

TÍTULO:	EL EJERCICIO ABUSIVO DE LA TUTELA SINDICAL EN LA RELACIÓN DE EMPLEO PÚBLICO
AUTOR/ES:	Majul, Pablo J.
PUBLICACIÓN:	Temas de Derecho Administrativo
TOMO/BOLETÍN:	-
PÁGINA:	-
MES:	Febrero
AÑO:	2022

PABLO J. MAJUL⁽¹⁾

EL EJERCICIO ABUSIVO DE LA TUTELA SINDICAL EN LA RELACIÓN DE EMPLEO PÚBLICO

"La 'carta sindical' se utiliza como una especie de 'comodín del terror' y, una vez exhibida en la partida, todos se van al mazo".
Anónimo

I - INTRODUCCIÓN

Una de las tantas cosas que he podido observar durante mi paso por la función pública municipal es la sistemática, persistente e indeliberada invocación de la garantía gremial (tanto de empleados como de las asociaciones) durante la relación de empleo respecto de hechos y circunstancias que no se condicen con la finalidad para la cual la tutela sindical fue inspirada. Dicho de otra manera, he verificado que la evocación de la tutela sindical (en todos sus alcances y ámbitos de aplicación), muchas de las veces, se presenta vacía de contenido y sin sustento. La mera convocatoria de la garantía hace que -por razones políticas y para evitar confrontación con los gremios ("legitimados" en la utilización de la fuerza y bloqueo laboral)- se naturalice la falta de verificación de los hechos y argumentos sobre los cuales aquella se apoya.

Cuántas veces observamos que los agentes agremiados presentan *pseudocons-tancias* solicitando días u horas de trabajo para capacitarse en cuestiones sindicales sin precisar cuál es el curso, días y horarios en que se impartirá y, muchos menos, acreditan la realización del mismo con un certificado o diploma. También, los numerosos casos en que empleados, invocando representación gremial o simple militancia, se ausentan indiscriminadamente de sus puestos de trabajo alegando reuniones o tareas sindicales que, en realidad, nunca se llevan a cabo ni mucho menos se acreditan o, en las más de las veces, no tienen representatividad para concurrir; por ejemplo, delegados de personal (no los generales) que solicitan días de trabajo para actuar en paritarias zonales. En estos casos, a través de su oficina de recursos humanos, ¿el ente público empleador puede verificar la veracidad de tales acontecimientos? o, mejor aún, ¿tiene el *deber* de hacerlo?

Claramente, la cuestión que aquí abordamos no es privativa del régimen de empleo público y pasa -quizás, más crudamente- en las relaciones privadas regidas por la ley de contrato de trabajo, en las que el empresario tiene menos "poder de fuego" que el Estado para contrarrestar estas prácticas irregulares. Mientras escribo estas líneas hago una pausa y leo en un portal periodístico que una *pyme familiar* de Villa Luzuriaga (una localidad del Partido de La Matanza, Provincia de Bs. As.) tuvo que cerrar por un bloqueo sindical que no la dejaba trabajar. La pretensión: el Sindicato de Químicos de Avellaneda de disputarle al Sindicato de Químicos del Conurbano Sudoeste la afiliación de 10 de los 29 empleados de la empresa⁽²⁾. Lamentablemente, cientos de casos como estos se producen en nuestro país de forma reiterada.

Me pregunto: ¿es posible y coherente seguir sosteniendo a estas alturas de los tiempos y a cualquier costo el enfoque tuitivo de la protección sindical como si estuviésemos todavía inmersos en la realidad que imperó durante la Revolución industrial en el siglo XVIII? ¿No cabría -al menos- reflexionar sobre el hecho de que las relaciones laborales ya no se desenvuelven bajo el prisma binario empleador-empleado; fábrica-operario; patrón-súbdito?, que, por otro lado, los empresarios ya no pueden identificarse (sobre todo con la irrupción de la TIC) con hombres gordos que observan con avidez -mientras se acarician el bigote- cómo sus arcas se

incrementan de oro a costa del sacrificio (in)humano del trabajador. La realidad actual no puede ser analizada desde esta óptica, so riesgo de caer en análisis miopes, reduccionistas y, sobre todo, maniqueístas.

En definitiva, los alcances de la tutela sindical y su razonable ejercicio en el marco del empleo público examinados a la luz de la estabilidad laboral y su fundamento constitucional: la igualdad, son los ejes sobre los cuales redundará este trabajo. Es decir, trataremos sobre estos aspectos a fin de analizar, a partir de casos reales, si el ejercicio de un derecho constitucional -como lo es de contar con "*garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo*" (art. 14 bis)- se lleva a cabo razonablemente por parte de los trabajadores públicos y las entidades colectivas sobre las cuales aquellos se nuclean con el fin de poder distinguir los casos en los que se configure una utilización abusiva de la tutela gremial.

II - ¿DE QUÉ SE TRATA LA TUTELA SINDICAL?

Sobre este punto existe profusa doctrina, con lo cual, no voy a subestimar (y aburrir) al lector haciendo un inventario de citas bibliográficas, artículos de la especialidad y jurisprudencia desarrollada al respecto.

No obstante, haremos referencia a algunas de aquellas fuentes al solo efecto de guía y para dar cierto sustento al presente trabajo.

Primero, si en una conversación me formularan la pregunta "*¿de qué se trata la tutela sindical?*", respondería que estamos frente a un dispositivo legal con base constitucional (art. 14 bis) tendiente a funcionar como protección de los trabajadores agremiados que ejercen representación sindical contra actos o conductas antisindicales del empleador.

Este régimen protectorio, que otorga ciertas concesiones (privilegios) al trabajador sindicalizado, tiene como contracara la *igualdad*; es decir que producto de las especiales circunstancias y fines que aquella garantía resguarda se atrofia (legítimamente) la igualdad entre los trabajadores, en pos de asegurar y promover el ejercicio de su libertad sindical. Justamente por este motivo es que la herramienta tuitiva sindical (tutela) debe ser ejercida, como todos los derechos, razonablemente porque está en directa pugna con un principio general del derecho: la igualdad.

Armando Grisolia enseña que por tutela sindical "*se debe entender la protección especial que otorga la ley 23551 de asociaciones sindicales a quienes ocupan cargos electivos o representativos en las entidades gremiales a fin de evitar modificaciones en las condiciones de trabajo, suspensiones, despidos o abusos (acciones antisindicales) de los empleadores*".⁽³⁾

La tutela sindical es una salvaguardia especial que se brinda a los trabajadores que integran una asociación gremial, con el fin de dotarlos de una cobertura suficiente frente a posibles persecuciones y tratos discriminatorios. Por medio de ella se procura que por el rol que ocupan, representando a sus pares en la búsqueda de mejores condiciones de trabajo e interviniendo en las negociaciones con el empleador, se desempeñe en un marco de libertad. Es una protección legal que se extiende a quienes ocupan cargos electivos o representativos en las entidades gremiales con el objeto de evitar alteraciones en sus condiciones de trabajo, ser objeto de suspensiones, despidos o abusos (acciones antisindicales) por parte de los empleadores.⁽⁴⁾

En definitiva, como ya dijimos, tiene sustento en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional y garantiza a los representantes gremiales el cumplimiento de su gestión sindical y la estabilidad del empleo. La Constitución de la Provincia de Buenos Aires reconoce "*las garantías al fuero sindical de los representantes gremiales*" en el artículo 39, inciso 2).

El Capítulo XII de la [ley 23551](#) regula, específicamente, lo concerniente a la "tutela sindical" y prevé una acción especial para evitar prácticas antisindicales (art. 47).

Lo que interesa a los efectos de este trabajo y para delimitar el objeto de análisis son los derechos derivados de aquella tutela. Para ello, primero vamos a discernir -sucintamente- los alcances que la tutela sindical reconoce en el sistema jurídico argentino.

Como dijimos, la ley 23551 promueve una protección genérica contra el comportamiento antisindical y autoriza el denominado "amparo sindical". La protección específica que estatuye el artículo 48 de la LAS obliga a discernir el alcance de la protección en tanto y en cuanto, según la norma, comprende a "los trabajadores que, por ocupar cargos electivos o representativos en asociaciones sindicales con personería gremial, en organismos que requieran representación gremial, o en cargos políticos en los poderes públicos".

Sin embargo, el escenario planteado en la ley 23551 dista mucho de la realidad, porque el poder de movilización y protesta no tiene como protagonistas solo a los representantes del sindicato con *personería gremial*, sino a quienes actúan como tales, ya sea provenientes de sindicatos simplemente inscriptos o activistas sindicales, sin otro título que su poder de convocatoria (tratándose de un dirigente gremial, no es un dato menor)⁽⁵⁾. El convenio 135 adoptado por la OIT (1971), "Convenio sobre los representantes de los trabajadores"⁽⁶⁾, establece: "A los efectos de este Convenio, la expresión representantes de los trabajadores comprende las personas reconocidas como tales en virtud de la legislación o la práctica nacionales, ya se trate:

(a) de representantes sindicales, es decir, representantes nombrados o elegidos por los sindicatos o por los afiliados a ellos; o (b) de representantes electos, es decir, representantes libremente elegidos por los trabajadores de la empresa, de conformidad con las disposiciones de la legislación nacional o de los contratos colectivos, y cuyas funciones no se extiendan a actividades que sean reconocidas en el país como prerrogativas exclusivas de los sindicatos".

Entonces, vemos que el propio convenio trata el tema de forma dual, es decir, entre representantes sindicales y representantes "electos" habilitando la doble representación dentro del ámbito del establecimiento.

De esta manera, explica Corradetti⁽⁷⁾, es lógico que el espíritu del artículo 14 bis, introducido en 1957 y opuesto al sistema de personería gremial con derechos exclusivos, refiera a esta protección más amplia que alcanza a todo tipo de organización gremial y a todo tipo de representante. Así, entre gremios y sindicatos con personería gremial hay una relación de género-especie y que el ámbito de protección de la Constitución Nacional es más amplio que el de la ley 23551.

Al respecto, la Suprema Corte provincial determinó que los artículos 48 y 52 de la ley 23551, en cuanto excluyen del régimen de la tutela sindical allí diseñada a los trabajadores que ocupen cargos electivos o representativos en asociaciones sin personería gremial, o "simplemente inscriptas", violan el principio de la libertad sindical de raigambre constitucional [arts. 14 bis y 75, inc. 22), CN]⁽⁸⁾. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, recordemos, se había pronunciado al respecto en el 2008 en la conocida causa "Asociación de Trabajadores del Estado c/Estado nacional" (Fallos: 331:2499).⁽⁹⁾

Podemos observar, desde tal perspectiva, que dentro del establecimiento (empresa o Administración pública) coexisten los siguientes trabajadores gremiales:

a) *Con representación:*

- Delegados de personal (art. 40, LAS)⁽¹⁰⁾. Continuarán prestando servicios trabajadores que, por ocupar cargos electivos o representativos en asociaciones sindicales con personería gremial, en organismos que requieran representación gremial, o en cargos políticos en los poderes públicos (art. 48, LAS). Por ejemplo, los integrantes de la Junta Electoral⁽¹¹⁾. El personal que ejerza dichos cargos *dejará* de prestar servicios, tendrá derecho de gozar de licencia automática sin goce de haberes, a la reserva del puesto y ser reincorporado al finalizar el ejercicio de sus funciones, no pudiendo ser despedidos durante el término de un (1) año a partir de la cesación de sus mandatos, salvo que mediare justa causa de despido.

En ambos casos, 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 ([art. 52, LAS](#)).

b) *Sin representación:*

- Trabajadores agremiados o asociados sin representación ni cargos electivos (activistas o militantes). No rige la tutela ni la garantía del artículo 52 de la ley 23551.

Aquella protección rige desde la postulación para el cargo y debe ser comunicada al empleador. El artículo 29 del decreto 467/88 instituye que *"el trabajador se tendrá por postulado como candidato a partir del momento en que el órgano de la asociación sindical, con competencia para ello, tenga por recibida la lista que lo incluye como candidato, con las formalidades necesarias para pasar a expedirse acerca de su oficialización. La asociación sindical deberá comunicar tal circunstancia a cada empleador cuyos dependientes estén postulados indicando los datos personales, el cargo al cual aspiran y la fecha de recepción. Deberá, asimismo, emitir para cada candidato que lo solicite un certificado en el cual conste dichas circunstancias. Este certificado deberá ser exhibido al empleador por el candidato que comunique por sí su postulación. Se considerará definitiva la decisión de no oficializar una candidatura cuando ella agote la vía asociacional. Igual efecto a la no oficialización producirá la circunstancia de que el candidato incluido en una lista oficializada obtenga un número de votos inferior al cinco (5%) por ciento de los votos válidos emitidos"*.

Así, en un dictamen de la Fiscalía General del 28/7/2005 se ha discernido que, de una detenida lectura de los artículos 49 y 52 de la LAS, permite deducir, sin lugar a dudas, que solo tienen derecho a la estabilidad los trabajadores que poseen lo que podríamos llamar *"una representación sindical orgánica actual"* y no aquellos activistas o militantes, vinculados a la entidad profesional, pero que no han accedido a los cargos ni han sido electos delegados o han cesado en el mandato, con expiración al lapso de ultraactividad. En el caso, no se hizo lugar al reclamo de un trabajador que no detentaba ningún cargo gremial y consideraba ser víctima de las represalias de su empleadora por haber participado en un reclamo colectivo de los trabajadores de la sucursal donde se desempeñaba y por ello haber sido despedido durante el período de prueba.⁽¹²⁾

Por otro lado, es importante tener en cuenta que la operatividad de la tutela sindical no está subordinada al efectivo ejercicio del cargo gremial (vgr., un vocal suplente), de modo que, si la empleadora no hizo oportunamente la objeción formal, no es legítimo que posteriormente intente discutir el título de representante gremial⁽¹³⁾. Contrariamente, la Sala I de la Cámara Nacional del Trabajo indicó que quien tenía una mera expectativa de ocupar el cargo (congresista suplente) únicamente podía obtener la protección sindical en el caso de que lo ejerciera efectivamente⁽¹⁴⁾. Vemos que algunas cuestiones no están totalmente zanjadas desde la jurisprudencia.

Si el empleador transgrede estas garantías (arts. 40, 48 y 50, LAS), el afectado tendrá derecho a demandar judicialmente, por vía sumarísima, la reinstalación de su puesto y reclamar los salarios caídos durante la tramitación judicial o el restablecimiento de las condiciones de trabajo (art. 52, LAS).

III - SU UTILIZACIÓN EN LA RELACIÓN DE EMPLEO PÚBLICO

La sindicalización en el sector público (estabilidad propia) se encuentra sujeta al mismo régimen que el sector privado (estabilidad impropia). Es decir, rige en plenitud todo el marco constitucional, supralegal y la ley 23551.

Ivanega hace una breve e interesante reseña en su libro "Empleo público"⁽¹⁵⁾ en la que señala que *"la asociación gremial de los trabajadores del Estado nace formalmente en 1925 como Asociaciones Trabajadores del Estado -luego constituida como Asociación Obreros y Empleados del Estado, Confederación General de Trabajadores del Estado y, a partir de mayo de 2006, Asociación Trabajadores del Estado-, inscripta con personería jurídica y gremial 2 (23/9/37 y 11/1/46, respectivamente). Veinte años más tarde, en 1948, se crea la Unión del Personal Civil de la Nación (UPCN), con personería gremial 95. Ambas son organizaciones sindicales de primer grado, con un ámbito de actuación personal sobre todos los trabajadores de la Administración pública nacional, provincial o municipal, y territorial en toda la República Argentina. Cada una elige sus delegados -por cada sector del Estado existen dos organismos de representación directa, comisiones o juntas internas-, a ambas el empleador retiene la cuota sindical (art. 38, L. 23551), son titulares de conflictos colectivos -en forma conjunta o por separado-, ejercen la representación colectiva de los trabajadores del Estado [art. 31, inc. a), L. 23551] y participan de la negociación colectiva, de un mismo convenio colectivo. Ello no es impedimento para que, en determinados organismos, coexistan más de dos sindicatos con personería gremial, como es el caso de la Unión del Personal Civil de las Fuerzas Armadas, que impugnó la convocatoria de ATE a elecciones de delegados gremiales"*.

En la [ley marco 25164](#) de regulación de empleo público nacional se estatuye todo un sistema de reconocimiento amplio al desarrollo de la actividad sindical que comprende a las negociaciones colectivas en el marco de la [ley 24185](#) [arts. 16, inc. e), 18 y 26], la participación en los ingresos [art. 4, inc. b)], en los procedimientos de calificaciones y disciplinarios [art. 16, inc. m)] y la tutela propiamente dicha (art. 12).

Por su parte, el Estatuto y Escalafón para el Personal de la Administración Pública de la Provincia de Buenos Aires, ley 10430, también recepta estos aspectos gremiales en su articulado: derecho a agremiarse [art. 19, inc. I), y 69]; licencias [art. 38, inc. 10), y 57]; intervención en la Junta Disciplinaria (art. 94); agremiación de la planta transitoria [art. 118, inc. 5)]; participación en el Consejo Asesor de Personal (art. 127) y participación en la Junta de Calificaciones, Ascensos y Promociones [art. 132, inc. d)].

A nivel de los municipios bonaerenses, el Régimen Marco de Empleo Municipal, ley 14656, regula lo atinente a la representación de los trabajadores (arts. 52 y 53); derecho a agremiarse [art. 6, inc. p), y 16]; licencia gremial [art. 78, inc. 4), y 87]; derecho del personal reemplazante (art. 115, ap. 6); participación en el Consejo de Empleo Municipal (art. 53, D. 784/16).

Como dato curioso e interesante, la jurisprudencia local ha formulado una interpretación a favor de la tutela sindical aun cuando se trata de empleados del Banco de la Provincia de Buenos Aires. Recordemos que el Banco de la Provincia de Buenos Aires es un ente autárquico que posee su propia regulación laboral (Estatuto para el Personal del Banco de la Provincia de Bs. As.), conforme al artículo 1 de la Carta Orgánica del Banco de la Provincia de Buenos Aires, la entidad en cuestión es una institución autárquica de derecho público amparada por las garantías y privilegios declarados en el Preámbulo y en los artículos 31 y 104 de la Constitución Nacional. Así, con arreglo al citado artículo 31 del texto constitucional, la legislación nacional prevalece sobre las constituciones y leyes provinciales *"salvo para la Provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto del 11 de noviembre de 1859"*, mientras que el artículo 121 prescribe, a su vez, que las provincias conservan todo el poder no delegado al gobierno federal, *"y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación"*. Con arreglo al Pacto de San José de Flores, la Provincia de Buenos Aires se reservó el gobierno de su banco, implementando un conjunto de normas locales de excepción que lo colocan en una situación diferenciada, de modo tal que *"cualquier norma o acto de la Nación que entre en conflicto con normas o actos provinciales respecto del Banco de la Provincia de Buenos Aires, constitucionalmente debe ceder, porque la Constitución establece que el mismo siempre seguirá correspondiendo al Estado de Buenos Aires y será gobernado y legislado por la autoridad de la Provincia"*. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido el "extraordinario privilegio" que ostenta la Provincia de Buenos Aires respecto de su banco oficial.⁽¹⁶⁾

Sin embargo, la Suprema Corte provincial determinó que sin desconocer las especiales particularidades que reviste el Banco de la Provincia de Buenos Aires (en cuanto se trata de un banco público provincial preexistente a la incorporación de la Provincia de Bs. As. a la Confederación Argentina, resultando aplicables a su respecto las disposiciones previstas en los arts. 31 y 121, CN), de ello no puede colegirse que sus empleados dependientes deban quedar excluidos del amparo que -reglamentando directamente una garantía constitucional (art. 14 bis, CN), y sin distinguir entre trabajadores del sector privado y del sector público- consagra la ley 23551 en materia de tutela de la libertad sindical.⁽¹⁷⁾

IV - EL TRÁMITE DE EXCLUSIÓN DE TUTELA SINDICAL: SU EVOLUCIÓN Y ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN EN LA JURISPRUDENCIA

Si bien el desarrollo de este tema no es el objetivo principal de este trabajo, por la especial e íntima vinculación que guarda con el tópico aquí abordado (ejercicio abusivo de la tutela sindical), merece que -al menos- hagamos algunas referencias puntuales.

a) *Competencia*. Para analizar esta cuestión es necesario discernir la naturaleza jurídica del empleo público; el cual, como todos sabemos, se caracteriza por estar incurso en un régimen "estatutario" (que depende de un acto administrativo general unilateral y esencialmente reglamentario). La disposición del artículo 2, inciso a), de la ley de contrato de trabajo⁽¹⁸⁾ tiene una incidencia directa en el fuero judicial competente para resolver el conflicto en el empleo público. Ahora bien, conviene determinar si el trámite de exclusión de la tutela sindical, en tanto presupuesto procesal de tránsito judicial para aplicar una sanción o realizar algún cambio de las condiciones laborales del representante gremial, está comprendido en la naturaleza de la relación laboral que une a las partes, es decir, si estamos frente a un vínculo administrativo (estatutario) o bajo un contrato de derecho privado (LCT) y, en consecuencia, se encuentra atado a su suerte. A los efectos procesales de la competencia, aquella precisión determinará si el proceso de exclusión de tutela tramitará por ante los jueces en lo contencioso administrativo o ante el fuero laboral, pudiéndose originar -inclusive- un "conflicto de competencia" entre los jueces de ambos fueros. La jurisprudencia nacional (entre las Cámaras Nacionales de Apelaciones del Trabajo y las del Contencioso Administrativo Federal de la Capital) no es unánime y existen interesantes argumentos a favor de ambas posturas⁽¹⁹⁾. Sin embargo, en la Provincia de Buenos Aires la cuestión es más clara, puesto que la Suprema Corte estableció que *"... el conocimiento y decisión de tales planteos resulta ajeno al fuero especializado, habida cuenta la índole laboral -no administrativa- de los derechos consagrados por las normas que amparan la tutela"*

sindical, que no forma parte del derecho público local, ni siquiera cuando se los invoque en el marco de relaciones de empleo público” (Doctr. causas L. 117.973, “Huide”, sent. de 18/5/2016 y sus citas).⁽²⁰⁾

b) *Trámite de la exclusión. ¿En qué momento hay que promover la exclusión de la tutela sindical? Exclusión cautelar.* Recordemos, al respecto, que la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires sentó una nueva doctrina sobre el tema de la exclusión de la tutela sindical en el conocido caso “Fate”. Allí, señaló que “la sentencia dictada en el proceso de exclusión de la tutela del representante sindical deberá proveer, con base en las circunstancias fácticas acreditadas en la causa, la definición concerniente a la necesidad de privarlo de la garantía valorando la adecuación proporcional de aquellas con arreglo a la decisión que la patronal procura adoptar”⁽²¹⁾. Es decir que ya no basta una mera invocación de una supuesta falta o infracción por parte del empleado para que se configure un supuesto de exclusión de la tutela sindical, sino que se exige acreditar “las circunstancias fácticas” respecto de las cuales haga necesaria la supresión de la garantía del trabajador para que el tribunal pueda ponderar la razonabilidad de la petición y su justificación, a fin de evitar la práctica de medidas antisindicales por parte del empleador. La jurisprudencia provincial vigente mantiene esta postura.⁽²²⁾

Hasta el dictado del pronunciamiento en “Fate”, la posición jurisprudencial estaba determinada en que la exclusión de la tutela sindical debía ser merituada por el juzgador en atención a las circunstancias que hicieran *verosímil* el planteo sometido a decisión⁽²³⁾. La diferencia entre ambas posturas radica en que antes del dictado del fallo en la causa “Fate” los jueces debían ceñir su análisis a la verosimilitud de los hechos alegados por la empleadora para instar una acción de exclusión, sin ingresar sobre el estudio de la medida (sanción) que se le pretendía aplicar como culminación del procedimiento disciplinario. A partir de aquel precedente, además de examinar las circunstancias fácticas motivadoras del proceso de exclusión (verosimilitud), los jueces tienen que analizar si la sanción que se pretende aplicar se encuentra *justificada* a la luz de los hechos, pruebas y demás constancias que la causa exhibe en un marco de razonabilidad (proporcionalidad). Claramente, con la postura del caso analizado se blindó aún más la tutela sindical de los trabajadores y exige que los empleadores recojan mayores elementos y razones justificantes para promover una acción de este tipo; justamente, se intenta desestimar cualquier duda respecto del carácter discriminatorio de la medida que se intenta imponer al trabajador y es el juez quien debe llevar a cabo esa tarea.

¿En qué momento hay que promover la exclusión de la tutela sindical? De una interpretación literal del artículo 52 de la LAS se puede establecer que los trabajadores amparados por la tutela sindical “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”. Es decir que la obtención de la exclusión gremial mediante pronunciamiento judicial no es óbice para promover la tramitación de un sumario disciplinario en sede administrativa, sino que solamente opera como un valladar para la aplicación de la sanción o, según el caso, cuando se pretenda suspender preventivamente al trabajador que goce de aquella protección. Esto es así porque -como ya dijimos- la tutela sindical se instituye como un mecanismo protectorio que garantiza la “no persecución” del empleador y para evitar el trato discriminatorio para aquellos agentes que desarrollen actividad sindical representativa; pero en modo alguno se configura un impedimento ni restricción del poder disciplinario que tiene el Estado empleador producto de su potestad desplegada en un marco de organización jerárquica y reglamentaria (estatutario). Además, existe un motivo de elemental coherencia, porque el juez que analizará si la medida (sanción), que se le pretende aplicar al trabajador, está justificada o no, deberá examinar las constancias y pruebas recogidas en el expediente administrativo tramitado como resultado de una investigación sumarial. ¿De qué otro modo el juez estará en condiciones de analizar si la exclusión de la tutela sindical que se pretende se encuentra o no justificada? El decreto o acto administrativo que ordene la instrucción de sumario disciplinario contra un agente amparado por la garantía gremial no requiere -como presupuesto- la obtención de un pronunciamiento judicial previo que ordene la “exclusión sindical”, salvo en los supuestos que se disponga la suspensión preventiva (como, por ej., en los casos del primer párr. del art. 33, L. 14656)⁽²⁴⁾. Con lo cual, la instrucción sumarial podrá desarrollarse íntegramente a la luz del principio de inocencia e, inclusive, se deberá dictar el decreto sancionatorio (por ej., disponiéndose el cese), cuyo contenido no podrá ejecutarse hasta tanto el juez competente no dispense al sumariado de la garantía sindical. Si bien el artículo 52 de la LAS no estatuye un término expreso para iniciar la acción por exclusión de tutela sindical, debe existir *contemporaneidad* con los hechos achacados al trabajador. De lo contrario, existe consentimiento.⁽²⁵⁾

Por otro lado, puede darse el supuesto de que -cautelarmente- el empleador solicite la exclusión gremial en momento en que surja o mientras perdure un peligro potencial para las personas, se desempeñen o no en la empresa (trabajadores, consumidores, proveedores, usuarios, etc.), los bienes, ya sean estos materiales o inmateriales, usados, consumidos, producidos u ofrecidos por la empresa o el eficaz funcionamiento de esta siempre que dicho peligro se evite o reduzca con la suspensión de la prestación laboral del titular de la garantía de estabilidad (art. 52, LAS, y art. 30, D. 467/88).

c) *Exclusión de tutela sindical por reconvencción*. La acción procesal para obtener la exclusión de la tutela sindical debe promoverse a través de una demanda judicial en un proceso de conocimiento especial sumarísimo autónomo que asegure la bilateralidad y el principio de contradicción. Por otro lado, recordemos -como señalamos en el párrafo anterior- que en cuanto a la oportunidad para iniciar un proceso de exclusión de tutela sindical debe existir *contemporaneidad* respecto de los hechos en que se pretende fundar la acción. Además, pese a que la [LAS](#) no sea del todo exacta, es contundente en determinar que ninguna sanción, ni suspensión ni ejercicio del *ius variandi*, se puede llevar a cabo, es decir, aplicarlo, sin contar previamente con la dispensa judicial. Ahora bien, imaginemos el siguiente supuesto: frente a una falta presuntamente cometida por un agente público, el municipio, con informes emitidos por el área correspondiente y la Dirección de Recursos Humanos, promueve un procedimiento disciplinario contra aquel. Se dicta el acto administrativo que dispone el inicio del sumario, se designa instructor sumariante y se lo notifica al sumariado. Vale aclarar que en el presente ejemplo no se suspende preventivamente al presunto infractor porque no podría aplicarse dicha medida sin exclusión previa, a tenor de lo establecido en el artículo 52 de la LAS. Continuando con el ejemplo, el instructor sumariante abre la causa a prueba, se desarrolla toda la etapa probatoria (con pruebas de cargo y de descargo), alegatos, informe final del instructor, dictamen legal del servicio jurídico y, finalmente, decreto (acto administrativo) que dispone la cesantía del empleado notificándose a través de la cédula respectiva. El cesanteado, naturalmente, impugnará la medida (a través del mecanismo que prevé el art. 47, LAS, "amparo sindical") aduciendo que el Estado municipal no contaba con la exclusión de la tutela sindical para aplicar la sanción. Si aquella medida se hubiese ejecutado (recordemos que el acto es ejecutorio) el agente despedido conseguiría, rápidamente, una "reinstalación de su puesto en las mismas condiciones" por parte de la justicia. Distinta sería la situación -en mi opinión- si aquella sanción, a pesar de haberse "dictado", no se hubiese "aplicado" o "ejecutado"; en este supuesto, el Estado empleador todavía puede ejercer oportunamente el pedido de dispensa por ante el fuero laboral, de modo que el "amparo sindical" habría sido incoado prematuramente. En este último supuesto el decreto o acto que dispone la sanción debe establecer -expresamente- que el acto no podrá ejecutarse hasta tanto no haya dispensa de tutela sindical emitida por el órgano judicial competente, debiéndose, por lo tanto, encomendar al servicio jurídico a que promueva el trámite de exclusión. Volviendo al otro ejemplo, es decir, si la sanción se aplicó y se ejecutó, el trabajador retorna a su puesto de trabajo por un pronunciamiento judicial cautelar, ¿es posible, en ese momento, reconvenir judicialmente solicitando la dispensa de la tutela sindical? No. Analicemos que los trámites de amparo, por su especial naturaleza rápida y expedita, no toleran dilaciones procesales como sería una demanda reconvenzional. Tal es así, la ley 13928 de amparo de la Provincia de Buenos Aires establece tal prohibición (art. 22). En cambio, en el orden nacional (L. 16986) no existe tal restricción. Nótese que el artículo 16 de la ley 16986 no hace referencia a la reconvencción como medida improcedente. Lo mismo ocurre en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 13, L. 2145). En estos casos (salvo para la Provincia de Bs. As. y provincias que tengan regulación similar)([26](#)), la reconvencción -en el marco de un amparo- instando la exclusión de la tutela sindical sería procedente y oportuna en la medida que se verifique que hubo actuaciones administrativas previas que declararon la existencia de la falta respetándose el debido proceso. No obstante, como estamos ante un proceso sumarísimo([27](#)) (y el "amparo sindical" es una subespecie([28](#)) del género de los procesos sumarísimos), la reconvencción no será procedente porque es un trámite expresamente excluido por los códigos procesales [art. 498, inc. 2), CPCC, y art. 496, inc. 1), CPCCBA].

V - LA MERA INVOCACIÓN DE LA GARANTÍA GREMIAL ES INSUFICIENTE PARA SU OPERATIVIDAD

Los límites de la tutela sindical han generado controversias, primordialmente, en los aspectos referidos al cumplimiento de la designación de los representantes gremiales; es decir, en verificar si se cumplieron los requisitos legales y la comunicación al empleador (art. 49, LAS).

No obstante, poco se ha analizado (pero mucho se padece) respecto del traspaso de los límites razonables de aquella garantía durante el ejercicio de las actividades gremiales llevadas a cabo en el marco estatutario del empleo público.

La tutela sindical, tal como lo destaca Néstor Corte([29](#)), no es absoluta en sus alcances y ha sido limitada para compatibilizarla con los derechos e intereses que el legislador ha considerado necesario garantizar a la parte empleadora y que refieren al ejercicio legítimo de facultades o poderes (de dirección, de organización, disciplinario) del titular de la empresa, o incluso en situaciones en que está en juego la subsistencia de la misma.

Como ya adelantamos al inicio de este trabajo, existen numerosas prácticas gremiales que se llevan a cabo irregularmente o, directamente, incumplen con la normativa dictada al efecto, tornándose -en mi

opinión- en conductas abusivas e impropias del deber de buena fe que debe prevalecer en toda relación de empleo (sea público o privado). Este tipo de "prácticas", en la mayoría de las veces, son detectadas como "abusivas" o "ilegales" por parte de la oficina de recursos humanos, sin embargo, para evitar inconvenientes, por razones de conveniencia política y, otras veces, para sortear verdaderas "batallas legales", amedrentamientos, medidas de fuerza o choque por parte de activistas sindicales, las licencias o concesiones se terminan acordando verbalmente "de palabra". Este quehacer no se corresponde con el principio de juridicidad al que está sujeta la Administración pública ni se condice con los principios de "buena administración" y "buena gobernanza", sino que -lamentablemente- propende a adoptar una postura de complicidad abdicando el respeto a la ley y, en definitiva, perjudicando a los demás *empleados no agremiados*; con responsabilidad política frente a la comunidad gobernada que espera que los recursos humanos con los que cuenta el Estado (solventados a sueldo con el erario) sean bien gestionados. No adoptar un posicionamiento jurídico y de respeto institucional frente a los sindicatos que, como seguidamente veremos, muchas veces recurren a prácticas abusivas bajo el amparo de la "tutela gremial" es igualmente grave a no intervenir contra estos grupos u otras organizaciones sociales cuando cortan rutas, caminos o bloquean a la fuerza empresas e intimidan y amenazan a sus dueños. Ahora bien, veamos algunos de los "abusos" en que incurrir los representantes sindicales durante su relación en el empleo público.

a) *Licencias para actividad gremial sin representatividad*. La ley 23551 es categórica cuando establece en el artículo 48 que los trabajadores que por ocupar cargos representativos en asociaciones sindicales con personería gremial dejarán de prestar servicios tendrán derecho a gozar de licencia automática sin cobro de haberes. El espíritu de la ley es garantizar el ejercicio de la libertad sindical tanto en el plano individual como institucional y cualquier disposición debe ajustarse a él⁽³⁰⁾. Vencido el plazo de licencia gremial, el trabajador debe reintegrarse a su puesto habitual de trabajo. Si no lo hace evidenciando con su inequívoco comportamiento una clara manifestación de voluntad de no volver a trabajar para su empleador, ante el silencio de este, se produce el distracto por voluntad concurrente de las partes dirigidas a abandonar la relación.⁽³¹⁾

En muchas ocasiones se observa que "delegados de personal" en un municipio, por ejemplo, piden licencia gremial para participar en paritarias que se negocian en otra municipalidad (delegados de personal de la municipalidad "A" piden licencia para participar en las paritarias de la municipalidad "B"). Esta es una conducta abusiva (muchas veces producto del desconocimiento) porque la función del delegado de personal, al igual que los integrantes de las comisiones internas y organismos similares, es que ejerzan su representación⁽³²⁾ en los lugares de trabajo según el caso, en la sede de la empresa o del establecimiento al que estén afectados (art. 40, LAS). De lo contrario, bajo el ropaje del "activismo sindical" o "militancia" se utiliza la licencia gremial (que equivale a la no prestación de tareas o funciones del trabajador rentado) para un fin distinto al previsto por la norma o, al menos, que excede los límites razonables para los cuales la ley reconoce dicha protección. Distinto sería el caso, claro está, si la licencia gremial se pide para concurrir a una asamblea ordinaria o extraordinaria, o congreso regularmente convocado, debiendo acreditar tales recaudos al empleador y acreditar la asistencia con la certificación correspondiente.

b) *Licencias para capacitación*. La licencia para estudio y capacitación es un derecho del trabajador independientemente de si está afiliado o no a una asociación sindical [por ej., en el ámbito de los municipios bonaerenses: art. 78, incs. 3) y 9), L. 14656]. A pesar de ello, algunos trabajadores -invocando su afiliación sindical- requieren días u horas de licencia para "capacitación gremial" en actividades organizadas por los propios sindicatos (en las que se imparten talleres, oficios, instrucción de normativa laboral, simposios, etc.), en estos casos, es una carga de la Administración, a través del área de recursos humanos, verificar algunos recaudos: 1. la afiliación del trabajador, 2. la existencia de la actividad para la cual se solicita la licencia (vgr., folleto, programa, constancia emitida por el representante de la entidad) y, quizás la más importante, 3. exigir la acreditación de la concurrencia o asistencia (esto último en la mayoría de los casos no se acompaña). Cuántas veces algunos trabajadores inescrupulosos gestionan este tipo de licencias para participar de actos proselitistas o, simplemente, para no concurrir a sus lugares de trabajo aprovechando la falta de control por parte de su empleador.

c) *Pedir gastos de traslado, viáticos y de representación al Estado empleador*. La práctica de requerir el pago de viáticos, traslados y de representación al empleador para la realización de viajes, pagos de estadías en hoteles, alojamientos, aranceles, entre otras erogaciones necesarias para cubrir los gastos que originen los "servicios gremiales", no solo es una conducta sindical abusiva sino que rayana la corrupción del ente estatal que lo autoriza. Este quehacer se vincula con uno de los principios esenciales del derecho colectivo del trabajo: el de *subsidiariedad*, porque aquellos emolumentos, generados por la actividad sindical (no laboral), deben ser solventados por la propia asociación de acuerdo a la regulación instituida en sus propios estatutos y no a través del tesoro público del Estado empleador. Por ejemplo, el artículo 33 del Estatuto de la Asociación de Trabajadores del Estado (ATE), específicamente, contempla esta situación y establece que "serán solventados por el capital social de la Asociación".

d) *Omisión de comunicar previamente las listas y postulaciones a los cargos eleccionarios.* Las asociaciones sindicales ponen en conocimiento al Estado empleador de los *resultados* de los comicios mediante una nota o directamente con una copia certificada del acta de la Junta Electoral. No obstante, casi nunca se cumple con la comunicación previa que exige el artículo 29 del decreto 467/88(33) en concordancia con el artículo 50 de la ley 23551(34); es decir, comunicar al empleador “el nombre de los postulantes”, el “cargo al cual aspiran” y la “fecha de recepción”. Esta norma tiende a proteger a los trabajadores “desde la postulación al cargo”, por eso, aquella comunicación -además de ser una obligación de la entidad gremial- puede ser realizada por el propio candidato porque -en definitiva- es el principal interesado en que la tutela sindical opere en su beneficio desde ese momento. Con lo cual, la omisión de este requisito de rango legal tiene el efecto de que, de resultar electo el candidato (con el 5% de los votos como mínimo), dicha elección le sea inoponible al empleador; no configurándose, por lo tanto, la tutela sindical que la propia ley le acuerda. Al respecto, la jurisprudencia ha señalado que *“aun cuando la lista hubiera sido presentada ante el órgano electoral competente de la entidad gremial, si la demandada no se hallaba en conocimiento de la postulación y el distracto se produjo con anterioridad a la comunicación de la misma, no rige la tutela prevista por el artículo 50 de la ley 23551”* (“Villalonga, Eduardo H. v. Hoteles Sheraton de Argentina SA” - CNTrab. - Sala IV - 29/5/2003).

e) *Excesiva postulación en los cargos electivos.* Otra de las habituales prácticas que se observa es la profusa y excesiva creación de cargos electivos con la única finalidad de abarcar un universo más amplio de trabajadores bajo la “tutela sindical”. Esto se nota y aparece más evidente -por ej.- en municipios chicos donde “casi la totalidad de los afiliados” ejercen cargos electivos de representación y gozan, por lo tanto, de la protección totalitaria que acuerda la LAS. Por eso, es importante la comunicación que la asociación debe realizar al empleador en los términos del artículo 50 de la LAS y artículo 29 del decreto reglamentario, en tanto y en cuanto permite un adecuado control (por parte del empleador y del propio Ministerio de Trabajo en ejercicio de la *policía colectiva laboral*) de la proporcionalidad entre los afiliados cotizantes de cada entidad. También, no es menor, que el control se lleve a cabo en miras de verificar si los cargos para los cuales se postulan los candidatos guardan relación con los respectivos estatutos de la asociación aprobados y rubricados por la autoridad administrativa competente (Ministerio de Trabajo).

f) *Otras conductas desleales y abusivas.* En el dinamismo diario de la actividad laboral se pueden constatar un sinnúmero de casos, conductas y actitudes que llevan a cabo los trabajadores agremiados (con y sin representación) que tienden más al atropello, bravuconería y a la mala fe que a defender su propia fuente de trabajo. Apoyados en el blindaje sindical, juegan al “solitario” en horarios de trabajo, desobedecen órdenes de sus superiores (a veces con agresiones verbales y hasta físicas), todo en un tono desafiante y amenazante que les proporciona la seguridad de “pertenecer a un gremio”. No digo que “todos” se comporten de esa manera, pero, lamentablemente, abundan demasiado situaciones como las descriptas.

VI - CONCLUSIÓN

No se trata de promover lo que se ha dado en llamar la “caza del dirigente”(35) sino de reflexionar sobre la tensión que produce la relación entre dos fuerzas, en apariencia, antagónicas (empleador-sindicato), para propender un “justo equilibrio” de derechos y obligaciones que rijan adecuadamente el mentado vínculo como promotor del crecimiento económico de toda sociedad: la fuerza del trabajo.

Se han escrito ríos de tinta sobre el abuso del derecho y las conductas abusivas, desde enfoques objetivos y subjetivos, sin embargo, como reflexión final de este pequeño trabajo, quiero compartir una descripción de Carlos Fernández Sessarego(36) que me parece atinada, en la que señala: *“La atormentada y discutida elaboración dogmática del instituto del abuso del derecho respondió, en su origen, a un reclamo comunitario de raíz ético-moral, a una presión social que derivó en un nuevo modo de concebir el derecho”*.

Lo que pretendo significar con esto es que, como lamentablemente pasa siempre en este país, somos seducidos por corrientes de pensamientos y teorías de lo “políticamente correcto” que nos enceguecen y retienen en conceptos pétreos (muchas veces anacrónicos), en vez de empujarnos al análisis constante para verificar si aquellas nociones se adecúan a cada caso concreto.

La “presión social” debe estar dirigida a instar a los gremios a que desarrollen sus actividades de buena fe y en un marco de respeto institucional; por otro lado, interpelar a los gobiernos a no ser cómplices de aquellas conductas. Es duro. Es difícil. Un poco ingenuo de mi parte (ya lo sé). Pero en algún momento hay que comenzar a querer hacer las cosas un poco mejor; empecemos cuanto antes.

Notas:

(1) Abogado (UNR). Especialista en Abogacía del Estado (PTN-ECAE). Posgrado en Gestión Pública Local (Austral). Profesor de grado y posgrado en Derecho Administrativo. Director del Instituto de Derecho Administrativo y Tributario del Colegio de Abogados de Pergamino. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo. Miembro adjunto de la Asociación Argentina de Justicia Constitucional. Consultor en temas relacionados con el derecho público municipal. Actualmente, es subsecretario de Gobierno en la Municipalidad de Pergamino

(2) Nota publicada en el portal Infobae el 8/1/2022 - <https://www.infobae.com/politica/2022/01/08/una-pyme-familiar-de-villa-luzuriaga-tuvo-que-cerrar-por-un-bloqueo-sindical-que-no-la-dejaba-trabajar/>

(3) Grisolia, Armando J.: "Manual de derecho laboral" - 6ª ed. - Ed. AbeledoPerrot - 2010 - pág. 561

(4) García Biaus: "La exclusión de tutela sindical en el empleo público" - RAP - Nº 471, pág. 17 cit. por Ivanega, Miriam: "Empleo público" - Ed. Astrea - 2019 - pág. 196

(5) Corradetti, Susana; Rodríguez Mancini, Jorge (Dir.): "Libertad sindical" - Ed. Astrea - 2016 - pág. 230

(6) Aprobado y promulgado mediante la L. 25801 recién el 28/11/2003. El Convenio, luego de resolver una cuestión técnica producto de una presentación realizada por la Misión Permanente ante los Organismos Internacionales en la que se objetó y rechazó la pretensión del Reino Unido de pronunciarse sobre la aplicación en las Islas Malvinas de los convenios mencionados en la carta del 19/1/1978, entra en vigencia a partir del 23/11/2007 (es decir, un año después del registro de su ratificación, conforme la Constitución de la OIT). Se genera allí una cuestión jurídica, gestionada por la Asesora Jurídica de la Oficina Internacional del Trabajo, en la que aparece una duda técnica: ¿esta objeción configura una reserva vedada por la Constitución de la OIT, al momento de ratificar los convenios internacionales del trabajo? La respuesta a las consultas formuladas es que, en modo alguno, la nota que objeta las pretensiones del Reino Unido de aplicar el Convenio en el territorio de las Islas Malvinas y del Atlántico Sur es una reserva que pueda implicar una limitación a la plena vigencia del convenio cuyo registro de ratificación se solicita, sino que, lisa y llanamente, es una reserva de soberanía que sistemáticamente la Argentina interpone cada vez que el Reino Unido pretende esgrimir para sí derechos sobre las Islas Malvinas. Los argumentos convencieron al Departamento Jurídico de la Oficina (Corradetti, Susana; Rodríguez Mancini, Jorge (Dir.): "Libertad sindical" - Ed. Astrea - 2016 - pág. 231)

(7) *Ibidem*

(8) "Piñero, Héctor Ramón c/Subpga SA. Despido" - SCBA - 22/3/2017; "Ferulano, Pío Leonardo y otros c/FACERA SA s/amparo gremial. Restitución en el puesto. Salarios caídos (procedimiento sumario art. 52, ley 23551)" - SCBA - 5/10/2011

(9) En el conocido caso, la CSJN señaló: "El art. 41, inc. a, de la ley 23551 -al exigir que los 'delegados del personal' y los integrantes de 'las comisiones internas y organismos similares' previstos en su art. 40, deban estar afiliados 'a la respectiva asociación sindical con personería gremial y ser elegidos en comicios convocados por esta'- viola el derecho a la libertad de asociación sindical amparado tanto por el art. 14 bis de la Constitución Nacional como numerosas normas de raigambre internacional, afectando injustificadamente la libertad de los trabajadores individualmente considerados que deseen postularse como candidatos, no obstante la existencia, en el ámbito, de otra simplemente inscripta, como así también la libertad de estas al impedirles desplegar la actividad para la que fueron creadas"

(10) Para ejercer las funciones indicadas en el art. 40 se requiere: a) estar afiliado a la respectiva asociación sindical con personería gremial y ser elegido en comicios convocados por estas, en el lugar donde se presten los servicios o con relación al cual esté afectado y en horas de trabajo, por el voto directo y secreto de los trabajadores cuya representación deberá ejercer. La Autoridad de Aplicación podrá autorizar, a pedido de la asociación sindical, la celebración en lugar y horas distintos, cuando existieren circunstancias atendibles que lo justificaran. Cuando con relación al empleador respecto del cual deberá obrar el representante no existiera una asociación sindical con personería gremial, la función podrá ser cumplida por afiliados a una simplemente inscripta. En todos los casos se deberá contar con una antigüedad mínima en la afiliación de un (1) año; b) tener dieciocho (18) años de edad como mínimo y revistar al servicio de la empresa durante todo el año aniversario anterior a la elección. En los establecimientos de reciente instalación no se exigirá contar con una antigüedad mínima en el empleo. Lo mismo ocurrirá cuando por la índole de la actividad en la que presten servicios los trabajadores a representar la relación laboral comience y termine con la realización de la obra, la ejecución del acto o la prestación de servicio para el que fueron contratados o cuando el vínculo configure un contrato de trabajo de temporada (art. 41, LAS)

(11) El art. 48, L. 23551, no excluye o distingue de la tutela sindical a los integrantes de la Junta Electoral y, en tanto la participación como integrante de dicho órgano hace a la libertad sindical de los trabajadores, corresponde considerarlos incluidos ("Batallanes, Ángel A. v. Pirelli Neumáticos SA" - Sala 9 - 20/8/2003)

(12) "Castillo, Agustín Ignacio v. Bachino SRL" - Fiscalía General - 28/7/2005, Dict. 40.702/205

(13) "Toledo, Omar v. Ministerio de Defensa, Estado nacional Comando de Transportes Navales" - Sala 3 - 28/9/2001

(14) "Pietrantuono, Graciela N. c/AFIP s/juicio sumarísimo" - CNTrab. - Sala I - 24/5/2007

(15) Ivanega, Miriam: "Empleo público" - Ed. Astrea - 2019 - págs. 314/315

(16) En el precedente "Condomi c/Caja de Acumulaciones" (sent. del 12/12/1933; Fallos: 170:12), el Alto Tribunal resolvió que la provincia puede sancionar leyes laborales y previsionales para los empleados de su banco, ya que "no puede ser afectado por el carácter obligatorio de las leyes nacionales", criterio reiterado en el caso "Portas c/Banco de la Provincia de Buenos Aires" (sent. del 16/9/1938, Fallos: 181:412). Ello fue refrendado por la Corte federal en el caso "Banco de la Provincia de Buenos Aires c/Nación Argentina" (sent. del 15/3/1940, Fallos: 186:70), en el cual se resolvió que el art. 7 del Pacto de San José de Flores y la L. 1029 tendieron a asegurar a la Provincia de Buenos Aires el derecho de legislar y gobernar sobre el banco, quedando este "fuera del alcance de las leyes dictadas por el Congreso Nacional". El aludido criterio jurisprudencial fue reiterado en los precedentes posteriores que identifica, de lo cual cabe colegir que la doctrina de la Corte es favorable al reconocimiento de un privilegio extraordinario de la Provincia de Bs. As. respecto de su banco, cuyas normas regulatorias gozan -con arreglo a los arts. 31 y 104 (actual 121), CN- de la misma supremacía que las normas constitucionales tienen sobre las leyes nacionales, de modo tal que, ante cualquier conflicto entre normas nacionales y las normas provinciales que regulan el Banco de la Provincia de Buenos Aires, son aquellas las que deben ceder

(17) "Francisquelo, Jorge Reinaldo c/Banco de la Provincia de Buenos Aires s/despido" - SCBA - 11/9/2013

(18) Art. 2, LCT. La vigencia de esta ley quedará condicionada a que la aplicación de sus disposiciones resulte compatible con la naturaleza y modalidades de la actividad de que se trate y con el específico régimen jurídico a que se halle sujeta. **Las disposiciones de esta ley no serán aplicables: a) a los dependientes de la Administración Pública nacional, provincial o municipal, excepto que por acto expreso se los incluya en la misma o en el régimen de las convenciones colectivas de trabajo**

(19) Para ampliar, recomiendo el desarrollo jurisprudencial que expone Miriam Ivanega en su obra "Empleo público" - Ed. Astrea - 2019 - págs. 97/102

(20) "Municipalidad de Vicente López c/López, Maximiliano Alberto s/exclusión tutela sindical (sumarísimo). Conflicto de competencia art. 7, inc. 1, ley 12008" - SCBA - 15/4/2020

(21) "Fate SAICI c/Ottoboni, Víctor O. s/exclusión de tutela sindical" - SCBA - 20/12/2017

(22) "Consorcio Portuario Regional de Mar del Plata contra Prado, José Domingo. Exclusión tutela sindical (sumarísimo)" - SCBA - 20/11/2020; "Vaspia SAIC c/Gamboa Castillo, Pablo Hernán. Exclusión de tutela sindical (sumarísimo)" - SCBA - 14/7/2020; "Icedream SRL c/Barrios, Matías Gastón. Exclusión de tutela sindical (sumarísimo)" - SCBA - 20/3/2019; "Municipalidad de Ensenada contra Segovia, Matías Humberto. Exclusión de tutela sindical" - SCBA - 19/12/2018; "Everplast SA contra Navarro, Elidoro Ramón. Exclusión de tutela sindical (sumarísimo)" - SCBA - 7/11/2018; "Banco de la Provincia de Buenos Aires contra Rodríguez Oscar Ariel. Exclusión tutela sindical (sumarísimo)" - SCBA - 10/10/2018; "Tyrolit Argentina SA c/Castillo, Gabriel Mario. Exclusión tutela sindical (sumarísimo)" - SCBA - 30/8/2018; "Consorcio Edificio Gran Emilia contra Vera Martín. Exclusión tutela sindical" - SCBA - 4/7/2018; "Copetro S. C. c/González Enrique s/exclusión tutela sindical (sumarísimo)" - SCBA - 21/11/2018, entre otros

(23) "Industria Metalúrgica Sudamericana IMSA SACEi contra Melnechenko, Juan Carlos. Exclusión tutela sindical (sumarísimo)" - SCBA - 18/5/2016; "Transporte Automotor Plaza SACI y otra c/Henríquez, César Raúl y otros s/exclusión de tutela sindical (sumarísimo)" - SCBA - 4/6/2014; "Kraft Foods Argentina SA c/Bogado, Ramón Hermenegildo s/exclusión de tutela sindical" - SCBA - 6/11/2012; "Municipalidad de Morón c/Lanestosa, Omar Adolfo s/amparo. Exclusión de tutela sindical" - SCBA - 5/5/2010; "Banco de la Provincia de Buenos Aires c/Lozano, Jorge A. s/exclusión de tutela sindical" - SCBA - 5/5/2010; "Banco de la Provincia de Buenos Aires c/Draghi, Juan Pedro s/exclusión de garantía sindical" - SCBA - 11/3/2009; "Banco de la Provincia de Buenos Aires c/Alonso, Mario Oscar s/exclusión de tutela sindical" - SCBA - 8/10/2008, entre otros

(24) Tengamos en cuenta que el decreto que "inicia el sumario" no es un acto administrativo propiamente dicho porque no produce ningún efecto jurídico directo ni inmediato en el sumariado, como así tampoco se modifica su situación laboral ni su condición jurídica en el marco de la relación de empleo. Aquel acto es un acto interno de la Administración que encomienda la instrucción o investigación de un hecho determinado para corroborar la configuración de los hechos, la participación del inculpado y para proponer sanciones (art. 42, Reglamento de Investigaciones Administrativas Nacional; art. 29, L. 14656). No es más que una "hipótesis de trabajo". La excepción a este postulado se da cuando el decreto que ordena la promoción de un sumario disciplinario dispone, además, la suspensión preventiva del empleado. En este supuesto, se configura un acto administrativo

(25) SCJ Mendoza, Sala II, sent. de 12/10/2017, en juicio 150970, "Millán SA c/Neira Jonathan, exclusión tutela sindical (150970) s/recurso ext. de inconstitucionalidad - casación"

(26) Por ej., en la Prov. de Santa Fe (art. 7, L. 10456)

(27) Art. 47, LAS

(28) La "especie" es el amparo (general)

(29) Corte, Néstor: "El modelo sindical argentino" - Ed. Rubinza - Culzoni Editores - pág. 474, cit. por Grisolia, Armando J.: "Manual de derecho laboral" - 6ª ed. - Ed. AbeledoPerrot - 2010 - pág. 892

(30) "Mango, Eduardo Donato y otro c/Provincia de Buenos Aires (Tribunal de Cuentas) s/demanda contencioso administrativa" - SCBA - 30/11/2011

(31) "Vigovich, Susana Cristina c/Grandes Sederías Dalí SA s/indemnización despido, etc." - SCBA - 23/4/2003

(32) De los trabajadores ante el empleador, la autoridad administrativa del trabajo cuando esta actúa de oficio en los sitios mencionados y ante la asociación sindical. De la asociación sindical ante el empleador y el trabajador (art. 49, LAS)

(33) Art. 29, D. 467/88. El trabajador se tendrá por postulado como candidato a partir del momento en que el órgano de la asociación sindical, con competencia para ello, tenga por recibida la lista que lo incluye como candidato, con las formalidades necesarias para pasar a expedirse acerca de su oficialización. **La asociación sindical deberá comunicar tal circunstancia a cada empleador** cuyos dependientes estén postulados indicando los datos personales, el cargo al cual aspiran y la fecha de recepción. Deberá, asimismo, emitir para cada candidato que lo solicite un certificado en el cual conste dichas circunstancias. Este certificado deberá ser exhibido al empleador por el candidato que comunique por sí su postulación. Se considerará definitiva la decisión de no oficializar una candidatura cuando ella agote la vía asociacional. Igual efecto a la no oficialización producirá la circunstancia de que el candidato incluido en una lista oficializada obtenga un número de votos inferior al cinco por ciento (5%) de los votos válidos emitidos

(34) Art. 50, LAS. A partir de su postulación para un cargo de representación sindical, cualquiera sea dicha representación, el trabajador no podrá ser despedido, suspendido sin justa causa, ni modificadas sus condiciones de trabajo, por el término de seis (6) meses. Esta protección cesará para aquellos trabajadores para cuya postulación no hubiere sido oficializada según el procedimiento electoral aplicable y desde el momento de determinarse definitivamente dicha falta de oficialización. **La asociación sindical deberá comunicar al empleador el nombre de los postulantes; lo propio podrán hacer los candidatos**

(35) Vázquez Vialard, Antonio: "El sindicato en el derecho argentino" - Ed. Astrea - 1981 - pág. 301

(36) Fernández Sessarego, Carlos: "Abuso del derecho" - Ed. Astrea - 1992 - pág. 3