



NEUQUEN, 7 de junio de 2023.

**Y VISTOS:**

En acuerdo estos autos caratulados: "**CONTRERAS JUAN DEMETRIO C/ MUNICIPALIDAD DE CENTENARIO S/ SUMARISIMO ART. 52 LEY 23.551**" (JNQLA2 EXP. 510246/2017), venidos en apelación a esta **Sala III**, integrada por los vocales Marcelo Juan **MEDORI** y Fernando Marcelo **GHSINI**, con la presencia de la secretaria actuante, Romina **CAÑETE** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el juez **Ghisini** dijo:

**I.** El 23 de septiembre de 2022 se dictó sentencia definitiva de primera instancia (h. 206 a 210 vta.), en donde se hizo lugar en forma parcial a la demanda instada por Juan Demetrio Contreras y se condenó a la Municipalidad de Centenario a reestablecer sus condiciones de trabajo en el puesto de profesor de Taekwondo, y se declaró a su vez, la nulidad del acto administrativo que ordenó su asignación a un área distinta de deportes. Por otra parte, se rechazó el reclamo atinente al pago de salarios caídos. Se impusieron las costas a la demandada en atención a su condición de vencida.

Para así decidir, el a quo juzgó que se encuentra acreditado en la causa por medio documental e informativa que el actor revestía el cargo de 4to. vocal de una entidad sindical simplemente inscripta -Federación de Sindicatos Municipales de Neuquén-, que la Municipalidad demandada estuvo efectivamente notificada del cargo, que el cambio de tareas al trasladar al actor de su puesto de profesor de Taekwondo que desempeñaba desde el año 2002 a un área distinta -Corralón Municipal-, configura una modificación de las condiciones del contrato, que tal accionar vulnera lo contenido en el art. 48 de Ley de Asociaciones Sindicales.

Analizó que las irregularidades en que habría incurrido el accionante en su rol de profesor de Taekwondo, no revestían gravedad, como para ser trasladado al Corralón Municipal de Centenario, sin perjuicio de las sanciones que pudieran

corresponderle. Destacó que los testigos Vitte y Gimeno acreditan que se desplazó al actor de las tareas que estaba preparado como profesor de Taekwondo para asignarlo a un área distinta a deportes.

Entendió que la facultad del empleador de ejercer modificaciones en el contrato laboral encuentra límite en mantener las condiciones de contratación, como en la prohibición de ejercicio abusivo del *ius variandi*.

Además, tuvo en cuenta que se trata de un trabajador con protección sindical, en los términos de los artículos 40, 48 y 52 de Ley 23.551, y entendió configurada objetivamente la violación a las garantías en materia de tutela sindical que gozaba Contreras. Remarcó que el cambio de condiciones de trabajo fue dispuesto por la Municipalidad de Centenario apartándose de esta normativa.

Finalmente sostuvo que no se acreditó en la causa el cese de percepción de haberes, sino un cambio de función y tareas, por lo que no prosperó el reclamo de salarios caídos.

**II.** Se dedujo contra esa sentencia, por la Municipalidad demandada recurso de apelación en los términos del artículo 42 de la ley 921, con presentación web con cargo del 03 de octubre de 2022, donde hace notar un error en la notificación y se notifica espontáneamente de la sentencia.

Se agravia porque el Juez de Grado ha considerado acreditada la notificación requerida por el art. 49 inc. b) de la ley 23.551, a través de la contestación del oficio dirigido a FE.SI.MU.NE. (h. 112). Arguye que el mencionado oficio solo da certeza del cargo sindical del actor, más no de la notificación efectiva del cargo a su empleador.

Entiende que se encuentran incumplidos los recaudos del art. 49 de la ley 23.551, para que surta efecto la garantía de la tutela que contiene ese plexo normativo.

Corrido el pertinente traslado, la parte actora hizo uso de su derecho a réplica mediante ingreso web del 21 de octubre de 2022. Destaca que la nota presentada por el reclamante goza de expediente N° 7003 h.1. en el Municipio de Centenario, que la

propia demandada no acompañó esta documentación a la causa, y que guardó absoluto silencio, por lo cual se hizo efectivo el apercibimiento del art. 388 del CPCC.

Expone que la demandada ha sido intimada a adjuntar la documentación -2) Original o copia certificada de expediente con la Nota presentada en mesa de entradas notificando designación del actor como miembro de la Comisión Directiva de FESIMUNE, de fecha 17/11/16 n° 7003 fs. 01.- Que en proveídos de fecha 30/08/2017 y 27/03/2019, el juzgado dispuso que se adjunte la documental, bajo apercibimiento de presunción en su contra. Hasta que finalmente a h. 155 del expediente el juzgado hizo operativa la presunción.

Agrega que su conducta procesal se ha limitado a negar la nota de h. 5, pero no ha dado su versión de los hechos sobre ella. Afirma que la recurrente podría haber informado que no existía o que no era auténtica, o no correspondía a un número de expediente o que el sello era falso, pero nada de ello realizó y ahora pretende ampararse en su conducta omisa.

Señala que ofreció otras pruebas que el a quo consideró innecesarias a los fines de acreditar la notificación, como la de reconocimiento y la pericial caligráfica.

Concluye que la mencionada nota debió ser acompañada por la demandada como prueba documental en su poder, tanto en el legajo personal del actor peticionado en el punto A, como en el expediente N° F003 h.1 peticionado en el punto B.

Finalmente ofrece realizar prueba enalzada.

**III.** Constituye un deber indeclinable de la judicatura la de verificar la observancia de las formas elementales del proceso, lo que surge implícito de los contornos de la función jurisdiccional.

Asimismo, corresponde señalar que los jueces no se encuentran obligados a seguir a las partes en todos sus agravios sino sólo en aquellos que son conducentes y decisivos para la resolución de la cuestión de fondo (FALLOS: 305:1886; 303:1700; entre otros).



**III.1.** Previo a ingresar al análisis del agravio, advierto que los hechos controvertidos en la causa eran el cargo del actor dentro de FE.SI.MU.NE., la notificación del cargo al Municipio y la representatividad del sindicato para generar tutela en los operarios en la Municipalidad de Centenario.

Sin embargo, ya en etapa de alzada la demandada, se limita el campo controversia a la notificación del cargo del actor.

Es que, el cargo que revestía el actor ha quedado debidamente acreditado luego de la contundente respuesta de la autoridad de aplicación -MTESS- que obra glosada en h. 110 a 111 y 125 a 134, las que validan la certificación de autoridades, acompañada por el accionante en h. 5 y 6 al momento de instar la acción.

Luce así, indubitado que el señor Contreras era 4to. vocal titular de una entidad sindical simplemente inscripta, por tanto es un trabajador con derecho a la tutela de los art. 40, 41, 48 y 52 de LAS.

Ello conforme, la doctrina constitucional establecida por la CSJN que en los precedentes "ATE" y "ROSSI" (Fallos: 331: 2499, y 332: 2715), ha declarado la inconstitucionalidad de los artículos 41 inc. a y 52 de la ley 23.551 (L.A.S.), por ser contrarios al art. 14 BIS de la C.N., como los convenios 87 -Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación- y 98 OIT -Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva-.

De ello se colige que la posibilidad de elegir libremente delegados de personal, como el derecho a la tutela de las autoridades de los gremios comprende tanto a las entidades sindicales que detentan la personería gremial como aquellas que gozan de simple inscripción, como sucede en estas actuaciones.

Queda claro entonces, que la tutela a la que hace referencia el art. 52 LAS, no es un derecho exclusivo de los Sindicatos con Personería gremial conforme narra la desactualizada ley 23.551, que pregona el modelo de unidad promocionada o como

denomina parte de la doctrina "UNICATO" -en estos términos se expresan sobre la L.A.S. autores de renombre como Goldín y Meguirá-, en contraposición con las normas de mayor jerarquía citadas, a saber, convenios 87 OIT de jerarquía constitucional y 98 OIT de jerarquía supra legal.

Ingresando al análisis del primer agravio, advierto de la simple vista del expediente, que le asiste razón al afirmar que el informe de FE.SI.MU.NE de h. 112 acredita únicamente el cargo de 4to. vocal titular de dicha entidad, más no prueba la notificación efectiva del cargo al Municipio como sostuvo el magistrado en la instancia previa.

Al contestar la acción el Municipio demandado se limitó a desconocer la nota de notificación de cargo adjuntada por la parte actora (h. 7), pero no se ha manifestado sobre la misma, tampoco la ha tildado de fraudulenta o falsa, sino que incurrió en una negativa desde una óptica meramente procesal, mas no ha traído luz al proceso al no dar precisiones sobre ella, por ejemplo no se explicó porque la misma contaba con sello de recepción del Municipio -sello idéntico a otras notas presentadas por el actor que obran glosadas a la causa-, antes bien todo lo contrario.

Se advierte que la nota donde se notificaba el cargo del demandante adjunta en h. 7 del expediente, con sello de recepción con la leyenda Municipalidad de Centenario, fue exigida por el actor como prueba B) en poder de la contraparte en el escrito de demandada.

Que tal medida probatoria, fue proveída por el juzgado en el auto de apertura a prueba de fecha 30 de agosto de 2017, en donde se intimaba a la accionada a adjuntar la documentación requerida, entre la que se encontraba el legajo personal del actor, como la nota de h. 7 identificada con N° F003 h. 1, todo ello bajo apercibimiento de aplicar la presunción del art. 388 CPCC y con transcripción de dicha norma, que en su parte pertinente reza: *"Art. 388. Si el documento se encontrare en poder de UNA (1) de las partes, se le intimará su presentación en el plazo que el juez*

*determine. Cuando por otros elementos de juicio resultare manifiestamente verosímil su existencia y contenido, la negativa a presentarlo, constituirá una presunción en su contra."*

Con posterioridad, la demandada recibe nueva intimación mediante proveído de h. 149. Hasta que finalmente en la providencia de certificación de prueba se torna operativa la presunción por el incumplimiento de la Municipalidad, la que reza textual *"No habiendo cumplido la demandada con la intimación de DOCUMENTAL EN PODER LA DEMANDADA de fs. 149, debidamente notificada conforme constancia agregada a fs. 150, téngase presente el apercibimiento del Art. 388 del C.P.C. y C., para el momento procesal oportuno."*

De lo expuesto, se torna operativa la presunción contenida en el art. 388 del CPCyC, se tiene por reconocida la nota de h. 7 donde se notifica el cargo del actor, la que a su vez cumple con los recaudos previstos en el art. 49 inc. 2 de ley 23.551, por ser esta última, un documento escrito.

Surge así patente que el actor detentaba un cargo en una asociación sindical simplemente inscripta y de segundo grado, también se tiene por acreditado conforme el análisis que antecede que su cargo fue notificado a su empleador, por medio escrito conforme lo requiere la ley de Asociaciones Sindicales, de todo ello se concluye que se encontraba bajo la protección especial de los arts. 40, 41, 48 y 52 de esta ley, por tanto cualquier modificación en sus condiciones de trabajo -como sucede en estas actuaciones-, sin la previa realización del procedimiento de exclusión de tutela, deviene nula.

Cabe remarcar adicionalmente, que el cambio de condiciones laborales como medida disciplinaria se encuentra vedado en materia laboral, la normativa de la materia regula una serie de sanciones -apercibimiento, suspensión y despido- que deben adoptarse cuando media incumplimiento contractual de un operario, más es clara al establecer que no deben alterarse las condiciones esenciales de trabajo.



En el caso bajo análisis, luce acreditado que el actor era profesor de taekwondo, hecho que es reafirmado por los documentos obrantes entre h. 12 a 18, que acreditan las capacitaciones y cursos de Taekwondo realizados por el señor Contreras.

Mediante carta documento (h. 11) se notifica al actor el cambio de lugar y condiciones de trabajo a la Secretaría de Servicios Públicos, invocando art. 15 inc. 1 del Estatuto Municipal. Este cambio de condiciones se encontraba vedado, aquí reparo que no solo se le cambia el lugar y las condiciones de trabajo, sino que se lo traslada a un área distinta que nada tiene que ver con taekwondo en especial, ni deportes en general.

Esta modificación de las condiciones laborales del Sr. Contreras no debió llevarse a cabo, por ser el actor titular de tutela especial del art. 52 de LAS, conforme la doctrina sentada por Corte Suprema de Justicia en los precedentes ya citados.

Se concluye entonces que el agravio no habrá de prosperar.

**IV.** Por lo expuesto, se desestima en su totalidad el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada. Se mantiene incólume el decisorio de primera instancia, y se imponen costas de esta instancia a la demandada vencida.

Se regulan honorarios del letrado del actor en un 30% de lo que le corresponda por su actuación primera instancia, y no se regulan honorarios a los letrados de parte demandada por los mismos argumentos esgrimidos en la instancia previa.

Tal mi voto

El juez **Medori** dijo:

Por compartir la línea argumental y solución propiciada en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta **Sala III**

**RESUELVE:**

**1.** Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada.



2. Confirmar la sentencia de primera instancia en lo que ha sido objeto de agravios.

3. Imponer costas de Alzada a la demandada vencida.

4. Regular honorarios del letrado del actor en un 30% de lo que le corresponda por su actuación en la instancia previa, no regular honorarios de los letrados de parte demandada conforme art. 2 de ley 1594.

5. Regístrese, notifíquese electrónicamente y oportunamente, devuélvase.

**Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori**

**Dra. Romina Cañete - Secretaria**