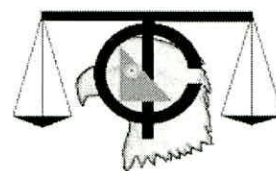




Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina



TRIBUNAL DE CUENTAS DE TIERRA DEL FUEGO
ANTÁRTIDA
E ISLAS DEL ATLÁNTICO SUR

"2021 – AÑO DEL TRIGÉSIMO ANIVERSARIO DE LA CONSTITUCIÓN PROVINCIAL"

USHUAIA, 10 DIC 2021

VISTO: el Expediente Letra TCP PR N° 312/2021 de este Tribunal de Cuentas, caratulado: "*S/ RÉGIMEN PREVISIONAL VIGENTE*" y;

CONSIDERANDO:

Que las presentes actuaciones se iniciaron con motivo de la Nota Interna N° 1940/2121 Letra: TCP-Pres. (fs. 1), por la que el Vocal Abogado en ejercicio de la Presidencia de este Organismo, solicitó a la Directora de Administración a cargo, que indique la nómina de los agentes en condiciones de presentar sus trámites para acceder al beneficio jubilatorio.

Que en respuesta a ello, la Jefa de Contabilidad y Presupuesto subrogante, informó mediante Nota N° 2475/2021 Letra: T.C.P.-DA y su Anexo (fs. 12/5), que se encuentran en condiciones de iniciar sus trámites jubilatorios en el marco del régimen provincial, los agentes Luis Ernesto GÓMEZ (Legajo N° 007), Oscar Juan SUÁREZ (Legajo N° 041) y Mirta Susana del Valle SÁNCHEZ COLAZO (Legajo N° 079).

Que posteriormente, el Vocal Abogado en ejercicio de la Presidencia puso en conocimiento dicha circunstancia al Sr. Vocal de Auditoría y al Sr. Vocal Contador (Nota de fs. 6).

Que en función de ello, desde el Cuerpo Plenario de Miembros se emitió la Nota N° 3093/2021 Letra: TCP (fs. 7), dirigida al Secretario Legal a cargo, solicitando asesoramiento respecto de la pertinencia de intimar a los agentes que reúnen las condiciones para acceder al beneficio jubilatorio, en el marco de las facultades previstas en los artículos 22 y 23 de la Ley nacional N° 22.140 y en base a lo informado por la Dirección de Administración.

Que de esa manera, el Secretario Legal a cargo giró los actuados a la Coordinadora Legal (fs. 7vta.), quien emitió su Informe Legal N° 405/2021 Letra: TCP-CL (fs. 8/19), opinando lo siguiente: “(...) *La situación particular de los agentes informados por la Dirección de Administración es diferente en cada caso, por lo que se analizará cada situación por separado.*

En el caso del agente Luis Ernesto GÓMEZ (Legajo N° 007) se indica que ya le acordaron la Jubilación Ordinaria mediante Resolución Directorio N° 724/2013 de fecha 28/06/2013 de la CPS (ex- IPAUSS).

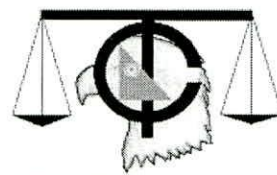
De la citada Resolución surge que con fecha 28 de junio de 2013 se le concedió el beneficio de Jubilación Ordinaria, conforme lo estipulado en el artículo 21 inciso b) y siguientes y concordantes de la Ley provincial N° 561 sustituido por el artículo 1° de la Ley provincial N° 721, en un todo de acuerdo con el informe técnico expedido por la Dirección de Prestaciones Previsionales y Dictamen N° 202/2013 de la Comisión de Previsión Social.

Asimismo se condicionó el alta del beneficio a la presentación de los instrumentos que acrediten la aceptación de la renuncia a todos los cargos en relación de dependencia que se halle desempeñando, salvo docencia e investigación a nivel universitario (conforme artículos 62 a 64 Ley 561).

Por otra parte se dispone que la determinación del haber en los términos del artículo 43 de la Ley 561, el que dispone en relación con la Jubilación Ordinaria que: ‘(...) el haber mensual inicial de las prestaciones se determinará, a la fecha del cese de servicios o de concesión del beneficio, la que resultare posterior, de la siguiente forma: a) Jubilación Ordinaria: Será equivalente al ochenta y dos por ciento (82%) del promedio actualizado de las remuneraciones calculado según lo determinado en el artículo 44 de la presente Ley (...)’.



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina



TRIBUNAL DE CUENTAS DE TIERRA DEL FUEGO
ANTÁRTIDA
E ISLAS DEL ATLÁNTICO SUR

"2021 – AÑO DEL TRIGÉSIMO ANIVERSARIO DE LA CONSTITUCIÓN PROVINCIAL"

Por su parte el artículo 44 establece que: 'El haber jubilatorio será determinado promediando las remuneraciones mensuales percibidas por el trabajador en los ciento veinte (120) meses laborados en las Administraciones del régimen, anteriores al cese definitivo de servicios'.

Del juego de los artículos citados, surge que el agente cuenta con la jubilación y que el acceso al beneficio está supeditado a la presentación de los instrumentos que acrediten la aceptación de la renuncia a todos los cargos en relación de dependencia que se halle desempeñando y que el haber mensual se calcula a la fecha de cese o de concesión del beneficio.

En el caso, el agente ya tiene acordado el beneficio, y para acceder al mismo debe acreditar la aceptación de la renuncia por parte de este Organismo.

Ello así, en lugar de intimarlo a iniciar los trámites jubilatorios, deberá intimarse al agente a presentar la correspondiente renuncia, para ser dado de baja y acogerse de ese modo al beneficio de Jubilación Ordinaria ya acordado. A su vez deberá la Dirección de Administración entregarle las certificaciones de servicios y demás documentación que requiera, a los efectos del cálculo de su haber, el que se calculará a la fecha de su cese, conforme la normativa citada.

Por otro lado, respecto del agente Oscar Juan SUÁREZ (Legajo N.º 041) se informa que reúne los requisitos de años de servicios y edad estipulados en el artículo 4º de la Ley provincial Nº 1076, para acogerse al beneficio de Jubilación Ordinaria.

Del análisis de su Legajo personal surge que actualmente ocupa el cargo de Vocal Titular de la Asociación del Personal de los Organismos (A.P.O.C.) venciendo su mandato el día 29 de abril de 2023 y que previamente

ocupó en el orden provincial el cargo de Secretario General de dicha Asociación, desde el 22 de mayo de 2017 y por el término de cuatro años, por lo que dicho mandato culminó el 22 de mayo el corriente año.

Por último se menciona a la agente Mirta Susana del Valle SÁNCHEZ COLAZO, quien también podría acogerse al beneficio de Jubilación Ordinaria, al reunir los requisitos para jubilarse por aplicación del artículo 3° de la Ley provincial N.º 1210, que dispone la posibilidad de compensar exceso de edad por años de servicios, en la proporción de dos años de edad excedente por un año de servicio faltante.

De los antecedentes relatados, emerge la necesidad de expedirse en torno a la situación particular del agente SUÁREZ, dado que los otros dos agentes no presentan elementos que requieran un mayor análisis que el realizado ut supra.

Sobre el particular resulta dable señalar que la Administración, en su calidad de empleadora, cuenta con la potestad de intimar a sus empleados que reúnan las condiciones, a que inicien los trámites de Jubilación Ordinaria, conforme surge de los artículos 22 y 23 de la Ley Nacional 22.140 que disponen:

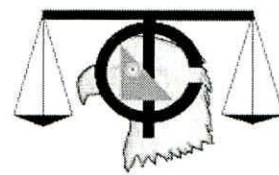
‘ARTÍCULO 22.- El personal podrá ser intimado a iniciar los trámites jubilatorios, cuando reúna los requisitos exigidos para obtener el porcentaje máximo del haber de la jubilación ordinaria.

ARTÍCULO 23.- El personal que fuere intimado a jubilarse y el que solicitare voluntariamente su jubilación o retiro, podrá continuar en la prestación de sus servicios hasta que se le acuerde el respectivo beneficio, por un lapso no mayor de seis (6) meses, a cuyo término el agente será dado de baja’.

Ahora respecto del agente SUÁREZ, resulta imprescindible determinar liminarmente si cuenta con la protección que establece la Ley de



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina



TRIBUNAL DE CUENTAS DE TIERRA DEL FUEGO
ANTÁRTIDA
E ISLAS DEL ATLÁNTICO SUR

"2021 – AÑO DEL TRIGÉSIMO ANIVERSARIO DE LA CONSTITUCIÓN PROVINCIAL"

Asociaciones Sindicales (de ahora en más 'L.A.S.') en su artículo 52, que dispone: 'Los trabajadores amparados por las garantías previstas en los arts. 40, 48 y 50 de la presente ley, no podrán ser despedidos, suspendidos 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 art. 47 (...)'.

Sobre el particular resulta dable señalar que conforme surge de los artículos 8º, inciso c); 16, inciso g); 17 y 41, inciso a), de la L.A.S. la tutela de su artículo 52 sólo protege a los funcionarios y delegados que accedieren a sus cargos por vía electiva (conf. MACHADO, José Daniel y OJEDA, Raúl Horacio, 'Tutela Sindical - Estabilidad del Representante Gremial', Ed. RUBINZAL-CULZONI, pág. 138).

A su vez, se exige como recaudo para contar con dicha garantía que: a) la designación se haya efectuado cumpliendo con los recaudos legales y b) que haya sido comunicada al empleador. La comunicación se prueba mediante telegrama o carta documento u otra forma escrita (conf. art. 49 L.A.S.).

Asimismo se ha indicado que la protección de la representación gremial está disponible para los trabajadores enunciados en los artículos 48 y 50 de la L.A.S. y que dentro del esquema de dichos artículos se encuentran comprendidos los funcionarios, que son aquellos que ocupan un cargo en algunos de los órganos estatutarios de la entidad sindical con personería gremial reconocida respecto de su ámbito profesional y territorial de actuación (conf. ACKERMAN, Mario E. Director, TOSCA, Diego M. Coordinador, 'TRATADO DE DERECHO DEL TRABAJO', Tomo VII, Relaciones Colectivas de Trabajo. Ed. RUBINZAL CULZONI, pág. 701).

Se incluyen en esa categoría a los miembros del órgano de Dirección y Administración (la Comisión Directiva), del Cuerpo Deliberativo indirecto (Congresales) y del Órgano de Fiscalización (Comisión revisora de cuentas o denominación semejante). También comprende a los miembros del organismo electoral de la entidad (Junta Electoral) (conf. op. cit., pág. 701).

Consecuentemente, es dable concluir el que agente SUÁREZ, al ocupar actualmente un cargo dentro de la Comisión Directiva de la Asociación Sindical de A.P.O.C. (como Vocal titular) cargo al que accedió por vía electiva y habiéndose cumplido con el recaudo de notificación a este Organismo por Carta Documento CD982490237, conforme surge de fs. 372 de su Legajo, cuenta actualmente con la protección dispuesta en los artículos 48 a 52 de la L.A.S.

Lo mismo cabe predicar respecto del cargo que ostentara anteriormente como Secretario General, el que fue notificado por CD061472848 agregada a fs. 348 de su Legajo, toda vez que el artículo 48 de la citada Ley dispone que la protección abarca hasta un año más luego de finalizado el mandato, extendiéndose la protección hasta el 22 de mayo del 2022.

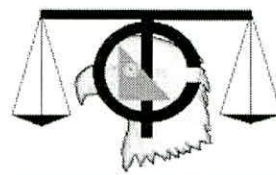
Una vez aclarado ello, corresponde analizar los alcances que tiene la protección dispuesta en los artículos 48 a 52 de la L.A.S. en relación con la potestad del empleador de intimar a sus empleados a jubilarse, cuando reúnen los requisitos para ello.

En primer lugar debe indicarse que en el caso del Estado empleador, convergen cuestiones de interés público y facultades exorbitantes de la Administración que exceden las potestades del empleador privado.

En este orden se ha señalado que la presencia del interés público como justificativo de las llamadas exorbitancias específicas del Derecho Administrativo impone reflexionar acerca de si los criterios interpretativos han de ser forzosamente idénticos en el caso del empleador privado y el empleador



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina



TRIBUNAL DE CUENTAS DE TIERRA DEL FUEGO
ANTÁRTIDA
E ISLAS DEL ATLÁNTICO SUR

"2021 – AÑO DEL TRIGÉSIMO ANIVERSARIO DE LA CONSTITUCIÓN PROVINCIAL"

estatal (conf. MACHADO, José Daniel y OJEDA, Raúl Horacio, 'Tutela Sindical (...)', pág. 228).

Es decir, sin perjuicio de que no se discute la aplicación de las garantías de la L.A.S. al empleo público, existen diferencias relevantes que ha consagrado la jurisprudencia según que la representación gremial refiera al empleo público o privado (conf. op. cit. Pág. 230).

A lo que debe agregarse que cada vez que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha tenido que realizar un juicio de ponderación ante la concurrencia de la garantía de estabilidad sindical y las medidas generales de racionalización administrativa, se ha inclinado por la preeminencia de estas últimas, en tanto justificadas por el interés público y la finalidad de bien común (conf. op. cit. Pág. 230).

Así las cosas, respecto de los agentes que cuentan con tutela sindical y reúnen los requisitos para jubilarse la Doctrina ha señalado que habrá de depender del encuadramiento que hagamos de la institución reglada por el artículo 252 L.C.T. (intimación a jubilarse) en nuestro caso los artículos 22 y 23 de la Ley Nacional 22.140, como equiparable o no a su despido.

Si lo fuera, quedaría atrapado dentro de la restricción de los artículos 48 y 50 de la L.A.S. De lo contrario, debiera considerarse un acto permitido cuya adopción no vulnera el sistema garantista (conf., op. cit. Pág. 264).

La extinción del trabajo por causa de la jubilación ha sido tratada tradicionalmente como una razón autónoma de finalización del contrato, ya que se funda en circunstancias biológicas constitutivas de un 'hecho jurídico' cuya ocurrencia habilita la posibilidad de denunciar el contrato con fundamento en el

mismo y a mérito de la claudicación, para entonces, de la regla de la indeterminación del plazo (conf. op. cit., pág. 265).

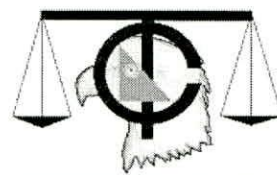
En base a los parámetros analizados, puede entenderse viable intimar a un empleado estatal a jubilarse, debiendo tenerse especialmente en cuenta el interés público que se encuentra en juego en el caso del empleador estatal y las facultades exorbitantes con las que cuenta la Administración.

Ahora bien, al analizarse la situación de los representantes sindicales que se encuentran en condiciones de jubilarse, se ha planteado en la doctrina y en sede judicial una situación que suscita opiniones controvertidas.

En este sentido se ha indicado: 'Sobre el particular la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones del trabajo trató el pedido de exclusión de tutela de un delegado gremial que se encontraba en condiciones de jubilarse y en la que se analizó la intimación efectuada por la empresa al delegado para que se jubilara como así también el carácter de la representación sindical. El trabajador había interpuesto anteriormente una acción contra su empleadora a fin de que se declarara la nulidad de la intimación para que se jubilara alegando haber sido electo en un cargo de la seccional La Pampa de la Asociación de Agentes de Propaganda Médica. Según el dictamen del Procurador General que fue receptado por la mayoría de la Sala, la representación gremial no tiene efectos para otorgar ultraactividad al contrato de trabajo y la sala al hacer lugar a la acción de exclusión planteada por la empresa sostuvo que: 'El cumplimiento de los recaudos legales para la obtención de la jubilación ordinaria .artículo 252, ley 20.744 (DT, 1974-805, t.o. 1976-238) configura justa causa que hace cesar la tutela sindical artículo 48 , Ley 23.551 (DT, 1988-A, 802) -, puesto que la misma no tiene efectos para otorgar ultraactividad al contrato de trabajo'' (conf. STREGA, Enrique,



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina



TRIBUNAL DE CUENTAS DE TIERRA DEL FUEGO
ANTÁRTIDA
E ISLAS DEL ATLÁNTICO SUR

"2021 – AÑO DEL TRIGÉSIMO ANIVERSARIO DE LA CONSTITUCIÓN PROVINCIAL"

Colección La Ley Comentada, Asociaciones Sindicales Ley 23.551, Ed. LALEY, pág. 344).

En el fallo en comentario se valoró que la decisión empresarial de intimar a jubilarse al representante gremial era una política de la empresa que adoptaba con todos sus trabajadores en esas condiciones y no una conducta persecutoria o antisindical (conf. op. cit. Pág. 344).

Asimismo se entendió que existía una causa objetiva de terminación del contrato de trabajo, que se habían cumplido con los recaudos del art. 252 L.C.T., descartando la existencia de una conducta antisindical del empleador. Agregándose que si el empleador no pudiera intimar a jubilarse a un empleado por contar con tutela sindical, ello derivaría en que el contrato se postergaría en forma definitiva (conf. op. cit. Pág. 345).

Así las cosas, la doctrina y la jurisprudencia coinciden en que el trabajador con estabilidad sindical en condiciones de jubilarse puede ser intimado a ello. Sin embargo, existen posiciones encontradas en cuanto a la necesidad de iniciar la acción de exclusión de tutela sindical a tales efectos (conf. op. cit. Pág. 346).

Sobre el particular, la sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en autos: 'Tejo, Roberto c. Red Celeste y Blanca S.A.' el 26/04/22 y sala III de esa Cámara en autos: 'Canal, Pedro c. Finadiet S.A.' exigieron la iniciación de la acción de exclusión de tutela para poder intimar en los términos del art. 252 L.C.T. (conf. op. cit. Pág. 346).

Así se indicó: 'Para intimar en los términos del art. 252 L.C.T. al delegado gremial en condiciones de jubilarse, el empleador no está dispensado de tramitar el proceso de exclusión de tutela establecido por el art. 52 de la Ley

23.551' (CNTrab., sala II, 'Tejo, Roberto C. c. Red Celeste y Blanca S.A.', TySS, 2000-572, 25/04/2000).

La opinión minoritaria, sostiene que no podría intimarse, ni aun con exclusión de tutela (conforme el voto en disidencia en los autos 'Finadiet c Canal, Pedro') (conf. op. cit. Pág. 346).

Algunos autores, como Hugo CARCAVALLO y Juan José ETALA (h.) consideran que no es necesario iniciar el procedimiento establecido por el art. 52 L.A.S. para poder intimar por el art. 252 L.C.T. teniendo en cuenta que ésta es un modo natural de extinción de la relación laboral siendo ésta una causa objetiva de extinción que prevalece sobre la tutela sindical.

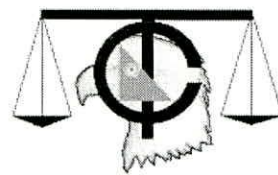
Se ha señalado a su vez que la facultad de intimar a un delegado sindical a jubilarse tiende a evitar configurar una situación de abuso de derecho mediante sucesivas designaciones a cargos gremiales y así desbordar los límites del artículo 91 L.C.T. o dar estabilidad a todo trance a un determinado trabajador (conf. op. cit. Pág. 347).

Lo relevante es que la decisión empresarial no esté motivada por una finalidad antisindical, lo que sucedería si la intimación a jubilarse fuese exclusiva para el representante y no para otros trabajadores en similares condiciones (ETALA, J. J. (h.) y ALEJANDRO, Sergio Joaquín, DT, 2003-A, 302).

Sobre la problemática planteada, la Suprema Corte de Buenos Aires ha tenido oportunidad de pronunciarse, señalando: 'El cese en el empleo, aún de carácter público, dispuesto unilateralmente por el principal para que el empleado obtenga el beneficio jubilatorio, opera de hecho como un modo de extinción del vínculo, lo que configura, en esencia, el presupuesto previsto por el legislador en el artículo 52 de la ley sindical y nada impide a la comuna demandada requerir la previa autorización judicial para disponerlo' (S.C.



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina



TRIBUNAL DE CUENTAS DE TIERRA DEL FUEGO
ANTÁRTIDA
E ISLAS DEL ATLÁNTICO SUR

"2021 – AÑO DEL TRIGÉSIMO ANIVERSARIO DE LA CONSTITUCIÓN PROVINCIAL"

Buenos Aires, 'Saba, Nader Owen c. Municipalidad del Partido de General Pueyrredón s/ Acción de reinstalación', 21/11/1995).

En la citada causa: 'Finadiet S.A. c. Oviedo, Alcides O. s. Juicio sumarísimo' el juez de primera instancia resolvió que la exclusión de tutela era al sólo efecto de cursarle la notificación prevista en el art. 252 L.C.T., sin embargo en segunda instancia al tratar la apelación interpuesta por la empresa, se advirtió: 'El artículo 91 L.C.T., en tanto establece que el contrato por tiempo indeterminado dura hasta que el trabajador se encuentre en condiciones de gozar de los beneficios de la seguridad social por límites de edad y de servicios, sienta un principio general del que claramente deriva una causa objetiva de extinción no vinculada a su conducta personal, que no puede comprometer la protección conferida por la ley al representante gremial, la que tiene carácter temporal y no es indefinida'. 'Es admisible la exclusión de tutela sindical con el único y exclusivo fin de cursarle al trabajador la intimación a jubilarse prevista por el artículo 252 L.C.T., comenzando a correr el plazo respectivo desde que éste acto se practique' (CNTrab., sala V, 2003/08/28, 'Finadiet S.A. c. Oviedo, Alcides O. s. Juicio sumarísimo', TySS, 2003-728).

En el orden local la Cámara de Apelaciones D.J.N., en oportunidad de pronunciarse en un caso de empleado estatal con tutela sindical en condiciones de jubilarse, señaló: 'En forma preliminar adelanto que no desconozco la jurisprudencia vigente que exige el inicio del procedimiento de exclusión, como trámite previo e ineludible para viabilizar la intimación al trabajador a que inicie los trámites jubilatorios (...) ('GALLEGOS ANTONIO HORACIO c/ MUNICIPALIDAD DE LA CIUDAD DE USHUAIA s/ MEDIDA CAUTELAR', Expte. N° 7903, 15/06/2016).

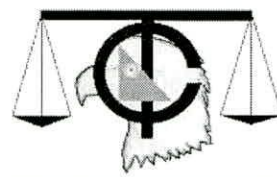
Así las cosas, en el orden local se sigue la Jurisprudencia nacional, relativa a que para intimar a un empleado que cuenta con tutela sindical a jubilarse, resulta necesario tramitar la exclusión de tutela en sede judicial.

Por su parte el Superior Tribunal de Justicia local, en oportunidad de analizar el objeto del proceso sumarísimo de exclusión de tutela sindical ha señalado: ‘De tal modo, la sentencia abordará el aspecto sindical del conflicto verificando la inexistencia de actividad persecutoria en orden a lo que estipula el art. 53 de la L.A.S.. Por ende será ésta la única y exclusiva forma por la que cede la estabilidad gremial, en un caso particular, previo cotejo por el judicante en el marco de la acción sumarísima que la medida que pretende adoptar la empleadora no encubra prácticas antisindicales o persecutorias de quien ostenta la condición de delegado gremial.

(...) El sistema protectorio que diagrama la ley de Asociaciones Sindicales se traduce en que el empleador participa con una iniciativa o propuesta de sanción que no puede perfeccionar por si mismo, sino que queda subordinada en su eficacia a que la instancia judicial la admita y legitime; en este marco, el Estado empleador puede tramitar íntegramente el sumario, pero si culmina con una propuesta de sanción no puede obligar a su cumplimiento al tutelado, hasta que se obtenga la autorización judicial para hacerla efectiva, pues la acción de exclusión de tutela sindical es ‘... un procedimiento preliminar preventivo, de carácter obligatorio y que opera como requisito de validez de la conducta del empleador, por el cual quien desea adoptar alguna de las decisiones comprendidas en el ámbito de protección del instituto (despido, suspensión, modificación de las condiciones de trabajo) respecto de los sujetos legalmente amparados por esta garantía, debe previamente requerir la aprobación del órgano judicial competente, acreditando la existencia de circunstancias que lo justifican y que excluyen la posible motivación antisindical



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina



TRIBUNAL DE CUENTAS DE TIERRA DEL FUEGO
ANTÁRTIDA
E ISLAS DEL ATLÁNTICO SUR

"2021 – AÑO DEL TRIGÉSIMO ANIVERSARIO DE LA CONSTITUCIÓN PROVINCIAL"

del comportamiento patronal. De tal manera, la eficacia de esos actos del empleador excede de su mera voluntad unilateral, ya que para perfeccionarse requieren ineludiblemente la concurrencia del pronunciamiento que los autorice' (*'El Modelo Sindical Argentino'*, Néstor T. Corte, pág. 481 y 482. Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 1994)' (In re: *'Banco Provincia de Tierra del Fuego c/ Gallardo, Manuel José Antonio s/ Exclusión de Tutela Sindical'*, sentencia del 24.05.99, voto del Juez Hutchinson).

En rigor, el Estado debe emitir el acto administrativo definitivo en donde conste la sanción que entiende le corresponde al agente como consecuencia de la responsabilidad determinada en el marco de las actuaciones administrativas. Ahora bien, lo que pierde el ente Estatal en el caso es la posibilidad de ejecutar por sí mismo dicho acto administrativo haciendo efectiva la sanción, pues para ello deberá contar inexorablemente con la venia del juez, que es en definitiva el que verificará el ajuste a derecho de la sanción que se pretende aplicar, a cuyo fin deberá analizar las actuaciones sumariales en su integridad.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha seguido un criterio similar al señalar que los agentes públicos que gozan de tutela sindical, no pueden ser afectados por medidas disciplinarias, sin resolución judicial previa que los excluya de la garantía (Fallos, 322:1071; 326:2325). En ambos casos existían investigaciones previas que determinaron la sanción, pero sólo se hizo hincapié en la imposibilidad de aplicar la medida disciplinaria sin recurrir al procedimiento previsto en el art. 52 de la ley 23.551' (STJ SR *'Provincia de Tierra del Fuego c/ Bombares, Raúl Oscar s/ Exclusión de Tutela Sindical'* - Expte N° 1698/12, 06/09/2013).

Si bien el caso en comentario se refería a la aplicación de una sanción, el Superior Tribunal de Justicia sienta una serie de principios en torno al procedimiento de exclusión de tutela y la actuación de la Administración en su calidad de empleadora, que sirven de guía para el análisis de estos actuados.

En este sentido se establece la regla de que la Administración puede emitir el acto administrativo en relación con un agente que cuenta con tutela sindical, pero los efectos de ese acto quedan suspendidos a las resultas de la acción judicial de exclusión de tutela, la que tiene por objeto verificar que no existe un comportamiento antisindical en contra de aquél.

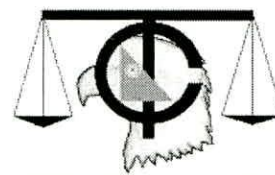
En este andarivel se ha indicado: ‘Conforme ha sostenido el Tribunal con anterioridad, en las acciones de exclusión de tutela que se articulan contra empleados públicos, ‘... el Estado debe emitir el acto administrativo definitivo en donde conste la sanción que entiende le corresponde al agente como consecuencia de la responsabilidad determinada en el marco de las actuaciones administrativas.

Ahora bien, lo que pierde el ente Estatal en el caso es la posibilidad de ejecutar por sí mismo dicho acto administrativo haciendo efectiva la sanción, pues para ello deberá contar inexorablemente con la venia del juez, que es en definitiva el que verificará el ajuste a derecho de la sanción que se pretende aplicar, a cuyo fin deberá analizar las actuaciones sumariales en su integridad’ (según mi voto en autos, ‘Gobierno de la Provincia de Tierra del Fuego c/ Silva, Miguel Ángel s/ Exclusión de Tutela Sindical’ –Expte N° 1694/12-STJ-SR., sentencia del 6 de septiembre del año 2013, registrada en el T° XIX, F° 720/728)’ (Superior Tribunal de Justicia- SR ‘Provincia de Tierra del Fuego c/ Muñoz, Héctor Horacio s/ Sumarísimo’ -Expte N° 2656/19, 23/09/2019).

En este mismo orden de ideas, en el orden local, el Dr. Gerardo GARCÍA BIAUS señala que el fuero laboral nacional ha considerado que a fin



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina



TRIBUNAL DE CUENTAS DE TIERRA DEL FUEGO
ANTÁRTIDA
E ISLAS DEL ATLÁNTICO SUR

"2021 – AÑO DEL TRIGÉSIMO ANIVERSARIO DE LA CONSTITUCIÓN PROVINCIAL "

de no vulnerar la protección gremial, resulta necesario instar la exclusión de tutela cuando se quiere intimar a un empleado a optar por el inicio del trámite jubilatorio (conf. CNAT, 'López, Marta Adriana c/ Estado Nacional, Poder Legislativo, Honorable Cámara de Diputados de la Nación s/ juicio sumarísimo' Exp. N° 92658/2016/CA1, 16-2-2017) (Gerardo D. García Biais, 'La exclusión de tutela sindical en el empleo público. Precisiones para el caso del dependiente que goza de estabilidad en la Provincia de Tierra del Fuego'. Revista RAP, Sección Doctrina Especial, N.º 471, pág. 24).

En base a los parámetros señalados, cabe concluir que es viable la emisión del acto administrativo que intima al empleado amparado por tutela sindical a jubilarse, pero los efectos de dicho acto quedarán supeditados a las results del proceso judicial de exclusión de tutela.

A su vez, el objeto de dicho proceso sumarísimo se limita a demostrar que la Administración no incurre en un comportamiento discriminatorio o antisindical, lo que se descarta cuando se trata de medidas de alcance general.

A mayor abundamiento, se ha señalado que la garantía de la L.A.S. no es oponible frente a un ius variandi referido a medidas de alcance general, ya que tales garantías no confieren al representante gremial mejores derechos que los que pudieran asistir a los trabajadores del colectivo representado (conf. MACHADO, José Daniel y OJEDA, Raúl Horacio, 'Tutela Sindical (...)', pág. 31).

Así las cosas, cuando se reúnen los requisitos para jubilarse, el empleado con tutela sindical no puede tener una mejor posición que el resto de los empleados por él representados, ya que la tutela no implica ultraactividad del contrato de trabajo. Lo contrario implica colocarlo en una situación de

privilegio que no corresponde respecto de los otros trabajadores en la misma situación.

No es ocioso recordar que las normas tutelares de la libertad gremial sólo tienden a asegurar el normal y regular ejercicio de la función sindical, poniendo al tutelado a resguardo de los actos de injusto hostigamiento, persecución o discriminación del empleador por su condición, pero en modo alguno constituyen un privilegio que le permita actuar en franca violación del orden jurídico, pues esto último conspira contra los fines de la propia L.A.S., que sólo protege el ejercicio lícito, esto es, ajustado a derecho, de la función gremial, y de ningún modo ampara conductas abusivas o ilícitas (conf. GARCÍA BIAUS, 'La exclusión de tutela sindical en el empleo público (...)', pág. 46).

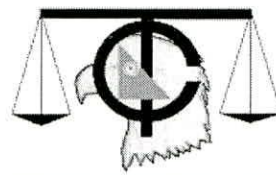
La causa de la exclusión de tutela es objetiva en este caso, ya que refiere a la verificación que el empleado reúne los requisitos exigidos por la normativa para acceder a la Jubilación Ordinaria, lo que fue comprobado, en base a lo informado por la Dirección de Administración.

Por último, conforme el criterio del STJ, cabe reiterar que el hecho de tener que tramitar la exclusión de tutela, no obsta la emisión del acto por parte de la Administración, ni tampoco de su notificación, lo único que se exige a los fines de respetar la protección gremial, es que los efectos del acto queden suspendidos a las resultas del trámite judicial de exclusión de tutela.

Sobre este punto se indicó: '(...) si bien la Administración no está autorizada a ejecutar per se el acto administrativo que dispone una sanción contra un agente con protección sindical, la circunstancia de que se requiera la venia judicial para aplicar la sanción obedece, no a un paso más en el proceso de formación del acto, pues éste ya se halla perfeccionado, sino a la necesidad de que la actuación del Estado se adecúe al bloque de legalidad que emana de la



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina



TRIBUNAL DE CUENTAS DE TIERRA DEL FUEGO
ANTÁRTIDA
E ISLAS DEL ATLÁNTICO SUR

"2021 – AÑO DEL TRIGÉSIMO ANIVERSARIO DE LA CONSTITUCIÓN PROVINCIAL"

Ley Nacional Nº 23.551, el Artículo 14 bis de la CN, y las normas internacionales sobre tutela gremial vigentes en nuestro país.

Ahora bien, el impedimento que trae el Artículo 52 de L.A.S. no le quita ejecutoriedad al acto administrativo que dispone una medida contra un agente público que tiene cobertura gremial, por ello lo correcto sería que la propia sanción contenga un dispositivo que suspenda su aplicación hasta que finalice el proceso judicial de exclusión de tutela' (conf. GARCÍA BIAUS, op. cit. Pág. 56).

En este mismo sentido se indicó: 'El acto administrativo que dispone una sanción contra un agente estatal con tutela sindical debe ser notificado sin demora luego de su dictado, independientemente de que la materialización de la medida esté sujeta a la tramitación en sede judicial de la exclusión de tutela. A partir de ese momento comenzarán a correr para el interesado los plazos para impugnar la decisión.

Cuando se trate no del ejercicio de la potestad disciplinaria de la Administración, sino de la modificación de las condiciones de trabajo del empleado, no habrá que recorrer ningún procedimiento administrativo previo adicional al que corresponde según la índole de la medida, pero sí será necesario articular la acción de exclusión a fin de demostrar que no existe una actitud persecutoria hacia el agente.

La acción deberá instarse con la mayor celeridad posible luego de que se emitió el acto administrativo que dispuso la sanción (...)' (GARCÍA BIAUS, 'La exclusión de tutela sindical en el empleo público (...)', págs. 68/69).

Si bien el artículo en comentario refiere a la aplicación de sanciones, fija pautas generales para la actuación de la Administración. Es así que conforme el criterio transcrito, resulta procedente emitir el acto intimando

a jubilarse a los agentes en condiciones para ello, corriendo a partir de ese momento los plazos para impugnar el mismo.

Sin perjuicio de ello, la ejecutoriedad respecto del agente que cuenta con tutela sindical, quedará suspendida a las resultas del trámite de exclusión de tutela sindical, lo que deberá expresarse claramente en el acto.

Por último, merece la pena señalar que el proceso de exclusión de tutela tendrá por objeto únicamente analizar el elemento finalidad del acto administrativo a emitirse, es decir, que no encubra una conducta antisindical, sin que pueda discutirse el fondo, en el caso, la decisión de jubilar a los agentes en condiciones de ello, lo que será materia de análisis eventualmente por los carriles procesales correspondientes que se activen contra dicho acto.

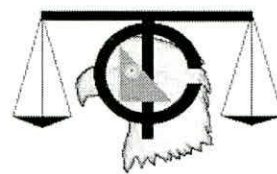
Al respecto en el artículo en comentario se señaló: ‘(...) la exclusión de tutela sindical es un proceso autónomo y de conocimiento restringido. Conforme este posicionamiento, una vez que el empleador ha vencido en el proceso de corrimiento del velo sindical, ya no puede volver a discutirse en un pleito posterior si hubo o no un comportamiento antisindical; no obstante ello, sí es posible discutir la medida adoptada en relación a otros aspectos.

Dentro de esta doctrina se encolumna el STJ, que ha expresado que cuando se trate de un dependiente de la Administración, luego de ventilarse el proceso de exclusión nada impide el inicio de un proceso contencioso administrativo posterior, dado que en aquel sólo se busca dilucidar la pertinencia del levantamiento de la protección sindical.

Desde este trabajo también se adhiere a este tercer criterio, pues es el que mejor logra compatibilizar el interés público comprometido en el ejercicio de las potestades disciplinarias de la Administración con las garantías que tutela la normativa sindical (...).



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina



TRIBUNAL DE CUENTAS DE TIERRA DEL FUEGO
ANTÁRTIDA
E ISLAS DEL ATLÁNTICO SUR

"2021 – AÑO DEL TRIGÉSIMO ANIVERSARIO DE LA CONSTITUCIÓN PROVINCIAL "

Tal como se anticipara en pasajes anteriores, el magistrado que tiene que entender en este tipo de contienda no debe abrir una valoración sobre la relación de fondo de empleo entre el dependiente y la Administración, pues eso en todo caso será materia de discusión en el juicio contencioso. En lo que debe centrar su atención el juez es en el aspecto sindical del conflicto, es decir, que para que progrese la acción, debe descartarse que no exista una animosidad por parte del Estado que busque perjudicar al empleado por su condición de sindicalista.

Esta es la conclusión a la que hemos arribado al analizar el alcance de la cosa juzgada en este tipo de procesos; y si ello lo llevamos al campo de la teoría del acto administrativo, puede traducirse en que lo esencial a tener en cuenta en la exclusión de tutela es el elemento 'finalidad' de la sanción dispuesta' (GARCÍA BIAUS, op, cit., pág. 61).

Consecuentemente, corresponde el inicio de la exclusión de tutela, una vez notificado el acto administrativo que dispone la intimación para iniciar los trámites jubilatorios, la que tendrá por único fin demostrar que la decisión no implica una persecución o comportamiento antisindical por parte de este Organismo, sino el ejercicio de facultades legales expresamente dispuestas en favor de la Administración en su calidad de empleadora.

Asimismo, al tratarse de una medida de alcance general, dispuesta respecto de todos los agentes que se encuentran en condiciones de acceder a la jubilación ordinaria, se descarta cualquier atisbo persecutorio".

Que en función de lo analizado, la Coordinadora Legal concluyó que: "En base a los antecedentes relatados, puede extraerse que es opinión mayoritaria de la Doctrina así como de la Jurisprudencia nacional y local que es posible intimar a un empleado que cuenta con tutela sindical a jubilarse, pero

para que dicho acto tenga efectos, deberá tramitarse la correspondiente exclusión de tutela sindical en sede judicial.

El objeto de dicho trámite judicial tiene como único fin verificar que dicha intimación no esconde una persecución o comportamiento antisindical, lo cual se descarta si la medida es general, es decir, respecto de todos los empleados estatales que se encuentran en condiciones de jubilarse.

En base a los antecedentes detallados, soy de la opinión que debe tramitarse la exclusión de tutela respecto del agente que cuenta con ella, la que deberá solicitarse respecto de los dos cargos sindicales informados por la Dirección de Administración, es decir, el actualmente en ejercicio referido a su cargo a nivel nacional como Vocal Titular de la A.P.O.C. con mandato hasta el día 29 de abril de 2023 y respecto de su cargo de Secretario General, cuyo mandato finalizó el 22 de mayo de 2021, ya que respecto de este último rige el año de protección posterior previsto en el artículo 48 de la L.A.S.

Así las cosas, si bien puede emitirse el acto administrativo intimando al inicio del trámite jubilatorio, los efectos quedarán suspendidos respecto de este agente a las resultas del trámite judicial de exclusión de tutela.

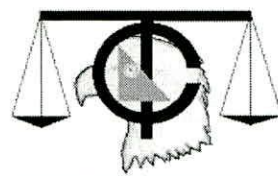
La necesidad de emitir el acto se vincula también con que la tutela debe tramitarse respecto de un acto administrativo en concreto de la Administración, ya que no puede tramitarse una exclusión de tutela en abstracto. De lo contrario el Juez carece de elementos para analizar la medida a adoptar por la Administración.

Es por ello que la exclusión de tutela requiere del acto que se pretende ejecutar, el que no surtirá efectos hasta tanto se expida el juez del caso, haciendo lugar a la exclusión.

Como se dijo, este tipo de medidas resultan atendibles, en el marco de las facultades organizacionales propias de los empleadores, las cuales



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina



TRIBUNAL DE CUENTAS DE TIERRA DEL FUEGO
ANTÁRTIDA
E ISLAS DEL ATLÁNTICO SUR

"2021 – AÑO DEL TRIGÉSIMO ANIVERSARIO DE LA CONSTITUCIÓN PROVINCIAL"

cuentan con un elemento más en el supuesto de la Administración Pública empleadora, cual es el interés público en juego que avala dichas medidas.

En este sentido, la existencia de representación sindical no implica la derogación de los artículos 22 y 23 de la Ley de Empleo Público, porque la tutela no implica que se le confiera a la relación laboral ultraactividad, fundamentalmente porque el modo normal de culminación de la relación es el ingreso a la pasividad.

Por último, tal como se señalara al inicio, respecto del agente que ya cuenta con jubilación otorgada, la intimación es a los efectos de que presente su renuncia, para poder así tramitar su cese para que se acoja al beneficio ya acordado. No existe un plazo para ello, pero puede fijarse en el de seis meses que prevé la norma para el inicio del trámite, lo que queda a criterio del Plenario de Miembros en su caso.

En torno a la tercer agente, la intimación es a los fines de que inicie los trámites jubilatorios, contando para ello con un plazo de seis meses, vencido el cual podrá ser dada de baja por el Organismo. En su caso dicho plazo surte efectos desde la notificación (...)"

Que este Cuerpo Plenario de Miembros comparte las conclusiones arribadas en el Informe Legal N° 405/2021 Letra: TCP-CL, correspondiendo en esta instancia emitir la presente, a efectos de que los agentes que se encuentran en condiciones de iniciar sus trámites jubilatorios y/o hacer efectivo dicho beneficio, así lo hagan.

Que en virtud de ello, corresponde intimar al Sr. Luis Ernesto GÓMEZ (Legajo N° 007), para que en el plazo de seis (6) meses, presente su renuncia al cargo que ostenta en este Órgano de Control, a efectos que pueda tramitar su cese y se acoja al beneficio jubilatorio que ya tiene acordado. Caso

contrario, luego de vencido dicho plazo, este Cuerpo Plenario de Miembros procederá de oficio a darlo de baja en su cargo.

Que con relación a la agente Mirta Susana del Valle SÁNCHEZ COLAZO (Legajo N° 079), corresponde intimarla para que acredite el inicio de sus trámites jubilatorios, pudiendo continuar prestando servicios por un lapso no mayor a seis (6) meses, a cuyo término será dada de baja. Sin perjuicio de ello, el mencionado plazo podrá ser prorrogado en función de que el trámite de concesión del beneficio se extienda por cuestiones atribuibles a la caja otorgante.

Que con relación al agente Oscar Juan SUÁREZ (Legajo N° 041), corresponde intimarlo para que acredite el inicio de sus trámites jubilatorios, pudiendo continuar prestando servicios por un lapso no mayor a seis (6) meses, a cuyo término será dado de baja. Sin perjuicio de ello, el mencionado plazo podrá ser prorrogado en función de que el trámite de concesión del beneficio se extienda por cuestiones atribuibles a la caja otorgante.

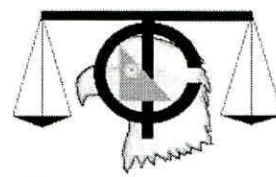
Que atento a la particularidad que presenta el último de los agentes mencionados (Sr. Oscar Juan SUÁREZ), quien actualmente goza de tutela sindical por los cargos gremiales detallados en el dictamen que se comparte, previo a hacer efectivo lo aquí dispuesto, se encomienda que por Secretaría Legal de este Organismo se inicie el proceso judicial de exclusión de tutela sindical, para así poder hacer efectiva la citada intimación.

Que por tal motivo, los efectos del acto respecto del Sr. Oscar Juan SUÁREZ, quedarán suspendidos hasta que finalice el trámite de exclusión de tutela sindical que se inicie en la jurisdicción local.

Que finalmente, deviene necesario hacer saber a los destinatarios de la presente, que amen de la posibilidad de interponer contra este acto administrativo el recurso previsto en el artículo 127 de la Ley provincial N° 141, en virtud de la doctrina del fallo "*Transporte Automotor Integral Lem S.R.L. c/*



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina



TRIBUNAL DE CUENTAS DE TIERRA DEL FUEGO
ANTÁRTIDA
E ISLAS DEL ATLÁNTICO SUR

"2021 – AÑO DEL TRIGÉSIMO ANIVERSARIO DE LA CONSTITUCIÓN PROVINCIAL"

Municipalidad de Ushuaia s/ Contencioso Administrativo", se encuentra agotada la vía administrativa y expedita la vía judicial, pudiendo interponer demanda contencioso administrativa en el término de noventa (90) días hábiles judiciales computados desde la notificación de la presente (arts. 7º inc. a), 15 y 24 de la Ley provincial N° 133).

Que los suscriptos, se encuentran facultados para el dictado de la presente, en virtud de las atribuciones conferidas en los artículos 26 inciso c), siguientes y concordantes de la Ley provincial N° 50 y los artículos 22 y 23 de la Ley nacional N° 22.140.

Por ello:

EL TRIBUNAL DE CUENTAS

RESUELVE:

ARTÍCULO 1º.- Aprobar y hacer propios los términos del Informe Legal N° 405/2021 Letra: TCP-CL. Ello, por los motivos expuestos en el Exordio.

ARTÍCULO 2º.- Intimar al agente Luis Ernesto GÓMEZ (Legajo N° 007), para que en el plazo de seis (6) meses, presente su renuncia al cargo que ostenta en este Órgano de Control, a efectos que pueda tramitar su cese y se acoja al beneficio jubilatorio que ya tiene acordado. Caso contrario, luego de vencido dicho plazo, este Cuerpo Plenario de Miembros procederá de oficio a darlo de baja en su cargo.

ARTÍCULO 3º.- Intimar a la agente Mirta Susana del Valle SÁNCHEZ COLAZO (Legajo N° 079), para que acredite el inicio de sus trámites jubilatorios, pudiendo continuar prestando servicios por un lapso no mayor a seis (6) meses, a cuyo término será dada de baja. Sin perjuicio de ello, el mencionado plazo podrá ser prorrogado en función de que el trámite de concesión del beneficio se extienda por cuestiones atribuibles a la caja otorgante.

ARTÍCULO 4º.- Intimar al agente Oscar Juan SUÁREZ (Legajo N° 041), para que acredite el inicio de sus trámites jubilatorios, pudiendo continuar prestando servicios por un lapso no mayor a seis (6) meses, a cuyo término será dado de baja. Sin perjuicio de ello, el mencionado plazo podrá ser prorrogado en función de que el trámite de concesión del beneficio se extienda por cuestiones atribuibles a la caja otorgante.

ARTÍCULO 5º.- Suspender los efectos de lo dispuesto en el artículo 4º, a resultas del proceso de exclusión de tutela que se iniciará en sede judicial.

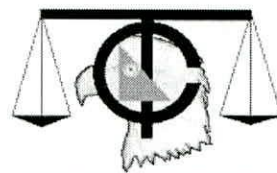
ARTÍCULO 6º.- Encomendar que por intermedio de la Secretaría Legal de este organismo, se inicie el proceso judicial de exclusión de tutela sindical respecto del agente Oscar Juan SUÁREZ (Legajo N° 041), con el objeto de obtener la respectiva autorización que permita hacer efectiva la intimación dispuesta en el artículo 4º.

ARTÍCULO 7º.- Hacer saber a los agentes Luis Ernesto GÓMEZ (Legajo N° 007), Mirta Susana del Valle SÁNCHEZ COLAZO (Legajo N° 079) y Oscar Juan SUÁREZ (Legajo N° 041), que amen de la posibilidad de interponer contra este acto administrativo el recurso previsto en el artículo 127 de la Ley provincial N° 141, en virtud de la doctrina del fallo “*Transporte Automotor Integral Lem S.R.L. c/ Municipalidad de Ushuaia s/ Contencioso Administrativo*”, se encuentra agotada la vía administrativa y expedita la vía judicial, pudiendo interponer demanda contencioso administrativa en el término de noventa (90) días hábiles judiciales computados desde la notificación de la presente (arts. 7º inc. a), 15 y 24 de la Ley provincial N° 133)

ARTÍCULO 8º.- Notificar la presente con copia del Informe Legal N° 405/2021 Letra: TCP-CL, al agente Luis Ernesto GÓMEZ (Legajo N° 007), a la agente Mirta Susana del Valle SÁNCHEZ COLAZO (Legajo N° 079) y al agente Oscar Juan SUÁREZ (Legajo N° 041).



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina



TRIBUNAL DE CUENTAS DE TIERRA DEL FUEGO
ANTÁRTIDA
E ISLAS DEL ATLÁNTICO SUR

"2021 – AÑO DEL TRIGÉSIMO ANIVERSARIO DE LA CONSTITUCIÓN PROVINCIAL"

ARTÍCULO 9°.- Notificar al Secretario Legal a cargo, Dr. Pablo E. GENNARO, con remisión

de las actuaciones del Visto, a la Coordinadora Legal, Dr. María Julia DE LA FUENTE, y a la Directora de Administración, C.P. Carolina GONZÁLEZ, a quien se le encomienda el seguimiento de los plazos dispuestos en los artículos 2°, 3° y 4°. Con relación al plazo dispuesto en el artículo 4°, a mayor recaudo se hace saber que el mismo comenzará a correr una vez se cuente con sentencia judicial firme y favorable dentro del proceso ordenado en el artículo 6°.

ARTÍCULO 10.- Registrar. Comunicar. Cumplido, archivar.

RESOLUCIÓN PLENARIA N° 371/2021.-

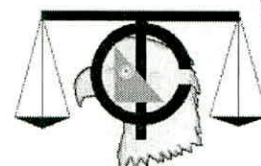
C.P. Luis María CAPELLANO
VOCAL CONTADOR
TRIBUNAL DE CUENTAS DE LA PROVINCIA

CPN Hugo Sebastián PAVI
Vocal de Auditoría
Tribunal de Cuentas de la Provincia

Dr. Miguel LONGHITANO
VOCAL ABOGADO
PRESIDENTE
Tribunal de Cuentas de la Provincia



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina



TRIBUNAL DE CUENTAS DE TIERRA DEL FUEGO
ANTÁRTIDA
E ISLAS DEL ATLÁNTICO SUR



"2021- AÑO DEL TRIGÉSIMO ANIVERSARIO DE LA CONSTITUCIÓN PROVINCIAL"

Informe Legal N.º 405/2021

Letra: T.C.P. - C.L.

Cde. Expte: 312/2021

Letra: TCP - PR

Ushuaia, 09 de diciembre de 2021

SR. VOCAL ABOGADO
EN EJERCICIO DE LA PRESIDENCIA
DR. MIGUEL LONGHITANO.

Viene a esta Coordinadora Legal el Expediente del corresponde, caratulado: "*S/REGIMEN PREVISIONAL VIGENTE*" a fin de emitir el presente Dictamen Legal.

ANTECEDENTES.

Las actuaciones se inician con motivo de la Nota Interna N.º 1940/2121 Letra: T.C.P. – Pres. por la que el Presidente de este Organismo, Dr. Miguel LONGHITANO, solicita a la Directora de Administración a/c, C.P. Carolina GONZÁLEZ, que indique la nómina de los agentes en condiciones de presentar sus trámites para acceder al beneficio jubilatorio.

En respuesta a ello, la Jefa de Contabilidad y Presupuesto subrogante, C.P. Daniela FUS informa mediante Nota N.º 2475/2021 Letra: T.C.P.-DA y su

Anexo, que se encuentran en condiciones de iniciar sus trámite jubilatorios en el marco del régimen provincial, los agentes Luis Ernesto GÓMEZ (Legajo N.º 007), Oscar Juan SUÁREZ (Legajo N.º 041) y Mirta Susana del Valle SÁNCHEZ COLAZO (Legajo N.º 079).

Luego el Vocal Abogado en ejercicio de la Presidencia de este Organismo puso en conocimiento al Sr. Vocal de Auditoría y al Sr. Vocal Contador de lo informado por Nota Interna N.º 2475/2021 Letra: TCP – DA (fs. 2/5).

En función de ello, los tres Vocales integrantes del Plenario de Miembros emitieron la Nota N.º 3093/2021 Letra: TCP, dirigida al Secretario Legal a/c, por la que solicitan asesoramiento respecto de la pertinencia de intimar a los agentes que reúnen las condiciones para acceder al beneficio jubilatorio, en el marco de las facultades previstas en los artículos 22 y 23 de la Ley nacional N.º 22.140 y en base a lo informado por la Dirección de Administración.

En función de ello, el Secretario Legal a/c remite las actuaciones a esta Coordinación para su estudio.

ANÁLISIS.

La situación particular de los agentes informados por la Dirección de Administración es diferente en cada caso, por lo que se analizará cada situación por separado.



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina



"2021- AÑO DEL TRIGÉSIMO ANIVERSARIO DE LA CONSTITUCIÓN PROVINCIAL"

En el caso del agente Luis Ernesto GÓMEZ (Legajo N.º 007) se indica que ya le acordaron la Jubilación Ordinaria mediante Resolución Directorio N.º 724/2013 de fecha 28/06/2013 de la CPS (ex- IPAUSS).

De la citada Resolución surge que con fecha 28 de junio de 2013 se le concedió el beneficio de Jubilación Ordinaria, conforme lo estipulado en el artículo 21 inciso b) y siguientes y concordantes de la Ley provincial N.º 561 sustituido por el artículo 1º de la Ley provincial N.º 721, en un todo de acuerdo con el informe técnico expedido por la Dirección de Prestaciones Previsionales y Dictamen N.º 202/2013 de la Comisión de Previsión Social.

Asimismo se condicionó el alta del beneficio a la presentación de los instrumentos que acrediten la aceptación de la renuncia a todos los cargos en relación de dependencia que se halle desempeñando, salvo docencia e investigación a nivel universitario (conforme artículos 62 a 64 Ley 561).

Por otra parte se dispone que la determinación del haber en los términos del artículo 43 de la Ley 561, el que dispone en relación con la Jubilación Ordinaria que: *"(...) el haber mensual inicial de las prestaciones se determinará, a la fecha del cese de servicios o de concesión del beneficio, la que resultare posterior, de la siguiente forma: a) Jubilación Ordinaria: Será equivalente al ochenta y dos por ciento (82%) del promedio actualizado de las remuneraciones calculado según lo determinado en el artículo 44 de la presente Ley (...)"*.

Por su parte el artículo 44 establece que : *"El haber jubilatorio será determinado promediando las remuneraciones mensuales percibidas por el*

trabajador en los ciento veinte (120) meses laborados en las Administraciones del régimen, anteriores al cese definitivo de servicios”.

Del juego de los artículos citados, surge que el agente cuenta con la jubilación y que el acceso al beneficio está supeditado a la presentación de los instrumentos que acrediten la aceptación de la renuncia a todos los cargos en relación de dependencia que se halle desempeñando y que el haber mensual se calcula a la fecha de cese o de concesión del beneficio.

En el caso, el agente ya tiene acordado el beneficio, y para acceder al mismo debe acreditar la aceptación de la renuncia por parte de este Organismo.

Ello así, en lugar de intimarlo a iniciar los trámites jubilatorios, deberá intimarse al agente a presentar la correspondiente renuncia, para ser dado de baja y acogerse de ese modo al beneficio de Jubilación Ordinaria ya acordado. A su vez deberá la Dirección de Administración entregarle las certificaciones de servicios y demás documentación que requiera, a los efectos del cálculo de su haber, el que se calculará a la fecha de su cese, conforme la normativa citada.

Por otro lado, respecto del agente Oscar Juan SUÁREZ (Legajo N.º 041) se informa que reúne los requisitos de años de servicios y edad estipulados en el artículo 4º de la Ley provincial N° 1076, para acogerse al beneficio de Jubilación Ordinaria.

Del análisis de su Legajo personal surge que actualmente ocupa el cargo de Vocal Titular de la Asociación del Personal de los Organismos (A.P.O.C.) venciendo su mandato el día 29 de abril de 2023 y que previamente



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina



"2021- AÑO DEL TRIGÉSIMO ANIVERSARIO DE LA CONSTITUCIÓN PROVINCIAL"

ocupó en el orden provincial el cargo de Secretario General de dicha Asociación, desde el 22 de mayo de 2017 y por el término de cuatro años, por lo que dicho mandato culminó el 22 de mayo el corriente año.

Por último se menciona a la agente Mirta Susana del Valle SÁNCHEZ COLAZO, quien también podría acogerse al beneficio de Jubilación Ordinaria, al reunir los requisitos para jubilarse por aplicación del artículo 3° de la Ley provincial N.º 1210, que dispone la posibilidad de compensar exceso de edad por años de servicios, en la proporción de dos años de edad excedente por un año de servicio faltante.

De los antecedentes relatados, emerge la necesidad de expedirse en torno a la situación particular del agente SUÁREZ, dado que los otros dos agentes no presentan elementos que requieran un mayor análisis que el realizado *ut supra*.

Sobre el particular resulta dable señalar que la Administración, en su calidad de empleadora, cuenta con la potestad de intimar a sus empleados que reúnan las condiciones, a que inicien los trámites de Jubilación Ordinaria, conforme surge de los artículos 22 y 23 de la Ley Nacional 22.140 que disponen:

"ARTÍCULO 22.- El personal podrá ser intimado a iniciar los trámites jubilatorios, cuando reúna los requisitos exigidos para obtener el porcentaje máximo del haber de la jubilación ordinaria.

ARTÍCULO 23.- El personal que fuere intimado a jubilarse y el que solicitare voluntariamente su jubilación o retiro, podrá continuar en la

prestación de sus servicios hasta que se le acuerde el respectivo beneficio, por un lapso no mayor de seis (6) meses, a cuyo término el agente será dado de baja”.

Ahora respecto del agente SUÁREZ, resulta imprescindible determinar liminarmente si cuenta con la protección que establece la Ley de Asociaciones Sindicales (de ahora en más “L.A.S.”) en su artículo 52, que dispone: *“Los trabajadores amparados por las garantías previstas en los arts. 40, 48 y 50 de la presente ley, no podrán ser despedidos, suspendidos 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 art. 47 (...)”.*

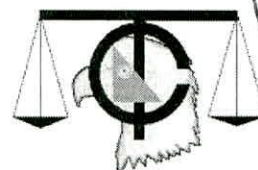
Sobre el particular resulta dable señalar que conforme surge de los artículos 8º, inciso c); 16, inciso g); 17 y 41, inciso a), de la L.A.S. la tutela de su artículo 52 sólo protege a los funcionarios y delegados que accedieren a sus cargos por vía electiva (conf. MACHADO, José Daniel y OJEDA, Raúl Horacio, *“Tutela Sindical - Estabilidad del Representante Gremial”*, Ed. RUBINZAL-CULZONI, pág. 138).

A su vez, se exige como recaudo para contar con dicha garantía que: a) la designación se haya efectuado cumpliendo con los recaudos legales y b) que haya sido comunicada al empleador. La comunicación se prueba mediante telegrama o carta documento u otra forma escrita (conf. art. 49 L.A.S.).

Asimismo se ha indicado que la protección de la representación gremial está disponible para los trabajadores enunciados en los artículos 48 y 50



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina



TRIBUNAL DE CUENTAS DE TIERRA DEL FUEGO
ANTÁRTIDA
E ISLAS DEL ATLÁNTICO SUR



"2021- AÑO DEL TRIGÉSIMO ANIVERSARIO DE LA CONSTITUCIÓN PROVINCIAL"

de la L.A.S. y que dentro del esquema de dichos artículos se encuentran comprendidos los funcionarios, que son aquellos que ocupan un cargo en algunos de los órganos estatutarios de la entidad sindical con personería gremial reconocida respecto de su ámbito profesional y territorial de actuación (conf. ACKERMAN, Mario E. Director, TOSCA, Diego M. Coordinador, *"TRATADO DE DERECHO DEL TRABAJO"*, Tomo VII, Relaciones Colectivas de Trabajo. Ed. RUBINZAL CULZONI, pág. 701).

Se incluyen en esa categoría a los miembros del órgano de Dirección y Administración (la Comisión Directiva), del Cuerpo Deliberativo indirecto (Congresales) y del Órgano de Fiscalización (Comisión revisora de cuentas o denominación semejante). También comprende a los miembros del organismo electoral de la entidad (Junta Electoral) (conf. op. cit., pág. 701).

Consecuentemente, es dable concluir el que agente SUÁREZ, al ocupar actualmente un cargo dentro de la Comisión Directiva de la Asociación Sindical de A.P.O.C. (como Vocal titular) cargo al que accedió por vía electiva y habiéndose cumplido con el recaudo de notificación a este Organismo por Carta Documento CD982490237, conforme surge de fs. 372 de su Legajo, cuenta actualmente con la protección dispuesta en los artículos 48 a 52 de la L.A.S.

Lo mismo cabe predicar respecto del cargo que ostentara anteriormente como Secretario General, el que fue notificado por CD061472848 agregada a fs. 348 de su Legajo, toda vez que el artículo 48 de la citada Ley dispone que la protección abarca hasta un año más luego de finalizado el mandato, extendiéndose la protección hasta el 22 de mayo del 2022.

Una vez aclarado ello, corresponde analizar los alcances que tiene la protección dispuesta en los artículos 48 a 52 de la L.A.S. en relación con la potestad del empleador de intimar a sus empleados a jubilarse, cuando reúnen los requisitos para ello.

En primer lugar debe indicarse que en el caso del Estado empleador, convergen cuestiones de interés público y facultades exorbitantes de la Administración que exceden las potestades del empleador privado.

En este orden se ha señalado que la presencia del interés público como justificativo de las llamadas exorbitancias específicas del Derecho Administrativo impone reflexionar acerca de si los criterios interpretativos han de ser forzosamente idénticos en el caso del empleador privado y el empleador estatal (conf. MACHADO, José Daniel y OJEDA, Raúl Horacio, *"Tutela Sindical (...)"*, pág. 228).

Es decir, sin perjuicio de que no se discute la aplicación de las garantías de la L.A.S. al empleo público, existen diferencias relevantes que ha consagrado la jurisprudencia según que la representación gremial refiera al empleo público o privado (conf. op. cit. pág. 230).

A lo que debe agregarse que cada vez que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha tenido que realizar un juicio de ponderación ante la concurrencia de la garantía de estabilidad sindical y las medidas generales de racionalización administrativa, se ha inclinado por la preeminencia de estas últimas, en tanto justificadas por el interés público y la finalidad de bien común (conf. op. cit. pág. 230).



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina



"2021- AÑO DEL TRIGÉSIMO ANIVERSARIO DE LA CONSTITUCIÓN PROVINCIAL"

Así las cosas, respecto de los agentes que cuentan con tutela sindical y reúnen los requisitos para jubilarse la Doctrina ha señalado que habrá de depender del encuadramiento que hagamos de la institución reglada por el artículo 252 L.C.T. (intimación a jubilarse) en nuestro caso los artículos 22 y 23 de la Ley Nacional 22.140, como equiparable o no a su despido.

Si lo fuera, quedaría atrapado dentro de la restricción de los artículos 48 y 50 de la L.A.S. De lo contrario, debiera considerarse un acto permitido cuya adopción no vulnera el sistema garantista (conf., op. cit. pág. 264).

La extinción del trabajo por causa de la jubilación ha sido tratada tradicionalmente como una razón autónoma de finalización del contrato, ya que se funda en circunstancias biológicas constitutivas de un "*hecho jurídico*" cuya ocurrencia habilita la posibilidad de denunciar el contrato con fundamento en el mismo y a mérito de la claudicación, para entonces, de la regla de la indeterminación del plazo (conf. op. cit., pág. 265).

En base a los parámetros analizados, puede entenderse viable intimar a un empleado estatal a jubilarse, debiendo tenerse especialmente en cuenta el interés público que se encuentra en juego en el caso del empleador estatal y las facultades exorbitantes con las que cuenta la Administración.

Ahora bien, al analizarse la situación de los representantes sindicales que se encuentran en condiciones de jubilarse, se ha planteado en la doctrina y en sede judicial una situación que suscita opiniones controvertidas.

En este sentido se ha indicado: *“Sobre el particular la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones del trabajo trató el pedido de exclusión de tutela de un delegado gremial que se encontraba en condiciones de jubilarse y en la que se analizó la intimación efectuada por la empresa al delegado para que se jubilara como así también el carácter de la representación sindical. El trabajador había interpuesto anteriormente una acción contra su empleadora a fin de que se declarara la nulidad de la intimación para que se jubilara alegando haber sido electo en un cargo de la seccional La Pampa de la Asociación de Agentes de Propaganda Médica. Según el dictamen del Procurador General que fue receptado por la mayoría de la Sala, la representación gremial no tiene efectos para otorgar ultraactividad al contrato de trabajo y la sala al hacer lugar a la acción de exclusión planteada por la empresa sostuvo que: ‘El cumplimiento de los recaudos legales para la obtención de la jubilación ordinaria .artículo 252, ley 20.744 (DT, 1974-805, t.o. 1976-238) configura justa causa que hace cesar la tutela sindical artículo 48 , Ley 23.551 (DT, 1988-A, 802) -, puesto que la misma no tiene efectos para otorgar ultraactividad al contrato de trabajo’”* (conf. STREGA, Enrique, Colección La Ley Comentada, Asociaciones Sindicales Ley 23.551, Ed. LALEY, pág. 344).

En el fallo en comentario se valoró que la decisión empresaria de intimar a jubilarse al representante gremial era una política de la empresa que adoptaba con todos sus trabajadores en esas condiciones y no una conducta persecutoria o antisindical (conf. op. cit. pág. 344).

Asimismo se entendió que existía una causa objetiva de terminación del contrato de trabajo, que se habían cumplido con los recaudos del art. 252



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina



TRIBUNAL DE CUENTAS DE TIERRA DEL FUEGO
ANTÁRTIDA
E ISLAS DEL ATLÁNTICO SUR

"2021- AÑO DEL TRIGÉSIMO ANIVERSARIO DE LA CONSTITUCIÓN PROVINCIAL"

L.C.T., descartando la existencia de una conducta antisindical del empleador. Agregándose que si el empleador no pudiera intimar a jubilarse a un empleado por contar con tutela sindical, ello derivaría en que el contrato se postergaría en forma definitiva (conf. op. cit. pág. 345).

Así las cosas, la doctrina y la jurisprudencia coinciden en que el trabajador con estabilidad sindical en condiciones de jubilarse puede ser intimado a ello. Sin embargo, existen posiciones encontradas en cuanto a la necesidad de iniciar la acción de exclusión de tutela sindical a tales efectos (conf. op. cit. pág. 346).

Sobre el particular, la sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en autos: "*Tejo, Roberto c. Red Celeste y Blanca S.A.*" el 26/04/22 y sala III de esa Cámara en autos: "*Canal, Pedro c. Finadiet S.A.*" exigieron la iniciación de la acción de exclusión de tutela para poder intimar en los términos del art. 252 L.C.T. (conf. op. cit. pág. 346).

Así se indicó: "*Para intimar en los términos del art. 252 L.C.T. al delegado gremial en condiciones de jubilarse, el empleador no está dispensado de tramitar el proceso de exclusión de tutela establecido por el art. 52 de la Ley 23.551*" (CNTrab., sala II, "*Tejo, Roberto C. c. Red Celeste y Blanca S.A.*", TySS, 2000-572, 25/04/2000).

La opinión minoritaria, sostiene que no podría intimarse, ni aun con exclusión de tutela (conforme el voto en disidencia en los autos "*Finadiet c Canal, Pedro*") (conf. op. cit. pág. 346).

Algunos autores, como Hugo CARCAVALLO y Juan José ETALA (h.) consideran que no es necesario iniciar el procedimiento establecido por el art. 52 L.A.S. para poder intimar por el art. 252 L.C.T. teniendo en cuenta que ésta es un modo natural de extinción de la relación laboral siendo ésta una causa objetiva de extinción que prevalece sobre la tutela sindical.

Se ha señalado a su vez que la facultad de intimar a un delegado sindical a jubilarse tiende a evitar configurar una situación de abuso de derecho mediante sucesivas designaciones a cargos gremiales y así desbordar los límites del artículo 91 L.C.T. o dar estabilidad a todo trance a un determinado trabajador (conf. op. cit. Pág. 347).

Lo relevante es que la decisión empresarial no esté motivada por una finalidad antisindical, lo que sucedería si la intimación a jubilarse fuese exclusiva para el representante y no para otros trabajadores en similares condiciones (ETALA, J. J. (h.) y ALEJANDRO, Sergio Joaquín, DT, 2003-A, 302).

Sobre la problemática planteada, la Suprema Corte de Buenos Aires ha tenido oportunidad de pronunciarse, señalando: *“El cese en el empleo, aún de carácter público, dispuesto unilateralmente por el principal para que el empleado obtenga el beneficio jubilatorio, opera de hecho como un modo de extinción del vínculo, lo que configura, en esencia, el presupuesto previsto por el legislador en el artículo 52 de la ley sindical y nada impide a la comuna demandada requerir la previa autorización judicial para disponerlo”* (S.C. Buenos Aires, *“Saba, Nader Owen c. Municipalidad del Partido de General Pueyrredón s/ Acción de reinstalación”*, 21/11/1995).



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina



"2021- AÑO DEL TRIGÉSIMO ANIVERSARIO DE LA CONSTITUCIÓN PROVINCIAL"

En la citada causa: *"Finadiet S.A. c. Oviedo, Alcides O. s. Juicio sumarísimo"* el juez de primera instancia resolvió que la exclusión de tutela era al sólo efecto de cursarle la notificación prevista en el art. 252 L.C.T., sin embargo en segunda instancia al tratar la apelación interpuesta por la empresa, se advirtió: *"El artículo 91 L.C.T., en tanto establece que el contrato por tiempo indeterminado dura hasta que el trabajador se encuentre en condiciones de gozar de los beneficios de la seguridad social por límites de edad y de servicios, sienta un principio general del que claramente deriva una causa objetiva de extinción no vinculada a su conducta personal, que no puede comprometer la protección conferida por la ley al representante gremial, la que tiene carácter temporal y no es indefinida". "Es admisible la exclusión de tutela sindical con el único y exclusivo fin de cursarle al trabajador la intimación a jubilarse prevista por el artículo 252 L.C.T., comenzando a correr el plazo respectivo desde que éste acto se practique"* (CNTrab., sala V, 2003/08/28, *"Finadiet S.A. c. Oviedo, Alcides O. s. Juicio sumarísimo"*, TySS, 2003-728).

En el orden local la Cámara de Apelaciones D.J.N., en oportunidad de pronunciarse en un caso de empleado estatal con tutela sindical en condiciones de jubilarse, señaló: *"En forma preliminar adelanto que no desconozco la jurisprudencia vigente que exige el inicio del procedimiento de exclusión, como trámite previo e ineludible para viabilizar la intimación al trabajador a que inicie los trámites jubilatorios (...)"* (*"GALLEGOS ANTONIO HORACIO c/ MUNICIPALIDAD DE LA CIUDAD DE USHUAIA s/ MEDIDA CAUTELAR"*, Expte. N° 7903, 15/06/2016).

Así las cosas, en el orden local se sigue la Jurisprudencia nacional, relativa a que para intimar a un empleado que cuenta con tutela sindical a jubilarse, resulta necesario tramitar la exclusión de tutela en sede judicial.

Por su parte el Superior Tribunal de Justicia local, en oportunidad de analizar el objeto del proceso sumarísimo de exclusión de tutela sindical ha señalado: *“De tal modo, la sentencia abordará el aspecto sindical del conflicto verificando la inexistencia de actividad persecutoria en orden a lo que estipula el art. 53 de la L.A.S.. Por ende será ésta la única y exclusiva forma por la que cede la estabilidad gremial, en un caso particular, previo cotejo por el judicante en el marco de la acción sumarísima que la medida que pretende adoptar la empleadora no encubra prácticas antisindicales o persecutorias de quien ostenta la condición de delegado gremial.*

(...) El sistema protectorio que diagrama la ley de Asociaciones Sindicales se traduce en que el empleador participa con una iniciativa o propuesta de sanción que no puede perfeccionar por si mismo, sino que queda subordinada en su eficacia a que la instancia judicial la admita y legitime; en este marco, el Estado empleador puede tramitar íntegramente el sumario, pero si culmina con una propuesta de sanción no puede obligar a su cumplimiento al tutelado, hasta que se obtenga la autorización judicial para hacerla efectiva, pues la acción de exclusión de tutela sindical es ‘... un procedimiento preliminar preventivo, de carácter obligatorio y que opera como requisito de validez de la conducta del empleador, por el cual quien desea adoptar alguna de las decisiones comprendidas en el ámbito de protección del instituto (despido, suspensión, modificación de las condiciones de trabajo) respecto de los sujetos legalmente amparados por esta garantía, debe previamente requerir la



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina



"2021- AÑO DEL TRIGÉSIMO ANIVERSARIO DE LA CONSTITUCIÓN PROVINCIAL"

aprobación del órgano judicial competente, acreditando la existencia de circunstancias que lo justifican y que excluyen la posible motivación antisindical del comportamiento patronal. De tal manera, la eficacia de esos actos del empleador excede de su mera voluntad unilateral, ya que para perfeccionarse requieren ineludiblemente la concurrencia del pronunciamiento que los autorice' ('El Modelo Sindical Argentino', Néstor T. Corte, pág. 481 y 482. Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 1994)" (In re: "Banco Provincia de Tierra del Fuego c/ Gallardo, Manuel José Antonio s/ Exclusión de Tutela Sindical", sentencia del 24.05.99, voto del Juez Hutchinson).

En rigor, el Estado debe emitir el acto administrativo definitivo en donde conste la sanción que entiende le corresponde al agente como consecuencia de la responsabilidad determinada en el marco de las actuaciones administrativas. Ahora bien, lo que pierde el ente Estatal en el caso es la posibilidad de ejecutar por sí mismo dicho acto administrativo haciendo efectiva la sanción, pues para ello deberá contar inexorablemente con la venia del juez, que es en definitiva el que verificará el ajuste a derecho de la sanción que se pretende aplicar, a cuyo fin deberá analizar las actuaciones sumariales en su integridad.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha seguido un criterio similar al señalar que los agentes públicos que gozan de tutela sindical, no pueden ser afectados por medidas disciplinarias, sin resolución judicial previa que los excluya de la garantía (Fallos, 322:1071; 326:2325). En ambos casos existían investigaciones previas que determinaron la sanción, pero sólo se hizo hincapié en la imposibilidad de aplicar la medida disciplinaria sin recurrir al procedimiento previsto en el art. 52 de la ley 23.551" (STJ SR "Provincia de

Tierra del Fuego c/ Bombares, Raúl Oscar s/ Exclusión de Tutela Sindical” - Expte N° 1698/12, 06/09/2013).

Si bien el caso en comentario se refería a la aplicación de una sanción, el Superior Tribunal de Justicia sienta una serie de principios en torno al procedimiento de exclusión de tutela y la actuación de la Administración en su calidad de empleadora, que sirven de guía para el análisis de estos actuados.

En este sentido se establece la regla de que la Administración puede emitir el acto administrativo en relación con un agente que cuenta con tutela sindical, pero los efectos de ese acto quedan suspendidos a los resultados de la acción judicial de exclusión de tutela, la que tiene por objeto verificar que no existe un comportamiento antisindical en contra de aquél.

En este andarivel se ha indicado: *“Conforme ha sostenido el Tribunal con anterioridad, en las acciones de exclusión de tutela que se articulan contra empleados públicos, ‘... el Estado debe emitir el acto administrativo definitivo en donde conste la sanción que entiende le corresponde al agente como consecuencia de la responsabilidad determinada en el marco de las actuaciones administrativas.*

Ahora bien, lo que pierde el ente Estatal en el caso es la posibilidad de ejecutar por sí mismo dicho acto administrativo haciendo efectiva la sanción, pues para ello deberá contar inexorablemente con la venia del juez, que es en definitiva el que verificará el ajuste a derecho de la sanción que se pretende aplicar, a cuyo fin deberá analizar las actuaciones sumariales en su integridad’ (según mi voto en autos, ‘Gobierno de la Provincia de Tierra del Fuego c/ Silva,



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina



TRIBUNAL DE CUENTAS DE TIERRA DEL FUEGO
ANTÁRTIDA
E ISLAS DEL ATLÁNTICO SUR



“2021- AÑO DEL TRIGÉSIMO ANIVERSARIO DE LA CONSTITUCIÓN PROVINCIAL”

Miguel Ángel s/ Exclusión de Tutela Sindical” –Expte N° 1694/12-STJ-SR., sentencia del 6 de septiembre del año 2013, registrada en el T° XIX, F° 720/728)” (Superior Tribunal de Justicia- SR “Provincia de Tierra del Fuego c/ Muñoz, Héctor Horacio s/ Sumarísimo” -Expte N° 2656/19, 23/09/2019).

En este mismo orden de ideas, en el orden local, el Dr. Gerardo GARCÍA BIAUS señala que el fuero laboral nacional ha considerado que a fin de no vulnerar la protección gremial, resulta necesario instar la exclusión de tutela cuando se quiere intimar a un empleado a optar por el inicio del trámite jubilatorio (conf. CNAT, “López, Marta Adriana c/ Estado Nacional, Poder Legislativo, Honorable Cámara de Diputados de la Nación s/ juicio sumarísimo” Exp. N° 92658/2016/CA1, 16-2-2017) (Gerardo D. García Biaus, “La exclusión de tutela sindical en el empleo público. Precisiones para el caso del dependiente que goza de estabilidad en la Provincia de Tierra del Fuego”. Revista RAP, Sección Doctrina Especial, N.º 471, pág. 24).

En base a los parámetros señalados, cabe concluir que es viable la emisión del acto administrativo que intima al empleado amparado por tutela sindical a jubilarse, pero los efectos de dicho acto quedarán supeditados a las resultas del proceso judicial de exclusión de tutela.

A su vez, el objeto de dicho proceso sumarísimo se limita a demostrar que la Administración no incurre en un comportamiento discriminatorio o antisindical, lo que se descarta cuando se trata de medidas de alcance general.

A mayor abundamiento, se ha señalado que la garantía de la L.A.S. no es oponible frente a un *ius variandi* referido a medidas de alcance general, ya que

tales garantías no confieren al representante gremial mejores derechos que los que pudieran asistir a los trabajadores del colectivo representado (conf. MACHADO, José Daniel y OJEDA, Raúl Horacio, "*Tutela Sindical (...)*", pág. 31).

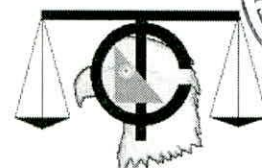
Así las cosas, cuando se reúnen los requisitos para jubilarse, el empleado con tutela sindical no puede tener una mejor posición que el resto de los empleados por él representados, ya que la tutela no implica ultraactividad del contrato de trabajo. Lo contrario implica colocarlo en una situación de privilegio que no corresponde respecto de los otros trabajadores en la misma situación.

No es ocioso recordar que las normas tutelares de la libertad gremial sólo tienden a asegurar el normal y regular ejercicio de la función sindical, poniendo al tutelado a resguardo de los actos de injusto hostigamiento, persecución o discriminación del empleador por su condición, pero en modo alguno constituyen un privilegio que le permita actuar en franca violación del orden jurídico, pues esto último conspira contra los fines de la propia L.A.S., que sólo protege el ejercicio lícito, esto es, ajustado a derecho, de la función gremial, y de ningún modo ampara conductas abusivas o ilícitas (conf. GARCÍA BIAUS, "*La exclusión de tutela sindical en el empleo público (...)*", pág. 46).

La causa de la exclusión de tutela es objetiva en este caso, ya que refiere a la verificación que el empleado reúne los requisitos exigidos por la normativa para acceder a la Jubilación Ordinaria, lo que fue comprobado, en base a lo informado por la Dirección de Administración.



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina



TRIBUNAL DE CUENTAS DE TIERRA DEL FUEGO
ANTÁRTIDA
E ISLAS DEL ATLÁNTICO SUR



"2021- AÑO DEL TRIGÉSIMO ANIVERSARIO DE LA CONSTITUCIÓN PROVINCIAL"

Por último, conforme el criterio del STJ, cabe reiterar que el hecho de tener que tramitar la exclusión de tutela, no obsta la emisión del acto por parte de la Administración, ni tampoco de su notificación, lo único que se exige a los fines de respetar la protección gremial, es que los efectos del acto queden suspendidos a las resultas del trámite judicial de exclusión de tutela.

Sobre este punto se indicó: *"(...) si bien la Administración no está autorizada a ejecutar per se el acto administrativo que dispone una sanción contra un agente con protección sindical, la circunstancia de que se requiera la venia judicial para aplicar la sanción obedece, no a un paso más en el proceso de formación del acto, pues éste ya se halla perfeccionado, sino a la necesidad de que la actuación del Estado se adecúe al bloque de legalidad que emana de la Ley Nacional N° 23.551, el Artículo 14 bis de la CN, y las normas internacionales sobre tutela gremial vigentes en nuestro país.*

Ahora bien, el impedimento que trae el Artículo 52 de L.A.S. no le quita ejecutoriedad al acto administrativo que dispone una medida contra un agente público que tiene cobertura gremial, por ello lo correcto sería que la propia sanción contenga un dispositivo que suspenda su aplicación hasta que finalice el proceso judicial de exclusión de tutela" (conf. GARCÍA BIAUS, op. cit. pág. 56).

En este mismo sentido se indicó: *"El acto administrativo que dispone una sanción contra un agente estatal con tutela sindical debe ser notificado sin demora luego de su dictado, independientemente de que la materialización de la medida esté sujeta a la tramitación en sede judicial de la exclusión de tutela. A*

partir de ese momento comenzarán a correr para el interesado los plazos para impugnar la decisión.

Cuando se trate no del ejercicio de la potestad disciplinaria de la Administración, sino de la modificación de las condiciones de trabajo del empleado, no habrá que recorrer ningún procedimiento administrativo previo adicional al que corresponde según la índole de la medida, pero sí será necesario articular la acción de exclusión a fin de demostrar que no existe una actitud persecutoria hacia el agente.

La acción deberá instarse con la mayor celeridad posible luego de que se emitió el acto administrativo que dispuso la sanción (...)" (GARCÍA BIAUS, "La exclusión de tutela sindical en el empleo público (...)", págs. 68/69).

Si bien el artículo en comentario refiere a la aplicación de sanciones, fija pautas generales para la actuación de la Administración. Es así que conforme el criterio transcrito, resulta procedente emitir el acto intimando a jubilarse a los agentes en condiciones para ello, corriendo a partir de ese momento los plazos para impugnar el mismo.

Sin perjuicio de ello, la ejecutoriedad respecto del agente que cuenta con tutela sindical, quedará suspendida a las resultas del trámite de exclusión de tutela sindical, lo que deberá expresarse claramente en el acto.

Por último, merece la pena señalar que el proceso de exclusión de tutela tendrá por objeto únicamente analizar el elemento finalidad del acto administrativo a emitirse, es decir, que no encubra una conducta antisindical, sin



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina



"2021- AÑO DEL TRIGÉSIMO ANIVERSARIO DE LA CONSTITUCIÓN PROVINCIAL"

que pueda discutirse el fondo, en el caso, la decisión de jubilar a los agentes en condiciones de ello, lo que será materia de análisis eventualmente por los carriles procesales correspondientes que se activen contra dicho acto.

Al respecto en el artículo en comentario se señaló: *"(...) la exclusión de tutela sindical es un proceso autónomo y de conocimiento restringido. Conforme este posicionamiento, una vez que el empleador ha vencido en el proceso de corrimiento del velo sindical, ya no puede volver a discutirse en un pleito posterior si hubo o no un comportamiento antisindical; no obstante ello, sí es posible discutir la medida adoptada en relación a otros aspectos.*

Dentro de esta doctrina se encolumna el STJ, que ha expresado que cuando se trate de un dependiente de la Administración, luego de ventilarse el proceso de exclusión nada impide el inicio de un proceso contencioso administrativo posterior, dado que en aquel sólo se busca dilucidar la pertinencia del levantamiento de la protección sindical.

Desde este trabajo también se adhiere a este tercer criterio, pues es el que mejor logra compatibilizar el interés público comprometido en el ejercicio de las potestades disciplinarias de la Administración con las garantías que tutela la normativa sindical (...).

Tal como se anticipara en pasajes anteriores, el magistrado que tiene que entender en este tipo de contienda no debe abrir una valoración sobre la relación de fondo de empleo entre el dependiente y la Administración, pues eso en todo caso será materia de discusión en el juicio contencioso. En lo que debe centrar su atención el juez es en el aspecto sindical del conflicto, es decir, que

para que progrese la acción, debe descartarse que no exista una animosidad por parte del Estado que busque perjudicar al empleado por su condición de sindicalista.

Esta es la conclusión a la que hemos arribado al analizar el alcance de la cosa juzgada en este tipo de procesos; y si ello lo llevamos al campo de la teoría del acto administrativo, puede traducirse en que lo esencial a tener en cuenta en la exclusión de tutela es el elemento 'finalidad' de la sanción dispuesta" (GARCÍA BIAUS, op, cit., pág. 61).

Consecuentemente, corresponde el inicio de la exclusión de tutela, una vez notificado el acto administrativo que dispone la intimación para iniciar los trámites jubilatorios, la que tendrá por único fin demostrar que la decisión no implica una persecución o comportamiento antisindical por parte de este Organismo, sino el ejercicio de facultades legales expresamente dispuestas en favor de la Administración en su calidad de empleadora.

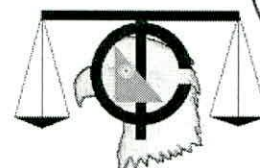
Asimismo, al tratarse de una medida de alcance general, dispuesta respecto de todos los agentes que se encuentran en condiciones de acceder a la jubilación ordinaria, se descarta cualquier atisbo persecutorio.

CONCLUSIÓN.

En base a los antecedentes relatados, puede extraerse que es opinión mayoritaria de la Doctrina así como de la Jurisprudencia nacional y local que es posible intimar a un empleado que cuenta con tutela sindical a jubilarse, pero



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina



TRIBUNAL DE CUENTAS DE TIERRA DEL FUEGO
ANTÁRTIDA
E ISLAS DEL ATLÁNTICO SUR



"2021- AÑO DEL TRIGÉSIMO ANIVERSARIO DE LA CONSTITUCIÓN PROVINCIAL"

para que dicho acto tenga efectos, deberá tramitarse la correspondiente exclusión de tutela sindical en sede judicial.

El objeto de dicho trámite judicial tiene como único fin verificar que dicha intimación no esconde una persecución o comportamiento antisindical, lo cual se descarta si la medida es general, es decir, respecto de todos los empleados estatales que se encuentran en condiciones de jubilarse.

En base a los antecedentes detallados, soy de la opinión que debe tramitarse la exclusión de tutela respecto del agente que cuenta con ella, la que deberá solicitarse respecto de los dos cargos sindicales informados por la Dirección de Administración, es decir, el actualmente en ejercicio referido a su cargo a nivel nacional como Vocal Titular de la A.P.O.C. con mandato hasta el día 29 de abril de 2023 y respecto de su cargo de Secretario General, cuyo mandato finalizó el 22 de mayo de 2021, ya que respecto de este último rige el año de protección posterior previsto en el artículo 48 de la L.A.S.

Así las cosas, si bien puede emitirse el acto administrativo intimando al inicio del trámite jubilatorio, los efectos quedarán suspendidos respecto de este agente a las results del trámite judicial de exclusión de tutela.

La necesidad de emitir el acto se vincula también con que la tutela debe tramitarse respecto de un acto administrativo en concreto de la Administración, ya que no puede tramitarse una exclusión de tutela en abstracto. De lo contrario el Juez carece de elementos para analizar la medida a adoptar por la Administración.

Es por ello que la exclusión de tutela requiere del acto que se pretende ejecutar, el que no surtirá efectos hasta tanto se expida el juez del caso, haciendo lugar a la exclusión.

Como se dijo, este tipo de medidas resultan atendibles, en el marco de las facultades organizacionales propias de los empleadores, las cuales cuentan con un elemento más en el supuesto de la Administración Pública empleadora, cual es el interés público en juego que avala dichas medidas.

En este sentido, la existencia de representación sindical no implica la derogación de los artículos 22 y 23 de la Ley de Empleo Público, porque la tutela no implica que se le confiera a la relación laboral ultraactividad, fundamentalmente porque el modo normal de culminación de la relación es el ingreso a la pasividad.

Por último, tal como se señalara al inicio, respecto del agente que ya cuenta con jubilación otorgada, la intimación es a los efectos de que presente su renuncia, para poder así tramitar su cese para que se acoja al beneficio ya acordado. No existe un plazo para ello, pero puede fijarse en el de seis meses que prevé la norma para el inicio del trámite, lo que queda a criterio del Plenario de Miembros en su caso.

En torno a la tercer agente, la intimación es a los fines de que inicie los trámites jubilatorios, contando para ello con un plazo de seis meses, vencido el cual podrá ser dada de baja por el Organismo. En su caso dicho plazo surte efectos desde la notificación.

Elevo el presente a su consideración.