

Expte. 13-05069164-5, “Asociación del Personal de los Organismos de Control (APOC) y ots. c/ Honorable Tribunal de Cuentas p/ Acción Procesal Administrativa”

Sala Segunda

EXCMA. SUPREMA CORTE:

I- Las constancias de autos

i- La demanda

La Asociación del Personal de los Organismos de Control (A.P.O.C.) y la contadora Adriana Margarita Fondere, interponen acción procesal administrativa a fin de que se declare la nulidad del Acuerdo 6480 emitido por el Honorable Tribunal de Cuentas en mayo de 2019, en actuación N° 7824 “Vencimiento de plazos-Incumplimiento Cdra. Adriana Fondere”.

Manifiestan que el Acuerdo mencionado, reconoce como origen la nota interna N° 7824/18 iniciada el 17 de diciembre de 2018, carat. “DS1: Vencimiento de plazos-incumplimientos referente Con. Adriana Fondere”, iniciado por la cont. Sandra Paola Marotta, Directora de Cuentas y superiora inmediata de Adriana Fondere, mediante una nota elevada al Presidente del Tribunal, en la cual manifiesta que el objetivo de la misma es informar “los incumplimientos en que ha incurrido la revisora de descentralizadas 1, Cdra. Adriana Fondere...”, en la producción de informes generales y complementarios de cuentas asignadas a Fondere, lo que habría provocado supuestos vencimientos en la etapa procesal de los respectivos juicios de cuentas, lo que a su vez habría generado impacto negativo en el proceso de adaptación a que el HTC habría estado llevando a cabo para certificar en 2018 normas ISO 9001/2015 (punto “b” del informe).

Asimismo, refieren que el sistema habría generado oportunidades de mejora que tampoco habrían sido cumplidas (punto “b” del informe); y en los puntos “c” y “d”, se mencionan salidas oficiales correspondientes a los meses de octubre, noviembre y diciembre y licencias por salidas deportivas, de compensación y razones particulares que habrían resentido el trabajo del

organismo generando “inequidades” con el resto de los profesionales que cumplen en tiempo y forma.

Entienden que el informe es falaz y que la contadora Marotta emparenta –lisa y llanamente- la actividad sindical con lo que ella considera fallas en su desempeño laboral.

Explican que el informe reseñado fue remitido a dictamen legal, en el que se tienen por probadas las supuestas faltas cometidas y se indica que las mismas contrarían el deber previsto por el art. 13 del Estatuto de Empleados Públicos que prevé la prestación de servicios con eficiencia, capacidad y diligencia y se advierte que previo a sancionar debe el Tribunal iniciar un procedimiento judicial para la exclusión de tutela y que es el propio Tribunal quien debe estimar la pertinencia o impertinencia de iniciar acciones a tal fin y finalmente en una conclusión apresurada y ajena a cualquier noción de legalidad se expone que puede “llamarse la atención” de la Cdra. Fondere toda vez que ese llamado de atención no sería de naturaleza sancionatoria y por tanto no sería preciso- como paso previo- la exclusión de tutela.

Indican que resulta inverosímil ese silogismo y que de haberse acreditado fehacientemente la existencia de la falta, la entidad pública tendría el DEBER LEGAL de iniciar el procedimiento de exclusión de tutela, caso contrario estaría encubriendo el accionar negligente de uno de sus empleados.

Alegan que los incumplimientos referidos no existieron y que la sanción disfrazada que se le aplica tiene como fundamento real la actividad sindical de Adriana Fondere.

Afirman que cumplió en tiempo y forma la producción de informes y por tanto no existió vencimiento de etapas procesales legales, dato objetivo que se desprende de los dos expedientes en que tramitaron las cuentas de Godoy Cruz y Capital.

Destacan que cuando se le notifica el llamado de atención el día 23 de abril de 2019 ya se había pronunciado el Honorable Tribunal sobre las dos cuentas asignadas: el área de salud de Capital 2017, con fallo emitido y notificado el día 12 de marzo de 2019 y respecto al área de salud de Godoy Cruz con fallo emitido el día 4 de abril de 2019 y notificado el día 16 de abril de 2019, es decir meses antes del vencimiento anual, no existiendo por tanto ni tardanza ni incumplimiento.

Denuncian que la resolución atacada se encuentra viciada en su objeto, toda vez que aplica una sanción no tipificada ni regulada (llamado de atención), que se basa en hechos inexistentes o erróneamente interpretados y encubre una finalidad sancionadora bajo el velo de simple llamado de atención debido a la existencia de tutela sindical de la cual goza Fondere, la cual se deriva de su actividad gremial; y en la formación y manifestación de la voluntad administrativa, por violación al derecho de defensa, prescindir de los hechos, de fundamentación normativa seria y por motivación ilógica (art. 39 y 63 Ley 9003).

Agregan que hay vicios también relativos a la forma del acto por una motivación incongruente y casi nula (art. 68 Ley 9003) y violación a principios que informan el procedimiento administrativo, entre los que menciona, el de pro homine, debido proceso adjetivo y a principios y derechos constitucionales, como el de igualdad, a la organización sindical libre y democrática y protección integral a las mujeres.

Consideran que la conducta del HTC es abiertamente antisindical y que es evidente que la persecución deriva de una clara actitud virulenta en contra de la persona de Fondere y de la Asociación Gremial, la cual durante el año pasado y este año ha iniciado en contra del HTC sendas acciones de inconstitucionalidad en contra de los ilegítimos acuerdos N° 6430 y 6444, entre otras acciones tendientes a lograr protección y defensa de todos los empleados de la Institución.

ii- La contestación

A fs. 71/81 y vta. por intermedio de apoderado se hace parte y contesta demanda el Honorable Tribunal de Cuentas y solicita su rechazo por las razones que expone.

Afirma que no se advierte violación a los principios que enuncia la recurrente, toda vez que el accionar de la profesional implica una desatención en la ejecución de las tareas que tenía a su cargo importando ello un cumplimiento negligente del deber de prestación del servicio.

Postula que la falta de cumplimiento de los deberes impuestos, surgen de manera objetiva, no es un hecho sujeto a consideraciones subjetivas, ni tiene que ver con la actividad gremial de la actora, toda vez que el SISTEMA del Tribunal de Cuentas no distingue entre representantes gremiales y agentes que no lo son.

Aclara que es el propio sistema el que arroja incumplimientos en los plazos de entrega, a los que el agente tiene acceso personalmente cuando ingresa y que la presentación en el plazo de un año, se debió a que los demás agentes (entre ellos la Directora Marotta) utilizaron menos días para realizar su trabajo en el expediente, pero ello no implica que la actora hubiera cumplido con el plazo asignado para elaborar y entregar el informe referido.

Explica que las oportunidades de mejora se producen automáticamente por no cumplir la agente su etapa en tiempo oportuno con el fin de que ello no sea repetido en el tiempo; a raíz de los incumplimientos se le generaron cuatro oportunidades de mejora (6103,6104,6208, 6228), no siendo ninguna de ellas contestadas por la agente, oportunidad que el Sistema otorga para poder exponer las razones que el agente crea que fundamentan su conducta, es decir podría haber ejercido válidamente su derecho de defensa en esa oportunidad.

Sostiene que el tribunal únicamente ha llamado la atención a la actora, en razón de su incumplimiento y que considerar que el Director no puede dirigir al Trabajador, ni marcarle errores en su actividad, implicaría desvirtuar el sentido de la protección sindical dispuesta por el régimen de la ley 23.551, llevándola a un extremo tal que no permitiría dirigir al dependiente.

Alega que el llamado de atención ha sido efectuado como una acción correctiva, en uso de una facultad discrecional que a la Administración le cabe frente a incumplimientos reiterados de la agente.

A fs. 87/88 se hace parte el Gobierno de la Provincia de Mendoza y plantea la falta de legitimación sustancial pasiva.

Sostiene que el Honorable Tribunal de Cuentas de la Provincia por mandatos constitucional es un Organo Constitucional de Control Extrapoder (art. 181 y sgtes. Constitución Provincial de Mendoza) y es una entidad con autonomía, jurisdicción, facultades y responsabilidad propia (Ley 1003).

En subsidio, adhiere a la contestación de demanda del Honorable Tribunal de Cuentas.

A fs. 92/95 se hace parte Fiscalía de Estado y plantea la falta de legitimación sustancial activa de la Asociación del Personal de los Organismos de Control (APOC), por cuanto no es titular de la relación jurídica sustancial que pretende hacer valer la acción.

Señala que en el presente caso, se trata de un llamado de atención a la Cdora. Fondere en el cumplimiento de sus labores de agente estatal y se fundamentó en el art. 13 del Estatuto del Empleado Público; es decir se trata de aspectos vinculados a sus deberes en la relación de empleo público y si bien es cierto que ocupa el cargo de Secretaria Gremial de la entidad sindical, lo cierto es que las faltas que le atribuyen no tienen vinculación o nexo causal con la entidad sindical.

Subraya que a la entidad gremial no se le aplicó el llamado de atención, ni se le impuso ninguna sanción, ni fue parte en el procedimiento administrativo.

Alega que no se advierte ningún elemento o indicio de persecución ilegítima a la actora en su carácter de representante gremial.

II- Consideraciones

i- En base a los antecedentes reseñados y tal como ha quedado trabada la litis, corresponde expedirse en primer lugar sobre la defensa de falta de legitimación sustancial activa de la Asociación del Personal de los Organismos de Control (APOC) planteada por el Honorable Tribunal de Cuentas de Mendoza.

En este aspecto se señala que mediante la presente acción procesal administrativa la Asociación del Personal de los Organismos de Control y la Sra. Adriana Margarita Fondere, pretenden la nulidad del Acuerdo N° 6480 que rechaza en lo sustancial el recurso de revocatoria planteado por la actora y por APOC, contra la decisión de la Dirección de Cuentas de fecha 17/04/19, en actuación N° 7824 “Vencimiento de plazos- incumplimiento referente Cont. Adriana Fondere”, mediante la cual se le efectúa un llamado de atención a la Contadora Adriana Margarita Fondere.

En los considerandos de la norma cuestionada se expresa que a fs. 76/92 el Dr. Luis Horacio Cuervo, en representación de la APOC Seccional Mendoza, promueve recurso de revocatoria en contra de la nota por la que se comunica un llamado de atención a la Contadora Fondere y aduce que la legitimación activa surge de la supuesta violación a la actividad y representación gremial que activamente desempeña la Sra. Fondere, siendo ello violatorio de la libertad sindical.

En la presente acción procesal administrativa,

APOC legitima su intervención con fundamentos en la vulneración de sus derechos, ya que aduce la existencia de una persecución ilegítima contra su secretaria gremial Sra. Fondere, y otros delegados o representantes con distintas funciones, y también porque fue parte integrante del recurso de revocatoria originario y el Honorable Tribunal de Cuentas nada dijo al respecto, admitiendo por tanto la legitimación de APOC.

Asimismo manifiesta que el objeto de la acción se vincula con los intereses sindicales que son el objeto propio de la actividad del sindicato y por tanto si su actividad sindical, en sus diversas expresiones es lesionada, cuestionada, afectada o cercenada en la actividad de sus representantes o sus agremiados genera automáticamente legitimidad sustancial y procesal para defender esa actividad.

Tales argumentos a criterio de este Ministerio Público Fiscal resultan suficientes para justificar la legitimación de la mencionada Asociación en la presente causa, toda vez que la Ley N° 23.551 de Asociaciones Sindicales establece que las entidades sindicales con personería gremial tienen como derecho exclusivo: *"Defender y representar ante el Estado y los empleadores los intereses individuales y colectivos de los trabajadores"* (art. 2), por lo que corresponde rechazar la excepción planteada.

ii) En segundo lugar corresponde analizar la falta de legitimación sustancial pasiva interpuesta por el Gobierno de la Provincia de Mendoza a fs. 87/88 de autos, quien sostiene que carece de titularidad en la relación jurídica sustancial en que se funda la pretensión por cuanto el Honorable Tribunal de Cuentas de la Provincia por mandato constitucional es un Organismo Constitucional de Control Extrapoder (art. 181 y sgtes. Constitución Provincial de Mendoza) y es una entidad con autonomía, jurisdicción, facultades y responsabilidad propia (Ley 1003).

Tal fundamento a criterio de este Ministerio Público Fiscal resulta acertado, por lo que corresponde hacer lugar a la excepción articulada.

iii- En lo sustancial, analizadas las presentes actuaciones, los argumentos esgrimidos por las partes en litigio y los elementos de juicio incorporados a la causa, este Ministerio Público Fiscal realiza las siguientes consideraciones:

i) V.E. en reciente fallo de esta misma Sala (Expte. N° 13-05386849-9, “Asociación Trabajadores del Estado (ATE) en J 161230 Asociación Trabajadores del Estado (ATE) y ots. c/ Municipalidad de Ciudad de Mendoza p/ Amparo Sindical p/ Recurso Extraordinario Provincial”, 1/06/2023) ha expresado como lineamientos respecto a la tutela sindical:

- que cualquier medida que se disponga respecto de representantes sindicales debe contar con la anuencia judicial, mediante el previo trámite de exclusión ya referido y, ante su omisión, la conducta de la empleadora es nula por objeto prohibido.

- que el derecho positivo argentino ha seguido una corriente preventiva, limitante de las atribuciones de dirección, disciplinaria y de revisión del empleador, al vedarle de disponer directamente medidas contractuales, cuando el trabajador goza de tutela sindical (art. art. 48 y 52 Ley 23.551, véase Bof, Jorge A., “Acciones tutelares de la libertad sindical”, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1991, pág.148/150).

- que tal legislar reconoce sustento en el artículo 14 bis (“...los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo...”) y en el artículo 75.22 de la Constitución nacional (v.gr. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo XXII; Declaración Universal de Derechos Humanos, artículos 20 y 23, párrafo 4°; Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 16; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 8; y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 22). Esa exigencia también se desprende de acuerdos internacionales. Así, en la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales o Declaración de los Derechos Sociales del Trabajador (adoptada en Río de Janeiro, Brasil, en 1947), artículo 26, apartado 4°, se acordó que: “Los miembros de las directivas sindicales, en el número que fije la respectiva ley, y durante el período de su elección y mandato, no podrán ser despedidos, trasladados de empleo, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, sino por justa causa, calificada previamente por la autoridad competente./”

- que la duda acerca de si corresponde o no llevar a cabo el trámite de exclusión de tutela debe ser decidida en sentido favorable al representante gremial (S.C.J.,S.II, 21/02/2015, autos “Salas”, N°: 13-02848384-2; 24/08/2015, “Asociación de Trabajadores del Estado”, N° 13-00836724-2;

27/06/2016, “Gudiño”, autos N° 114.141; 27/06/2016, “Quiroga”, N° 13-02086377-8; 01/08/2017, “Cortez”, N° 13-02086395-6/1).

ii) Tales pautas a criterio de esta Procuración General resultan de aplicación al caso concreto, en el cual no resulta un hecho controvertido que la Contadora Adriana Fondere se encuentra amparada por la protección que le confiere la Ley de Asociaciones Sindicales.

El art. 52 de la Ley N° 23.551, otorga una protección especial a todos los delegados y dirigentes gremiales (Cfr: Grisolia, Julio, “Derecho del trabajo y de la seguridad social”, t. II, p. 1.597), constituyéndose, sin duda, en la clave operatoria de todo el sistema protectorio de la libertad sindical y de los derechos de los trabajadores inherentes a ella, en relación con las eventuales prácticas que pudieren llevar a cabo sus respectivos empleadores, con la finalidad de impedir, dificultar, obstaculizar o restringir el libre ejercicio de su actividad sindical o de adoptar represalias con el propósito de inducirlos o presionarlos a que desistan de esas actividades en lo sucesivo, o bien para desalentar a otros trabajadores de la empresa o establecimiento que sientan inclinación a participar en esas actividades. Las decisiones o actos que requieren la autorización judicial previa para su validez -ámbito material del artículo en trato-, son los despidos, las suspensiones y las modificaciones en las condiciones de trabajo (Cfr: Corte, Néstor T., “El modelo sindical argentino”, pp. 480 y 483).

Ricardo O. González (h.), en su comentario sobre “La objeción de conciencia en el derecho del trabajo: medidas disciplinarias aplicadas a un delegado gremial”, publicado en J.A. 2.001-I-205, incluye en el concepto de suspensión, a cualquier otra medida disciplinaria, incluso el apercibimiento, “ya que si así no fuese, el trabajador garantizado podría ser continuamente hostigado por el empleador, mediante medidas disciplinarias, menores a la suspensión pero que molestan o perjudican su horizonte mental”).

iii) No empece a ello la circunstancia de que se haya efectuado un llamado de atención, cuya naturaleza se discute (si es técnicamente o no una sanción), por cuanto el mismo tiene como origen un informe que eleva la Directora de Cuentas en el cual destaca que no obstante los plazos incumplidos, la agente se ha ausentado en varias oportunidades con licencias con diferen-

tes encuadres, entre las que menciona la gremial, vinculando en cierta medida el llamado de atención con la actividad gremial de la actora.

Por ello, atento a las consideraciones apuntadas respecto a la tutela sindical, esta Procuración General entiende que correspondería hacer lugar a la demanda interpuesta por la Asociación del Personal de los Organismos de Control (APOC) y la Contadora Adriana Margarita Fondere.

III.- Dictamen

Por lo expuesto, esta Procuración General considera que V.E. debería rechazar la defensa de falta de legitimación sustancial activa de la Asociación del Personal de los Organismos de Control (APOC) planteada por el Honorable Tribunal de Cuentas de Mendoza; admitir la defensa de falta de legitimación sustancial pasiva interpuesta por el Gobierno de la Provincia de Mendoza la Provincia de Mendoza y hacer lugar a la demanda interpuesta por la Asociación del Personal de los Organismos de Control (APOC) y la Contadora Adriana Margarita Fondere, conforme las consideraciones vertidas en el acápite anterior.

Despacho, 14 de junio de 2023.