

**Voces:** EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO - DESPIDO CON CAUSA - DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO - HUELGA - HUELGA ILEGAL - INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL - BUENA FE - DERECHOS Y GARANTIAS CONSTITUCIONALES - DERECHO DE HUELGA - ASOCIACIÓN GREMIAL - REPRESENTACIÓN SINDICAL - REPRESENTANTES SINDICALES

**Partes:** Zavaglia Gustavo Martín c/ Artes Gráficas Rioplatenses S.A. | despido

**Tribunal:** Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo

**Sala/Juzgado:** II

**Fecha B.O.:** 20-jul-2007

**Cita:** MJ-JU-M-14658-AR | MJJ14658

**Producto:** MJ,LJ

Es justificado el despido del trabajador que se excedió en el ejercicio del derecho de huelga. Su accionar deviene en un incumplimiento contractual sancionable.

**Sumario:**

1.-Corresponde revocar la sentencia apelada en cuanto juzgó injustificado el despido en tanto los hechos en que participó el pretensor no resultaron el ejercicio del derecho de huelga sino incumplimientos contractuales de suma gravedad que hacían imposible la prosecución del contrato en los términos del art. 242 LCT, por haberse contrariado diversos deberes contractuales como el de obrar de buena fe, aún durante una protesta –en el caso, el trabajador desapoderó a la empresa de un sector de la planta durante varios días, con retención de mercaderías, materias primas y herramientas de propiedad de la demandada e impidiendo la entrega a clientes de productos ya impresos con lo que la empresa no pudo cumplir con sus compromisos contractuales-.

2.-Las medidas de fuerza ejecutadas por el grupo de trabajadores integrado por el demandante, no pueden considerarse el ejercicio del derecho constitucional de huelga ni una medida de acción directa tutelada por el derecho ya que las mismas han excedido el ámbito conceptual de la huelga como medio legítimo de presión y lucha en defensa de los intereses profesionales por lo que corresponde revocar la sentencia de grado y en consecuencia, rechazar la demanda ya que el despido del trabajador devino justificado.

3.-La huelga consiste en la abstención concertada y temporal del trabajo, ejercida colectivamente con abandono del centro de labor y sin otro efecto que la interrupción de la actividad de la totalidad del establecimiento con respeto por cierta proporcionalidad entre el daño que dicha abstención pueda provocar y la contrapartida estimable en supuestas pérdidas salariales derivables de la retención del

trabajo. Asimismo se reconoce como huelga a todo tipo de perturbación, concertada colectivamente, del proceso de producción, de las que la cesación del trabajo con abandono del centro laboral sería seguramente paradigmática pero no excluyente de otras tales como una “huelga de celo o reglamento”, una “huelga de trabajo lento”, o una “huelga con ocupación de local”.

4.-En el conflicto, los trabajadores en huelga expresan su voluntad de rechazo de la disciplina y del control de la organización del trabajo, por lo que corresponde al sujeto sindical determinar los alcances del derecho de huelga a fin de asegurar condiciones de efectividad para que el derecho de huelga cumpla su función de tutela de los intereses de los trabajadores.

5.-Cabe memorar que el art. 24 de la ley nacional 25.877, más allá de las previsiones del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, reenvía a los principios y criterios de los órganos de control de la OIT. Empero, el Comité de Libertad Sindical ha señalado en relación a las modalidades del ejercicio del derecho de huelga -de brazos caídos, huelgas de celo, a ritmo lento, con ocupación de la empresa, etc.- o huelgas irregulares -paralización intempestiva, trabajo a desgano, a reglamento, etc.- que cabe admitir que la legislación las deniegue cuando dejan de ser pacíficas.

6.-El ejercicio del derecho constitucional y supraconstitucional de huelga, no puede ser llevado a cabo en forma violenta ni tampoco abusiva, es decir con medidas adicionales que avasallen los derechos de otros sujetos de un modo innecesario para el despliegue de la huelga.

7.-Toda medida de acción directa tiende a ejercer presión sobre la otra parte para que negocie y acceda a las pretensiones planteadas pero la fuerza a producir en esa presión no puede ser tal que pase a compeler u obligar, por su exceso, a que la contraparte haga aquello que no quiere hacer o deje de hacer aquello otro que desea hacer. Ese exceso transforma la presión para negociar en violencia intimidatoria.

8.-El comportamiento del demandante debe considerarse un mero incumplimiento contractual y no el legítimo ejercicio del derecho de huelga ya que los actos en los que él participó a título personal fueron ejecutados al margen de los procedimientos institucionales que dan marco legal a la huelga constitucional reconocida en tanto tal decisión no fue tomada por la asociación profesional representativa de los intereses de los trabajadores, es decir por la asociación con personería gremial o, al menos, por una organización representativa de los intereses económicos y sociales de los trabajadores.

9.-En nuestro modelo constitucional y legal, las medidas de acción directa resultan un derecho colectivo reconocido exclusivamente a las organizaciones representativas de los trabajadores y para la protección de los derechos e intereses profesionales.

10.-Las medidas de acción directa tomadas por quienes no reúnen la calidad de organizaciones representativas de los intereses profesionales de los trabajadores son actos ilegítimos calificables en el plano contractual como incumplimientos generadores de las respectivas responsabilidades.

---

En la Ciudad de Buenos Aires, a los 20 días de Julio de 2007, reunidos los integrantes de la Sala II a fin de considerar los recursos deducidos en autos y para dictar sentencia definitiva en estas actuaciones, practicado el sorteo pertinente, proceden a expedirse en el orden de votación y de acuerdo con los fundamentos que se exponen a continuación:

El doctor Miguel Ángel Maza dijo:

I.- Contra la sentencia de primera instancia que juzgó injustificado el despido decidido por la empresa,

se alza ésta mediante el memorial de fs. 386/91 en el entendimiento de que ha acreditado la participación del actor en la ocupación por la fuerza del establecimiento y considerando que ha sido mal valorada la injuria, puesto que aquel no se limitó a ejercer el derecho de huelga, sino que ocupó la planta ilegítimamente, impidió su normal desenvolvimiento y causó daños y perjuicios en exceso al ejercicio de aquel derecho.

Además, apela la admisión de la sanción prevista en el artículo 80 LCT puntualizando que no se han cumplido en el caso los recaudos previstos en el decreto 146/2001.

También recurre la parte actora, merced al escrito de fs. 379/81 y en tanto en primera instancia se desestimó la pretensión por horas extras argumentando el recurrente que, contrariamente a lo sostenido por la sentenciante, las determinó adecuadamente en su escrito inicial. Asimismo, solicita en relación directa con ello la revisión de los diversos rubros de condena (puntos g, i, j, k y l de la liquidación de fs.71).

Por otra parte, se agravia por el rechazo de la sanción del artículo 2 de la ley 25.323, en tanto resultarían conformados los presupuestos de su habilitación.

La representación letrada del demandante cuestiona los honorarios que le fueran asignados por entenderlos reducidos.

II.- Por razones de orden lógico, examinaré en primer lugar los hechos relativos al distracto y la apelación de la accionada contra la decisión de la Dra.Barilaro, que consideró injustificado el despido ya que no halló acreditado que Zavaglia, más allá de participar de las asambleas efectuadas en la empresa, haya tenido comportamientos que incitaran al resto del personal a cometer algún acto que importara disturbios en la empresa o algún acto que pudiera importar alguna acción delictiva.

a) Considero conveniente comenzar efectuando una breve reseña de los antecedentes fácticos del subexámene.

El actor en su escrito de inicio dijo, primeramente, que "Repentinamente en fecha 3 de setiembre de 2004 la demandada me impidió el ingreso a la planta sin darme explicación ni motivo alguno." (ver fs. 68), soslayando toda referencia al conflicto que -las pruebas ya producidas en autos permiten asegurarlo ahora- se había desatado en el establecimiento desde el inicio de esa semana.

A fs. 70, incluso, ya no sólo negó haber participado en los hechos imputados por la empresa sino que renegó de las medidas de fuerza aduciendo que "siempre intenté acceder al cumplimiento de mis tareas habituales, lo que me fue impedido por el personal de seguridad contratado por la demandada".

Sin embargo, la pieza que adjuntó en copia a fs. 30, y que referenció en su escrito de demanda como recibida el día 13-9-04, evidencia que fue despedido acusado de:1) haber ingresado o permitido el ingreso furtivo de personas a la planta en horas de la madrugada del 30-8-04 a efectos del copamiento del galpón lindero a la calle Tilcara; 2) paralizar la planta por la fuerza amenazando al personal que se resistía a plegarse a sus acciones; 3) retirar los bancales con trabajos terminados que iban a ser retirados por el cliente el 30-8-04 y que se hallaban en el sector expedición; 4) apoderarse de los autoelevadores de la planta para impedir el uso por parte del personal que intentaba trabajar; 5) negarse a entregar los ejemplares de la revista Viva que acompañaría al diario Clarín el siguiente domingo; 6) impedir el ingreso y egreso de camiones; y 7) impedir al 13-9-04 el normal desarrollo de las tareas sin acatar la conciliación obligatoria decretada.

El accionante impugnó esas causales de despido imputadas y lo hizo el 15-9-04 mediante el telegrama cuya copia obra a fs. 31, negando una a una tales acusaciones a la par que denunciando que desde el

4-9-04 se le negaban el ingreso a la planta y la dación de tareas. En ese cable, además, reputó como extemporánea la decisión rupturista de la empresa.

Como de la traba de la litis surge que el disenso estriba en estos términos, estimo que, ante la pretensión recursiva de la demandada, corresponde verificar si realmente se ha acreditado la participación personal del reclamante en los hechos identificados bajo los numerales 1 a 6 de la carta documento precedentemente referenciada; secundariamente si está probada la imputación contenida en el numeral 7; o, en defecto de ello, si los hechos que la Sra. Juez tuvo por demostrados constituyeron el legítimo ejercicio de un derecho o si, por el contrario, merecían ser sancionados con el despido.

b) 1. De los testimonios rendidos por Viñas, Ortiz, Ruiz, Merli, Meglia, Carreño e Ingeniere (fs.154/68 y 261/76) no surge evidenciado que el demandante Zavaglia haya ingresado a la planta en horas de la madrugada del 30-8-04, ni tampoco que haya permitido o facilitado el acceso de otras personas a efectos del copamiento del galpón lindero a la calle Tilcara; tampoco se advierte probado que personalmente haya amenazado al personal que no participó de la medida decidida por los delegados ni que haya integrado un grupo que cometiera tales actos.

En cambio, veo probado por los dichos de Ortiz e Ingeniere que el reclamante durante la semana del lunes 30-8-04 al jueves 3-9-004 integró un grupo de trabajadores que ocupó un galpón de la planta y paralizó el funcionamiento de ésta.

También resulta de tales testimonios que Zavaglia, como integrante de ese grupo de trabajadores, no sólo paralizó el normal funcionamiento de la planta de la demandada sino que neutralizó de hecho la posibilidad de que otros dependientes que no participaron de la medida de fuerza pudieran ejercer su derecho constitucional de trabajar, así como que dicho grupo con la participación del demandante se apoderó innecesariamente a los fines de la protesta de materias primas, herramientas y productos terminados de propiedad de la empresa, impidiéndole entregar producciones ya listas para cumplir compromisos contractuales, así como disponer de los instrumentos productivos de su propiedad.

En efecto, señalan los testigos mentados que Zavaglia estaba presente en la asamblea que diera comienzo en la noche del domingo a madrugada del lunes 30-8-04 con los operarios del turno mañana y tarde del sector producción, precisando el testigo Ortiz a fs. 163 que Zavaglia durante los días del conflicto estuvo siempre allí, en el galpón. Asimismo, puntualizó que a ese galpón habían llevado la mercadería que había para entregar, es decir las revistas Viva para el diario Clarín y los folletos para publicidad del supermercado Coto, así como que también se mantuvieron ahí dentro las bobinas de papel que la empresa utiliza para imprimir.

Ingeniere contó que la ocupación del establecimiento y la asamblea permanente duró desde las 03 de la mañana del domingo y hasta el jueves, aclarando no saber si el actor estaba en lugar el lunes pero si con posterioridad ya que manifestó haberlo visto dirigiéndose al galpón en el que estaban auto encerrados los trabajadores.

Estos dos testimonios, no impugnados ni contradichos por ningún elemento de juicio de la causa, me convencen de que Zavaglia fue uno de los tantos trabajadores del sector producción de la planta que participó de la medida de acción directa decidida por un grupo de delegados y avalada por aquellos y que, como quedó dicho, implicó el auto encerramiento durante cuatro jornadas en el galpón o depósito de la planta.

Ambos deponentes lucen concordantes y precisos en cuanto a los hechos que he reseñado y es de remarcar que coinciden en lo esencial pese a haber sido ofrecidos por las distintas partes, por lo que no cabe dudar de su objetividad al respecto. En suma, analizados con las reglas de la sana crítica, me persuaden de la veracidad de sus dichos (art. 386 CPCCN).

Por otra parte, no voy a dejar de tener en cuenta que el pretensor al contestar los agravios (ver fs. 400/401) abandonó su originaria defensa de total ajenidad en los hechos examinados -como lo hiciera al contestar el telegrama del despido y en el escrito de demanda (ver, especialmente, fs. 70)- y asumió la tesis de la Sra. Jueza de primera instancia, aferrándose al argumento de que sólo participó de la asamblea sin "asumir un rol activo".

El testigo Merli, por su parte, expuso que concurrió al lugar con un escribano y vio que el personal del sector producción había llevado al depósito las impresiones listas para entregar y los auto elevadores, añadiendo que no permitían sacar ni dichos trabajos ni las bobinas de papel para imprimir

b) 2. Es decir que, a mi modo de ver, la prueba producida evidencia que los hechos probados que deben analizarse para decidir si el accionante fue bien despedido no se limitan a su participación en una asamblea de cuatro días decretada para resolver un conflicto de intereses. Diferentemente, opino que ha quedado demostrado que Zavaglia participó en forma personal y prolongada en la ocupación de un sector del establecimiento por la fuerza de la presencia física masiva, ocupación que no fue pasiva sino que implicó comportamientos adicionales como la introducción de las producciones ya impresas (revistas Viva y folletos del supermercado Coto) al galpón bajo control de los ocupadores, la retención de las bobinas de papel para impedir que la empresa pudiera imprimir sin la colaboración de los trabajadores en conflicto, así como el apoderamiento de los auto elevadores de la demandada.

Indudablemente, este factum difiere por exceso del juzgado por la sentenciante de primera instancia y merece una mirada jurídica diferente.

b) 3. A mi juicio, resulta innecesario entrar a analizar si luego de decretada la conciliación obligatoria por la autoridad administrativa el actor impidió además el normal desarrollo de las tareas sin acatarla, tal como se le imputara en el pto. 7 del cable de comunicación del despido. Digo así pues los hechos hasta aquí descriptos, y que seguidamente analizaré, poseen suficiente importancia para tomar una decisión.

c) Lo primero que voy a puntualizar es que, en mi opinión, el precedentemente descripto factum no puede considerarse el ejercicio del derecho constitucional de huelga ni una medida de acción directa tutelada por el derecho ya que las medidas de fuerza ejecutadas por el grupo de trabajadores integrado por el demandante, según las modalidades de ejercicio acreditadas, han excedido el ámbito conceptual de la huelga como medio legítimo de presión y lucha en defensa de los intereses profesionales.

Cabe recordar que según un concepto tradicional la huelga consiste en la abstención concertada y temporal del trabajo, ejercida colectivamente con abandono del centro de labor y sin otro efecto que la interrupción de la actividad de la totalidad del establecimiento con respeto por cierta proporcionalidad entre el daño que dicha abstención pueda provocar y la contrapartida estimable en supuestas pérdidas salariales derivables de la retención del trabajo (Héctor O. García, en Tratado de Derecho del Trabajo, dirigido por Mario E. Ackerman, Rubinzal-Culzoni-Editores, parte aún inédita y en prensa).

Oscar Hermida Uriarte nos recuerda que el vocablo huelga tiene su origen etimológico en la idea de holgar, es decir descansar, tomar aliento, estar ocioso, no trabajar... (Apuntes sobre la huelga, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2da. edición, 1996, pág. 10).

Empero, ese concepto ha quedado superado modernamente admitiéndose que, como lo dicen Tomás Sala Franco e Ignacio Albiol Montesinos, se reconozca como tal a todo tipo de perturbación concertada colectivamente del proceso de producción, de las que la cesación del trabajo con abandono del centro laboral sería seguramente paradigmática pero no excluyente de otras tales como una "huelga de celo o reglamento", una "huelga de trabajo lento", o una "huelga con ocupación de local" (Derecho Sindical,

edición de Tirant Lo Blanch, Valencia, 1989, pág.481).

Soy de la opinión de que aquel primer concepto restringido ha quedado superado por una moderna concepción de la huelga como fenómeno sociológico amplio y es reconocido como un instrumento clave en las relaciones colectivas para la defensa y promoción de los intereses profesionales, transitando los límites del derecho. Es interesante el señalamiento que, con su típica agudeza, efectúa Baylos Grau cuando expresa que en el conflicto los trabajadores en huelga expresan su voluntad de rechazo de la disciplina y del control de la organización del trabajo, por lo que corresponde al sujeto sindical determinar los alcances del derecho de huelga a fin de asegurar condiciones de efectividad para que el derecho de huelga cumpla su función de tutela de los intereses de los trabajadores (Antonio Baylos Grau, "Continuidad de la producción o del servicio y facultades empresariales en casos de huelga", en Estudios sobre la huelga, coordinados por Baylos Grau, Editorial Bomarzo, Albacete, 2005, citado por Héctor Omar García, quien refiriéndose a las condiciones de efectividad de la huelga parece adherir a esta tesis, en Tratado...ya citado).

El Convenio 87 de la OIT reconoce en su art. 3.1 a las organizaciones de trabajadores el derecho de formular su programa de acción y de ello deriva el de implementar las acciones necesarias para garantizar la eficacia de la libertad sindical de acción. Además, como enseña García (Tratado, ya citado), desde la 2da. reunión del Comité de Libertad Sindical en 1952 se ha acuñado como principio básico en materia de derecho de huelga que resulta uno de los medios legítimos fundamentales de que disponen los trabajadores y sus organizaciones para la promoción y defensa de sus intereses económicos y sociales.

Sin embargo, esta amplitud, como todo en la vida social y más aun en el derecho, no puede ser infinita ni carente de límites. Es casi una perogrullada recordar que todo derecho debe ejercerse en forma coordinada con el respeto que merecen los demás y sin caer en el abuso del derecho, tal como lo señalan con claridad Antonio Martín Valverde, Fermín Rodríguez-Sañudo Gutiérrez y Joaquín García Murcia (Derecho del Trabajo, Editorial Tecnos, Madrid, 2005, págs. 380).

Cabe memorar que el art. 24 de la ley 25.877, más allá de las previsiones del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, reenvía a los principios y criterios de los órganos de control de la OIT. Empero, el Comité de Libertad Sindical ha señalado en relación a las modalidades del ejercicio del derecho de huelga (de brazos caídos, huelgas de celo, a ritmo lento, con ocupación de la empresa, etc.) o huelgas irregulares (paralización intempestiva, trabajo a desgano, a reglamento, etc.) que cabe admitir que la legislación las deniegue cuando dejan de ser pacíficas (La Libertad Sindical, Recopilación de decisiones y principios del C.L.S. del Consejo de Administración de la OIT, 4ta.edición, OIT, Ginebra, 1996, sumarios 496/497).

Ahora bien, más allá de las modalidades aplicadas para ejercer el derecho colectivo de no trabajar en procura de la defensa o reivindicación de un interés profesional, pienso que el ejercicio de ese derecho constitucional y supraconstitucional no puede ser llevado a cabo en forma violenta ni tampoco abusiva, es decir con medidas adicionales que avasallen los derechos de otros sujetos de un modo innecesario para el despliegue de la huelga.

Y en el caso que estoy examinando advierto evidenciado de los testimonios ya mencionados que el pretensor y el grupo que integró no se ha limitado a abstenerse de trabajar y a ocupar el centro de trabajo, sino que adicionaron a ese núcleo de acción de protesta comportamientos adicionales tales como:

- 1) haber retenido las bobinas de papel de propiedad y/o guarda de la empresa para evitar que pueda seguir imprimiendo con la colaboración de otros empleados que no hubiesen adherido a ese irregular proceder o con el aporte de personal jerárquico;

2) haberse apoderado de los auto elevadores de la empresa, con lo que le quitaron herramientas de trabajo y obstaculizaron el eventual desarrollo de tareas que otras personas pudieran llevar a cabo;

3) haberse apoderado de productos ya impresos y listos para ser entregados a clientes de la demandada (las revistas Viva y los folletos del supermercado Coto), de modo que impidieron que la demandada cumpliera sus compromisos contractuales sin que de ello se desprenda vinculación alguna con el ejercicio del eventual derecho de huelga salvo con el objeto de causar daños intencionales al empleador por completo desvinculados del hecho mismo de la falta de prestación de servicios por los huelguistas.

d) Al punto considero que las circunstancias fácticas de ejercicio de la irregular y prolongada medida en la que participó el actor, desapoderando a la empresa de un sector de la planta durante cuatro días, con una extensa retención en el tiempo de mercadería, materias primas y herramientas de propiedad de la demandada, ha constituido una forma de violencia, de modo que la medida tampoco puede considerarse ejercida de modo pacífico.

Al respecto cabe recordar, sin olvidar ciertamente la naturaleza del derecho de huelga según lo ya dicho, que la violencia puede ser definida a los fines jurídicos como una coacción a fin de que se haga lo que una persona no quiere o se abstenga de lo que sin ello se querría o se podría hacer; presión moral; opresión; etc. (conf. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas, Sociales y de Economía, dirigido por Víctor De Santo, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1999).

Obviamente, toda medida de acción directa tiende a ejercer presión sobre la otra parte para que negocie y acceda a las pretensiones planteadas pero la fuerza a producir en esa presión no puede ser tal que pase a compeler u obligar, por su exceso, a que la contraparte haga aquello que no quiere hacer o deje de hacer aquello otro que desea hacer. Ese exceso, a mi modo de ver, transforma la presión para negociar en violencia intimidatoria.

Bien señala el maestro uruguayo Américo Plá Rodríguez en relación al ejercicio del derecho de huelga que "no hay ningún derecho, por respetable que sea, que no tenga límites", añadiendo tres reglas de oro para determinar los límites de un ejercicio legítimo, de las que me permito adherir a la tercera: "debe evitarse todo lo que directa o indirectamente importe un sabotaje, entendiendo por tal un daño intencional en los bienes o cosas de la empresa" ("La huelga en Uruguay", en La Huelga en Iberoamérica, coordinado por Mario Pasco Cosmópolis, Editorial Porrúa SA, México, 1996, págs. 287 y stes.; esp. págs.300/308).

En efecto, el hecho de haber impedido los integrantes del grupo en el que participó el pretensor que la empresa entregara los folletos y revistas ya terminados, así como que pudiera retirar las bobinas de papel para imprimir y utilizar sus herramientas como los auto elevadores para desarrollar actos de la organización que no comprendieran a los trabajadores que hacían la protesta, ha constituido en mi modo de ver un comportamiento irrazonable provocador de un daño material excesivo y totalmente innecesario a los fines probablemente perseguidos o, al menos, los que ampara normativa cuando reconoce el derecho de huelga.

Es decir que, en mi óptica, los hechos probados en relación al accionante han excedido del ejercicio del derecho de huelga para resultar un incumplimiento contractual sancionable.

e) No me parece ocioso señalar, además aunque secundariamente, que las medidas de acción directa examinadas no fueron decididas por los sujetos colectivos legitimados para hacerlo.

No surge de la causa que los hechos descriptos, particularmente aquellos en que participó el pretensor, hayan sido fruto de una decisión tomada por la asociación profesional representativa de los intereses de

los trabajadores, es decir por la asociación con personería gremial o, al menos, por una "organización" representativa de los intereses económicos y sociales de los trabajadores, tal como lo prevén los principios sentados por la OIT en materia de legitimación para el ejercicio de estas acciones (ver, como síntesis, Bernard Gernigon, Alberto Otero y Horacio Guido "Los Principios de la OIT sobre el derecho del huelga" en la Revista Internacional del Trabajo, Vol. 117, 1998, N° 4, OIT, Ginebra, pp. 475/76).

Aunque algunos autores opinan que el Convenio 87 de la OIT reconoce la titularidad del derecho de huelga a todo trabajador y a todo colectivo de trabajadores, así como lo hace el art. 28.2 de la Constitución de España, discrepo con esa lectura ya que el art.3.1, cuando alude a este derecho en su reconocimiento a la facultad de desarrollar sus planes de acción, refiere inequívocamente a las "organizaciones". En efecto, esta norma expresa lo siguiente: "Las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción" (la negrita es mía).

No participo, pues de aquella opinión y considero además que nuestra legislación interna -única aplicable hasta la entrada en vigencia del nuevo orden establecido merced a la reforma constitucional de 1994- sólo confería ese arma de lucha para la defensa y promoción de los intereses profesionales de los trabajadores a los gremios, es decir a las asociaciones profesionales de trabajadores con personería gremial.

Así lo dice expresamente el art. 14 bis de la Constitución Nacional y en ese privilegio finca el régimen de unicidad sindical que nuestras leyes de asociaciones profesionales vienen sosteniendo hace décadas y se mantiene en la ley 23.551, norma emanada del Congreso Nacional y que refleja un fuerte consenso parlamentario conseguido en la década de los años 80.

Tal como lo señala Ackerman, aún cuando los convencionales constituyentes de 1957, y en especial Jaureguiberri, mencionaron que la huelga podría ser declarada por una pluralidad de trabajadores, aunque no intervenga un sindicato, hace 50 años que las reglamentaciones legales -y remarco la de la ley 23.551 emanada del Congreso Nacional con gran consenso- han restringido al sindicato con personería gremial la facultad de decretar tales medidas (Mario E. Ackerman, "La huelga en Argentina", en el ya citado La Huelga en Iberoamérica, pág.7).

Por mi parte, considero que, pese a esas expresiones de los convencionales, el texto constitucional se refiere a los "gremios", expresión que puede habilitar el debate acerca de si refiere exclusivamente a las asociaciones con personería gremial o, en cambio, a cualquier organización representativa de los intereses profesionales de los trabajadores, como, *vr. gratia*, nuestras tan autóctonas "asociaciones simplemente inscriptas". Empero, el vocablo gremios de ninguna manera admite sostener, con sometimiento al texto sancionado por la Convención Constituyente, una titularidad individual o plurindividual del derecho de huelga.

Estoy absolutamente convencido de que la huelga es un derecho colectivo de titularidad del sujeto sindical, tal como puede verse repetido en general en los modelos latinoamericanos (ver el muestreo que ofrece la ya citada obra La Huelga en Iberoamérica).

Cabe también memorar que la Comisión de Expertos en aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT ha puntualizado que el derecho de huelga es un corolario indisociable del derecho de sindicación protegido por el Convenio 87 (Comisión de Expertos, 1994, sumarios 151 y 152, citados por Mario E. Ackerman en "El derecho de huelga y los de derechos de todos", La Ley, 3-10-05, nota 11).

Aún cuando se considerara, como en algunas legislaciones europeas, que el derecho de huelga nace en



el trabajador a título individual, me parece de toda evidencia que nuestra normativa vigente -y no cuestionada en autos en su validez constitucional- reglamenta su planteamiento y desarrollo de manera tal que puede afirmarse que, en tal hipótesis y conjetural tesis, su ejercicio sería igual colectivo y titularizado en el sujeto sindical.

Allende este criterio normativo, creo firmemente que la tesis de la legitimación singular del derecho de huelga resulta por añadidura contraria a la paz social y a una civilizada gestión de los intereses en juego y en términos generales comparto varios de los argumentos dados por Luis Ramírez Bosco para avalar este criterio legislativo (Derecho de huelga, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1991, págs. 43/45).

No creo inoportuno traer a colación que el art.22 de la Constitución Nacional dispone como uno de los pilares pétreos de la organización nacional que nadie delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes y autoridades constituidas, más allá de las crisis de representatividad que la sociedad pueda padecer. Estoy convencido de que, de igual modo, el ejercicio de medidas tan graves como son las de acción directa, que transitan las fronteras de la juridicidad y muchas veces se adentran en territorios ya no regidos por el derecho social, deben quedar reservadas a organizaciones formalmente representativas, conforme la ley y la voluntad de los representados, con capacidad, racionalidad y responsabilidad suficiente para la toma de decisiones tan relevantes, las que adoptarán mediante los procedimientos que establezcan en sus estatutos o pacten colectivamente.

De ahí que sostengo que, en nuestro modelo constitucional y legal, las medidas de acción directa resultan un derecho colectivo concedido exclusivamente a las organizaciones representativas de los trabajadores y para la protección de los derechos e intereses profesionales.

Por otra parte, la huelga no constituye un fin en si mismo, sino un instrumento del derecho social en el plano colectivo para servir el objetivo de la negociación colectiva y la búsqueda de la auto composición de los conflictos colectivos. Nuestro derecho nacional no reconoce a la huelga como método de presión para solventar conflictos de intereses individuales ni plurindividuales, por lo que no puede estar en manos de grupos de trabajadores sino de las organizaciones a las que las leyes vigentes, según un modelo debatible pero legislativamente consensuado, le encargan conducir la negociación y solución de los conflictos respecto de los cuales el derecho de huelga es medio instrumental.

Por eso, opino que las medidas de acción directa tomadas por quienes no reúnen la calidad de organizaciones representativas de los intereses profesionales de los trabajadores son actos ilegítimos calificables en el plano contractual como incumplimientos generadores de las respectivas responsabilidades.

No se me escapa la realidad de que muchos conflictos socio laborales se desatan al nivel de establecimiento y con medidas decididas por grupos de trabajadores, delegados del personal o comisiones internas que, por discrepancias con la conducción sindical, no sentirse representados o acompañados por sus organizaciones, u otras razones, actúan sin acudir a la organización respectiva para que sea ésta la que plantee las reivindicaciones, conduzca el conflicto y, llegado el caso y el momento, decreta las medidas de fuerza que estime apropiadas.

Las desavenencias que puedan motivar esos comportamientos sociales no encuadran en la ley general ni en el orden constitucional, a mi modo de ver, pues su admisión, como lo anticipé al aludir a la regla del art. 22 de la Constitución Nacional, compromete la paz social, la organización sindical libre y democrática querida y exigida por el art. 14 bis al reconocer los derechos colectivos y la básica convivencia que un sistema democrático y republicano exige y en cuyo seno deben desenvolverse también las relaciones colectivas de trabajo.

Es del caso recordar que el art.24 de la ley 25.877 expresamente remite a los principios y criterios de

los órganos de control de la OIT, principios que, como antes cité, parecen reconocer legitimidad para tomar medidas de acción directa a toda organización representativa de los intereses económicos y sociales de los trabajadores, lo que convalida esta línea de pensamiento.

Y así lo ha entendido el Comité de Libertad Sindical, cuando ha dicho que, aunque es preciso que los trabajadores y en particular sus dirigentes en las empresas estén protegidos contra eventuales actos de discriminación a consecuencia de una huelga, "no parece que el hecho de reservar exclusivamente a las organizaciones sindicales el derecho de declarar una huelga sea incompatible con las normas establecidas en el Convenio núm. 87" (La Libertad Sindical, ya citado, sumario 477).

f) En síntesis, opino que el comportamiento del demandante debe considerarse un mero incumplimiento contractual, grave por cierto, y no el legítimo ejercicio del derecho de huelga ya que los actos en los que él participó a título personal han excedido en mucho el ejercicio razonable de la protesta y presión que el derecho bajo examen conllevan, a la par que fueron ejecutados al margen de los procedimientos institucionales que dan marco legal a la huelga constitucionalmente reconocida.

g) No me parece atendible el argumento de la parte actora relativo a la temporalidad de la medida sancionatoria ya que el despido fue notificado el día 13-9-04 y los hechos sancionados perduraron, según la prueba testimonial, durante la primera semana de setiembre y, además, de los testimonios ya evaluados surge que la empresa analizó uno por uno los casos de cada trabajador para decidir a cuales despedía y a cuales no, comportamiento correcto si se repara en que no se ha tratado del ejercicio del derecho de huelga sino de un incumplimiento contractual ordinario que merecía ser sancionado con los parámetros de proporcionalidad del art.242 según las circunstancias individuales de cada dependiente.

Pero, por encima de ello, parece olvidar la parte actora que en medio de los hechos fue decretada la conciliación obligatoria, imponiéndose lo que el Dr. Antonio Vázquez Vialard bautizara como un "periodo de enfriamiento" y durante el cual no pueden disponerse despidos y los decididos deben retrotraer sus efectos.

En ese contexto, no advierto que el despido notificado el día 13-9-04 al demandante pueda ser considerado extemporáneo.

h) Párrafo aparte y especial merece, en mi opinión, la cuestión introducida por la Sra. Jueza de primera instancia acerca de la discriminación en que habría incurrido la demandada al haber reincorporado personal que participó en la medida de fuerza y no al actor.

Señalo, en primer lugar, que el demandante no planteó tal cuestión, probablemente atado a su criticable postura inicial consistente en desconocer su participación en la medida de acción directa. Desde este punto de vista, no me parece congruente cuestionar ese actuar patronal si el trabajador no adujo haber sido víctima de un trato discriminatorio (conf. art. 163 CPCCN).

Y este señalamiento no es abstracto. Según el enfoque que he expuesto hasta aquí, el conflicto analizado en autos no refiere al ejercicio del derecho de huelga con lo que el empleador era libre de valorar la gravedad de la injuria en cada caso particular según las circunstancias y antecedentes de los dependientes según las reglas generales del derecho sancionatorio en el contrato de trabajo y con la específica del art. 242 LCT, así como también tenía el derecho de revisar y revocar los despidos que hubiese dispuesto en base a iguales pautas.

Consecuentemente, el ejercicio de esa facultad patronal podía ser revisada en tanto el demandante hubiese aducido con un mínimo de verosimilitud que fue víctima de un trato discriminatorio en relación a otros dependientes, alegación que, reitero, no fue planteada en el escrito inicial ni tampoco fue sustentada al contestar los agravios a fs.400/401.

Por ende, considero que no hay identificadas en la causa razones para coincidir con la sentenciante de primera instancia -dicho esto con todo respeto por su opinión- en que la selección que la empresa hizo a la hora de sancionar y/o de dejar sin efecto algunos despidos decididos no frente al ejercicio del derecho de huelga sino ante un grave incumplimiento contractual haya implicado un comportamiento violatorio del deber de dar igual trato.

III.- Lo dicho, me lleva a propiciar que se revoque la sentencia apelada en cuanto juzgó injustificado el despido, en tanto considero que los hechos en que participó el pretensor no resultaron el ejercicio del derecho de huelga sino incumplimientos contractuales de suma gravedad que hacían imposible la prosecución del contrato en los términos del art. 242 LCT, por haberse contrariado diversos deberes contractuales como el de obrar de buena fe, aún durante una protesta (arts. 62/63 LCT). Ello significa por carácter transitivo desestimar el reclamo por indemnizaciones y recargos derivados de tal situación.

A la par, esta propuesta torna abstracto el agravio vertido por el actor respecto de la sanción del artículo 2 de la ley 25.323.

IV.- El demandante se agravia en tanto la Dra. Barilaro rechazó su reclamo por horas extras por defecto formal del escrito inicial y concuerdo con el criterio puesto en cuestión.

Es que resulta cierto lo indicado por la Sra. Juez de primera instancia en el sentido de que aquel no ha cumplido adecuadamente su carga de precisar la cuantía, ni tanto menos de dar adecuada razón de la procedencia de las horas extraordinarias pretendidas, extremos que no podían ser derivados a ser suplidos por la actividad del judicante de grado, así como tampoco cabía admitir su extemporánea determinación más allá del escrito inicial y mediante la pericial contable toda vez que la prueba no puede versar sino sobre hechos aducidos y controvertidos (cf. art. 364 CPCCN).

En efecto, a fs.67 vta./68 Zavaglia contó genéricamente que su empleadora le exigía realizar una cantidad de horas extras por encima de la jornada máxima convencional, de las que sólo le liquidaban algunas. Tras esa aseveración, sin mencionar siquiera cuantas horas extras aproximadamente realizaba por mes y cuantas aproximadamente de éstas la empresa le abonó, procedió a reclamar el pago de una suma global de dinero pretendiendo que sea la prueba la que determinara cuantas horas extraordinarias efectuó y cuantas no le fueron abonadas.

Dicho de otro modo, esa forma de plantear la demanda no cumplió las exigencias del art. 65 incisos 3, 4 y 6 de la LO y, por añadidura, lo que la parte actora pretendió con esta parcela de su pretensión fue una auditoría para determinar si algo se le adeudaba, lo que no es propio de un proceso judicial, amén de que ello es violatorio del derecho de defensa de la demandada y del debido proceso adjetivo (art. 18 Constitución Nacional).

En consecuencia, propicio confirmar el rechazo de este rubro, así como la pretendida incidencia en otros rubros salariales.

V.- La demandada apela la sentencia que la condenó a pagar la sanción prevista en el artículo 80 LCT y opino que no tiene razón en su queja.

Es que disiento de su argumento de que no se habrían dado en el caso los recaudos de admisión previstos en el decreto 146/2001. El despido directo se produjo con la misiva del 13-9-04 y el demandante realizó la respectiva intimación el 18-11-04 (ver fs. 351), de modo que lo decidido es correcto.

VI.- En consecuencia, sugiero modificar la sentencia recurrida reduciendo el monto de la condena a la

suma de \$6.698,25, en concepto de la indemnización prevista en el artículo 80, LCT; suma que estará sujeta a los intereses y demás pautas de cumplimiento fijadas en la sentencia anterior. Esta suma resulta de considerar la mejor remuneración normal y habitual de \$2.232,75 correspondiente a junio 2004 que surge del informe pericial contable de fs. 198/203, que la Sra. Juez de primera instancia tuvo por cierta y que llega firme a esta instancia.

VII.- El nuevo resultado del litigio que propongo así como lo normado por el art. 279 CPCCN conducen a dejar sin efecto la imposición de costas y las regulaciones de honorarios practicadas en la instancia anterior y a proceder a su determinación en forma originaria; por lo que resulta abstracto el tratamiento de las restantes apelaciones al respecto.

Las costas de la anterior instancia, atendiendo a las respectivas proporciones de éxito que las partes obtuvieron en sus mutuos vencimientos, propongo imponerlas en el 90% a cargo del actor y en el 10% a cargo de la demandada (arts. 68, 71 y concs. CPCCN).

Al respecto, en mérito a la calidad y extensión de las tareas desempeñadas por los profesionales actuantes y lo dispuesto por los arts. 6, 7, 8, 9, 14, 19, 39 y acordes de la ley 21.839, 3 del decreto-ley 16.638/57, 38 de la LO. y 13 de la ley 24.432, propongo regular los honorarios de las representaciones letradas de las partes actora y demandada, y los del perito contador, respectivamente, en el .%, .% y .% del monto demandado sin intereses.

VIII.- Las costas de la Alzada estimo que deberían ser soportadas por la parte actora en el 90% y por la demandada en el 10%, en mérito al resultado de los respectivos planteos recursivos (arts. 68, 71 y concs. CPCCN); a cuyo respecto y según las pautas arancelarias señaladas, en lo pertinente, propicio fijar los honorarios de las gestiones profesionales por las partes actora y demandada respectivamente en el .% de lo que en definitiva les correspondiere por su actuación en la etapa anterior.

Miguel Ángel Pirolo dijo: Adhiero a las conclusiones del voto de mi colega preopinante, por análogos fundamentos.

Por ello y de conformidad con lo preceptuado en el art. 125 de la LO. EL TRIBUNAL RESUELVE: 1) Modificar la sentencia de la anterior instancia y reducir el capital nominal de condena a la suma de PESOS SEIS MIL SEIS-CIENTOS NOVENTA Y OCHO CON VEINTICINCO CENTAVOS (\$6.698,25), que estará sujeto a los intereses y pautas de cumplimiento de aquélla;. 2) Imponer las costas de la anterior instancia en el NOVENTA por ciento (90%) a cargo del actor y en el DIEZ por ciento (10%) a cargo de la demandada; 3) Regular los honorarios de las representaciones letradas de las partes actora y demandada, y los del perito contador, por sus labores de primera instancia, respectivamente, en el .%, .% y .% del monto reclamado sin intereses; 4) Imponer las costas de Alzada en el NOVENTA por ciento (90%) a cargo del actor y en el DIEZ por ciento (10%) a cargo de la demandada; 5) Regular los honorarios de los letrados de las partes actora y demandada por sus labores en este tramo procesal, respectivamente, en el .% de lo que en definitiva les correspondiere por su actuación en la etapa anterior; 6) Hacer saber a las partes y sus letrados que deberán cumplir lo dispuesto por la ley 1181 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

Miguel Ángel Pirolo. Juez de Cámara

Miguel Ángel Maza. Juez de Cámara