1994-B, pág. 2.082). De ello se sigue que si el juez de la causa ha tenido motivos suficientes como para determinar la suspensión de la prestación de tareas, en este caso, de quién fuera delegada gremial, haciendo excepción a la regla de la no alteración de las condiciones de trabajo con el objeto de no afectar la actividad sindical, que es la finalidad primordial de la tutela consagrada por la Ley 23.551, debo entender que existen motivos graves y suficientes para así decidir.

Luego, ante tal nitidez -presupuesta- del "humo del buen derecho", no cabe sino concluir en que la suspensión ha de ser sin goce de haberes, y haciendo reserva, claro está, de la posibilidad de reclamar los salarios caídos durante su vigencia, de acuerdo con el resultado de la acción principal.

De este modo considero que se equilibran los derechos comprometidos en una acción de exclusión de la tutela sindical. Por un lado el derecho del empleador a sancionar o despedir al trabajador ante incumplimientos a sus deberes, con posibilidad de solicitar una medida precautoria tendiente a eximirlo del débito laboral, ante situaciones de peligro para los bienes o las personas concretas y graves; y por otro, el derecho del representante sindical de cumplir con su función, desalentando y sancionando toda práctica impeditiva de la misma.



Así, el empleador no se ve obligado a abonar salarios durante la vigencia de la medida cautelar, no premiándose al trabajador incumplidor, aún cuando cuente con tutela sindical, pero supeditado al resultado de la acción de exclusión de tutela sindical, ya que de no prosperar ella deberá abonar al trabajador tutelado los salarios caídos.

Trasladando lo dicho al caso de autos, y sin perjuicio de señalar que esta Sala II determinó en la resolución revocatoria de la medida cautelar que no estaban dadas las circunstancias de peligro grave e inminente que habilitaran el dictado de la cautela, en tanto esta decisión ha sido recurrida por la parte actora por lo que no se encuentra firme, corresponde revocar la resolución aquí recurrida y disponer que la suspensión preventiva es sin goce de haberes, sin perjuicio del devengamiento de los salarios caídos durante su vigencia si el Tribunal Superior de Justicia confirma la decisión de esta Alzada, o conforme el resultado final de la acción de exclusión de la tutela sindical.

V.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo, hacer lugar al recurso de apelación de la parte actora y revocar el decisorio apelado, disponiendo que la suspensión preventiva de la demandada es sin goce de haberes, sin perjuicio del derecho de ésta a percibir los salarios caídos en caso de que se confirme la resolución que revoca su similar que concede la cautelar y, en todo caso, de acuerdo con el resultado de la acción principal.

Las costas por la actuación en la presente instancia, en atención al modo en que se resuelve la apelación, se imponen en el orden causado (arts. 69 y 68, 2do. párrafo, CPCyC), difiriendo la regulación de los honorarios profesionales para cuando se cuente con base a tal fin.

El Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:



Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta **SALA II**,

RESUELVE:

I.- Revocar la resolución de fs. 64, disponiendo que la suspensión preventiva de la demandada es sin goce de haberes, sin perjuicio del derecho de ésta a percibir los salarios caídos en caso de que se confirme la resolución que revoca su similar que concede la cautelar y, en todo caso, de acuerdo con el resultado de la acción principal.

II.- Imponer las costas por la actuación en la presente instancia, en atención al modo en que se resuelve la apelación, en el orden causado (arts. 69 y 68, 2do. párrafo, CPCyC).

III.- Diferir la regulación de los honorarios profesionales para cuando se cuente con base a tal fin.

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

Dr. FEDERICO GIGENA BASOMBRIO - Dra. PATRICIA CLERICI
Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria