

***Restricciones al derecho de huelga en los servicios esenciales: el fallo A.M.PRO.S. de la
Cámara 7ª del Trabajo de Mendoza***

Claudio E. Guñazú

Sumario: I. Introducción. La propiedad social y el derecho de huelga. I.I. La huelga y los servicios esenciales en los sistemas de protección de derechos humanos. I.II. El régimen vigente en Argentina. II. Aproximación al caso. III. El fallo de la Cámara del trabajo mendocina. IV. Cuestionario. V. Bibliografía.

I. Introducción. La propiedad social y el derecho de huelga

La concepción de individuo acuñada en la modernidad se configuró sobre el soporte de la propiedad privada como presupuesto de una existencia plena y autónoma, puesto que era la condición de *propietario* la que aseguraba efectivamente al sujeto la no dependencia personal y la posibilidad de desarrollar sus capacidades e iniciativas. A partir de la propiedad privada el hombre deviene propietario y puede acceder a la propiedad de sí, con la consiguiente posibilidad de autodeterminarse, convirtiéndose en ciudadano¹. El *trabajador*, en cuanto no propietario, sólo disponía de su capacidad de trabajo, no podía asegurar su existencia como individuo independiente según sus propias determinaciones, quedando desprotegido ante los riesgos sociales, relegado a la condición de ciudadano *pasivo*, y a la dependencia de otro, o a la miseria. El desarrollo de la modernidad estuvo signado por la oposición propietario/no propietario, o propiedad/trabajo. Los efectos de esta oposición fueron superados, o atenuados, mediante la creación de lo que Castel denomina la *propiedad social*, comprensiva de una vasta red de protecciones sociales, tales como la seguridad social, los propios derechos sociales, el derecho del trabajo, los servicios públicos y un conjunto de bienes colectivos provistos por la sociedad y puestos a disposición de los no propietarios, asegurándoles un mínimo de recursos.

“La propiedad social entendida como aseguradora -`un mínimo de propiedad´ como dice explícitamente Alfred Fouillé- ha procurado a aquellos que estaban afuera de la propiedad privada, y en primer lugar a los trabajadores que no tenían otra cosa que su

¹ Mediante su teoría de la apropiación Locke ha sido uno de los primeros en desarrollar explícitamente esta concepción del individuo, cuando sostenía que “...es evidente que aunque las cosas de la naturaleza hayan sido dadas en común, el hombre (como dueño de sí mismo y propietario de su persona y de las acciones o trabajo aplicado a aquélla) poseía en sí mismo el gran fundamento de la propiedad...”. LOCKE, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*, trad. de Sergio Albano, Ed. Gradifco, Buenos Aires, 2005, § 44, p. 57.

trabajo, los recursos necesarios para comenzar a existir por y para ellos mismos. Ella permitió así la generalización o la democratización de la capacidad del individuo para desarrollar estrategias personales, porque él había franqueado la barrera de la miseria y de la dependencia. Cuando dichas protecciones se realizan en la sociedad salarial, la oposición propietario/no-propietario no es abolida (no ha habido ni colectivismo ni reparto de la propiedad). Pero los trabajadores, convertidos en asalariados protegidos por el derecho del trabajo y la protección social, parecen asegurados contra los principales riesgos sociales y provistos de los recursos mínimos para conducir sus destinos. La propiedad privada no es más el único soporte para existir positivamente como un individuo. La propiedad social, podríamos decir, permite a los no-propietarios acceder a la propiedad de sí, tener esta capacidad de ser propietarios de su persona -lo que Locke y la tradición del 'individualismo positivo' reservaban, al menos implícitamente, a los propietarios privados-. La sombra expandida por esta hegemonía de la propiedad privada era la miseria y la indignidad de la clase 'no propietaria' que, de ahora en más, la propiedad social permite disolver”².

Mediante la propiedad social el individuo es insertado en diversos sistemas de regulaciones jurídicas, a través de los cuales se desarrolla el Estado social que ha venido a reconfigurar la concepción moderna de aquél. Ahora tal status no deviene sólo de la protección y seguridad que dispensa la propiedad privada, sino además de la colectivización de protecciones y seguridades, que cubren -principal aunque no exclusivamente- al trabajador no propietario; ahora individuo y ciudadano. El trabajo deja de ser una mera relación técnica de producción, y adquiere un carácter socialmente estratégico, puesto que define el modo de vida de un sujeto, funcionando como *soporte privilegiado de inscripción en la estructura social*³. Es una buena razón para dotar al trabajo de una tutela jurídica *preferente*, extensiva a sus medios de protección colectiva como la libertad sindical y el derecho de huelga; respondiendo a las exigencias de una sociedad más igualitaria y democrática. Esta preferencia no implica necesariamente

² De los comentarios de Robert Castel en las *conversaciones* con Claudine Haroche sobre la construcción del individuo moderno. CASTEL, Robert y HAROCHE, Claudine, *Propiedad privada, propiedad social, propiedad de sí mismo*, trad. de Alejandro Moreira, Ed. Homo Sapiens, Rosario, 2003, p. 50.

³ “Existe, en efecto ...una fuerte correlación entre el lugar que se ocupa en la división social del trabajo y la participación en la red de sociabilidad y en los sistemas de protección que ‘cubren’ a un individuo ante los riesgos de la existencia”. CASTEL, Robert, *Las metamorfosis de la cuestión social*, trad. de Jorge Piatigorsky, Paidós, Buenos Aires, 1997, p. 15. “(E)l trabajo es más que una fuente de recursos económicos: constituye el ámbito de socialización por excelencia de las personas, el que organiza su cotidianeidad y la de sus hogares, y les garantiza un lugar en esta sociedad”. BECCARIA, Luis, *Empleo e integración social*, Ed. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2001, p. 10.

asignarles carácter absoluto e ilimitado, pero sí una mayor cotización ante eventuales tensiones con otros derechos.

El derecho de huelga suele experimentar limitaciones gravosas cuando su ejercicio alcanza a los denominados servicios esenciales, y existe cierta dificultad para precisar razonablemente tales límites, prestando debida consideración a su tutela preferente. La cuestión incursiona de diversos modos en los intersticios de la propiedad social⁴; y presenta un grado de complejidad que no resulta satisfactoriamente expuesto si se la reduce a un mero conflicto entre capital (propiedad privada) y trabajo. En muchos casos, esa relación también puede ser abordada como una tensión entre derechos sociales, y en el marco de la propiedad social, sea que se considere a tales derechos en conflicto (vgr. huelga vs. derecho a la salud, al agua, etc...), u ordenados bajo algún tipo de armonía, si se repara en que históricamente han sido las luchas del movimiento obrero organizado las que han conquistado muchos de los derechos sociales, beneficiando así a todo el universo de los no propietarios⁵. En estos casos, fijar limitaciones a la huelga constituye un desafío para el Estado social, que debe mantener cierto equilibrio entre los sistemas que conforman su red de protecciones, y entre los derechos en juego. Si resultan excesivas se cercenará un derecho socialmente estratégico para todos los no propietarios. Si, por el contrario, tales limitaciones son insuficientes, se puede incumplir con la satisfacción inmediata de ciertos derechos sociales. Pero lo relevante es que en ambos supuestos el Estado social estará faltando a sus funciones primordiales, y menoscabando de diversos modos la justicia social.

Existe todavía una complejidad adicional, en virtud del surgimiento de una nueva concepción de individuo, los *consumidores* -y usuarios-, que disputa la identidad colectiva

⁴ En efecto, la huelga integra el elenco de protecciones colectivas inherentes a la protección jurídica del trabajo. Además, muchas de las actividades usualmente calificadas como servicios esenciales constituyen satisfactores básicos de derechos sociales, como el acceso a la salud y a la asistencia sanitaria, y el acceso al agua potable. Asimismo, si bien la doctrina especializada se ha ocupado de precisar que hoy resulta inadmisibles identificar a los servicios esenciales con los servicios públicos, existen algunos supuestos en que tal calificación puede recaer sobre éstos, como sucede con los denominados “servicios públicos de importancia trascendental”. Y aún en los supuestos de servicios prestados por empresas particulares, las razones que pueden justificar calificarlos de esenciales se orientan más en proteger la propiedad social que la propiedad privada.

⁵ “A través de huelgas, manifestaciones y relaciones de fuerza, los sindicatos obreros se han esforzado por vender la fuerza de trabajo a un mejor precio. Instalaron la idea según la cual la redistribución de la riqueza era mucho más legítima que el hecho de que la fortuna de unos reposara sobre la explotación de otros... La justicia social no era solamente una cuestión de moral y de compasión hacia los más pobres; era una redistribución legítima, una suerte de nivelación en un juego de suma cero. La fuerza de esta representación viene de eso que se ha extendido progresivamente al conjunto del mundo del trabajo, ya que los derechos sociales conquistados por algunos deben ser aprovechados por todos, incluyendo a quienes no tengan los medios para luchar por ellos”. DUBET, François, *Repensar la justicia social*, trad. de Alfredo Grieco y Bavio, Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2010, p. 22.

de los trabajadores y ciudadanos; en virtud del nuevo perfil de las sociedades actuales, que han pasado a privilegiar más el consumo que la producción⁶; y cuyos derechos se consideran usualmente en pugna con los de los trabajadores cuando una huelga recae sobre servicios esenciales.

I.I. La huelga y los servicios esenciales en los sistemas de protección de derechos humanos

A diferencia de otros derechos sociales, el derecho de huelga presenta la particularidad de tener una estructura que lo asemeja a los denominados derechos de libertad⁷; aunque este rasgo no ha impedido que los instrumentos internacionales de derechos humanos contemplen expresamente la posibilidad de su limitación. El art. 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) consagra expresamente el derecho de huelga “...ejercido de conformidad con las leyes de cada país” (ap. 1, inc. d); al tiempo que el art. 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) lo hace implícitamente al reconocer la libertad sindical⁸. Ambos pactos establecen que las restricciones a este derecho deben ser previstas por ley, y ser *necesarias* en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para proteger los derechos y libertades ajenos⁹. Las exigencias que debe satisfacer un Estado para limitar el derecho de huelga y otros derechos sindicales son mayores que las que condicionan la restricción de otros derechos, distinción que surge evidente en el PIDESC, contrastando el art. 8, ap. 1, inc. c) con el art. 4¹⁰. Estas exigencias son complementadas

⁶ Sobre la *sociedad de consumidores*, y la diferencia entre los “síndromes” *consumista* y *productivista*, ver BAUMAN, Zygmunt, *Vida líquida*, trad. de Albino Santos Mosquera, Ed. Paidós, Buenos Aires, 2007, ps. 111 y ss.

⁷ Al respecto, ver PECES-BARBA, Gregorio, “Reflexiones sobre los derechos sociales”, en Alexy, Robert y otros, *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007, p. 93.

⁸ Aunque resultaría discutible el reconocimiento del derecho de huelga por el PIDCP, puesto que en 1986 el Comité de Derechos Humanos declaró inadmisibles -pese a la opinión discrepante de cinco de sus miembros- una denuncia que presuponía el reconocimiento implícito de la huelga en la referida disposición. Para ello se valió de los trabajos preparatorios que precedieron el PIDCP. (caso *J. B. y otros c. Canadá*, párrs. 6.3 y 6.4, 1986). Sin embargo, en el Informe A/48/40 sobre Irlanda expresó que el derecho de huelga de los funcionarios públicos resultaba excesivamente restringido (párr. 609).

⁹ Arts. 8, ap. 1, inc. c), PIDESC; y 22, ap. 2, PIDCP. Ante la vaguedad de tales expresiones, los *Principios de Siracusa* de 1984, los *Principios de Limburgo* de 1986 y las *Directrices de Maastricht* de 1997 se han ocupado de precisar su alcance, restringiendo la potestad estatal de establecer limitaciones.

¹⁰ Expresan los *Principios de Limburgo* que “(a)demás de los principios interpretativos mencionados bajo el artículo 4 relativos a la frase ‘en una sociedad democrática’, el artículo 8 impone una mayor restricción sobre un Estado Parte que ejerza limitaciones sobre los derechos sindicales. Dicho artículo exige que esa limitación sea de hecho necesaria. El término ‘necesaria’ implica que la limitación: responda a una urgente necesidad pública o social; persiga un objetivo legítimo; y sea en proporción a dicho objetivo” (Principio 60); y que “(c)ualquier evaluación en cuanto a la necesidad de una limitación se basará en consideraciones objetivas” (Principio 61).

por las obligaciones emergentes del *principio de progresividad* establecido en el art. 2, ap. 1 del referido pacto, entre las que se cuentan la de *mejorar continuamente el disfrute de los derechos por parte de los individuos*, y la de *abstenerse de tomar medidas deliberadamente regresivas*¹¹.

Ambos pactos contienen una *cláusula de salvaguardia*, dejando a resguardo las garantías previstas por el Convenio 87 de la OIT sobre libertad sindical, al que hacen expresa remisión¹². De este modo, el referido convenio ha quedado incorporado a los pactos, funcionando como un piso mínimo de tutela de la libertad sindical, aunque esto no significa que ciertas medidas por sobre tal piso no sean exigibles a los Estados según el PIDESC, en virtud del mentado *principio de progresividad*, y atento que tal convenio constituye un piso más no un techo. Para el monitoreo de las normas y prácticas que restrinjan el derecho de huelga, quedan habilitados tanto el Comité de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales¹³ -órganos de control del PIDCP y del PIDESC, respectivamente-, como la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) y el Comité de Libertad Sindical (CLS) -ambos, órganos de control de la aplicación de normas de la OIT-¹⁴. Pero son estos últimos dos organismos los que más han contribuido a precisar los alcances del Convenio 87 y del derecho de huelga¹⁵, y las condiciones bajo las cuales puede ser limitado su ejercicio en los

¹¹ Ver SEPÚLVEDA, Magdalena, “La interpretación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la expresión ‘progresivamente’”, en Courtis, Christian (Compilador), *Ni un paso atrás*, CEDAL-CELS, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, ps. 117 a 150.

¹² Art. 8, ap. 3, PIDESC: “*Nada de lo dispuesto en este artículo autorizará a los Estados Partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948, relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación a adoptar medidas legislativas que menoscaben las garantías previstas en dicho Convenio o a aplicar la ley en forma que menoscabe dichas garantías*”. El PIDCP contiene una disposición similar en el art. 22, ap. 3.

¹³ Se ha indicado precedentemente que el Comité del PIDCP se ha pronunciado con cierta ambigüedad respecto del derecho de huelga. Por su parte, el Comité DESC ha evaluado la actuación de los Estados al emitir *observaciones finales* a los informes particulares de aquéllos, como aconteció respecto de Ecuador en 2004, oportunidad en que lamentó “...*las limitaciones al derecho de huelga incorporadas al Código de Trabajo...*”. (E/C.12/1/Add.100, párr. 19). A través de *Observaciones Generales* (OG) este último organismo ha precisado y desarrollado el contenido de los derechos del PIDESC, y si bien ha emitido en 2005 la OG N° 18 sobre el derecho al trabajo -reconocido en el art. 6-, aún no se ha pronunciado sobre la libertad sindical y la huelga. “*Los artículos 6, 7 y 8 del Pacto son interdependientes. La calificación de un trabajo como digno presupone que respeta los derechos fundamentales del trabajador. Aunque los artículos 7 y 8 están estrechamente vinculados al artículo 6, serán abordados en observaciones generales independientes...*”. Comité DESC, E/C.12/GC/18, párr. 8.

¹⁴ Para un análisis de los órganos de monitoreo de la OIT ver GIANIBELLI, Guillermo, “El sistema de protección de derechos de la Organización Internacional del Trabajo y sus efectos sobre el ordenamiento interno”, en Abramovich, Víctor; Bovino, Alberto y Courtis, Christian (Compiladores), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local*, CELS, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007, ps. 363 y ss.

¹⁵ Cabe precisar que no hay un Convenio que se ocupe específicamente del derecho huelga; y que ni el Convenio 87, ni el 98 que lo complementa, lo mencionan expresamente. No obstante, tanto la doctrina especializada como la CEACR entienden que este derecho surge del art. 3, inc. 1 del Convenio 87, que

servicios esenciales. Esta labor ha sido determinante puesto que tales condiciones no han sido fijadas por convenio o recomendación alguna de la OIT.

Según la doctrina elaborada por ambos organismos, los supuestos en que el derecho de huelga puede estar sujeto a limitaciones resultan excepcionales y de carácter restrictivo, comprendiendo a los “funcionarios públicos en sentido estricto”, aquéllos que actúan *como órganos del poder público*, o a los servicios cuya interrupción *podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o en parte de la población*¹⁶. Es decir, que han adoptado el concepto estricto o restringido de “servicios esenciales”¹⁷, cuyo empleo dependerá del contexto en que se produce cada conflicto y de las particulares condiciones de cada sociedad. Las limitaciones admitidas en estos supuestos son de diversa intensidad y pueden llegar desde la exigencia de prestar servicios mínimos hasta la prohibición del derecho de huelga. Pero este concepto restringido no ha impedido que tanto el CLS como la CEACR admitan una suerte de aplicación extensiva, cuando se trata de *huelgas cuya extensión y duración pudieran provocar una situación de crisis nacional aguda tal, que las condiciones normales de existencia de la población podrían estar en peligro*¹⁸. También han extendido el concepto a los “servicios públicos de importancia trascendental” para algunos casos en los que resulta necesario *asegurar la satisfacción de las necesidades básicas de los usuarios o el funcionamiento continuo y en condiciones de seguridad de las instalaciones*¹⁹. Ambas hipótesis “extensivas” no constituyen servicios esenciales en sentido estricto, y su verificación depende de las particulares circunstancias de cada caso, admitiendo sólo la exigencia de un servicio mínimo, más no la prohibición de la huelga. Cuando el derecho de huelga experimenta una limitación o supresión en una empresa o servicio considerado esencial, debe asegurarse a los trabajadores *garantías compensatorias* de las restricciones impuestas a su libertad de acción durante el conflicto desencadenado en tal empresa o servicio.

reconoce a las organizaciones de trabajadores y de empleadores el derecho de organizar sus actividades y de formular su programa de acción. En el inc. 2 se establece que “(l)as autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal”. Por su parte, el art. 8, inc. 2 dispone que “(l)a legislación nacional no menoscabará ni será aplicada de suerte que menoscabe las garantías previstas por el presente Convenio”.

¹⁶ Ver ERMIDA URIARTE, Oscar, “La huelga y la solución de los conflictos colectivos en los servicios esenciales”, en DT 1989-B, ps. 2119 y ss.

¹⁷ Haciendo una aplicación restringida del concepto, el CLS y la CEACR han descalificado como servicios esenciales al transporte, la educación, la metalúrgica, los bancos, las actividades agrícolas y los establecimientos petroleros; al tiempo que han considerado esenciales a los servicios de abastecimiento de agua y energía eléctrica, el control del tráfico aéreo, los servicios telefónicos y los hospitales.

¹⁸ ERMIDA URIARTE, Oscar, op. cit.

¹⁹ TRIBUZIO, José E., “El servicio público de importancia trascendental”, en DT 2009 (noviembre), ps. 30 y ss.

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el derecho de huelga es reconocido por la Carta de la OEA (art. 45, inc. c), por la Carta Americana de Derechos Sociales (art. 27) y por la Declaración Sociolaboral del Mercosur (art. 11)²⁰. El Protocolo de San Salvador (PSS) -que complementa a la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) respecto de los derechos económicos, sociales y culturales- consagra este derecho en el art. 8, ap. 1 inc. b), estableciendo en el ap. 2 que su ejercicio, al igual que la libertad sindical, “...*sólo puede estar sujeto a las limitaciones y restricciones previstas por la ley, siempre que éstos sean propios a una sociedad democrática, necesarios para salvaguardar el orden público, para proteger la salud o la moral públicas, así como los derechos y las libertades de los demás. Los miembros de las fuerzas armadas y de policía, al igual que los de otros servicios públicos esenciales, estarán sujetos a las limitaciones y restricciones que imponga la ley*”. A diferencia de los pactos y el Convenio 87, el PSS establece expresamente la facultad estatal de restringir el derecho de huelga en los servicios esenciales, aunque circunscribiéndolos al universo de los servicios públicos²¹. Al igual que en el sistema de Naciones Unidas, las restricciones a este derecho resultan más exigentes que las de otros derechos, si se comparan los términos del art. 8, ap. 2 del PSS con los arts. 30 y 32, ap. 2 de la CADH²², que no emplean la voz “necesarios”²³.

El *principio de progresividad* ha sido establecido por los arts. 1 del PSS y 26 de la CADH²⁴, por lo que también aquí las limitaciones que impongan los Estados al derecho de huelga no pueden importar un retroceso respecto del régimen anterior vigente. El Sistema Interamericano presenta un diseño deficitario para garantizar los derechos económicos,

²⁰ Estos tres instrumentos admiten limitaciones legales al ejercicio de la huelga, agregando el art. 11 de la Declaración que “...*(l)os mecanismos de prevención o solución de conflictos o la regulación de este derecho no podrán impedir su ejercicio o desvirtuar su finalidad*”.

²¹ La expresión “*servicios públicos esenciales*”, empleada en el PSS, no se ajusta a los estándares fijados por el CLS y la CEACR, que han adoptado un concepto estricto calificando como servicios esenciales a ciertas actividades prestadas por empresas privadas, aún cuando no constituyan servicios públicos. Debe recordarse que no toda huelga en los servicios públicos compromete servicios esenciales; y que no todo servicio esencial debe ser necesariamente un servicio público o una actividad del Estado. Sobre el particular, ver ERMIDA URIARTE, Oscar, op. cit.; y MANSUETI, Hugo R., “Huelga en los servicios esenciales en la Argentina”, en *DT* 2007 (abril), ps. 400 y ss.

²² Sobre los alcances de los arts. 30 y 32, ap. 2 de la CADH ver FAUR, Marta R., “Limitaciones permanentes a los derechos en el sistema interamericano de derechos humanos”, en Ortiz Pellegrini, Miguel A. (Director), *Limitaciones a los derechos humanos*, Ed. Alveroni, Córdoba, 2003, ps. 52 y ss.

²³ Resultan aplicables aquí los *Principios de Limburgo*, a mérito de lo expresado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-1/82 de 1982, acerca del significado de la expresión “*otros tratados*” contenida en el art. 64, ap. 1 de la CADH.

²⁴ En virtud de la remisión que esta disposición efectúa a la Carta de la OEA, que reconoce el derecho de huelga en el art. 45, inc. c), cabría afirmar que este derecho forma parte de la CADH.

sociales y culturales en la región; déficit que subsiste respecto del derecho de huelga, puesto que el PSS lo ha excluido expresamente del acceso a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) mediante el sistema de peticiones individuales previsto por la CADH. Tal acceso sólo está habilitado para la libertad sindical y el derecho a la educación, aunque se reconoce a la CIDH la facultad de formular observaciones y recomendaciones sobre todos los derechos²⁵. Esta limitación no obsta que ambos organismos puedan intervenir en casos en los que esté comprometido el derecho de huelga, pero en conexión con alguna disposición incluida en su competencia, como la prohibición de discriminación (art. 1, ap. 1 CADH), la protección judicial (art. 25 CADH), etc. Lo que de hecho ha sucedido en algunas oportunidades.

La Corte IDH tuvo oportunidad de pronunciarse sobre violaciones a derechos humanos relacionadas con el derecho de huelga y la libertad sindical en el caso *Baena vs. Panamá* (2001), oportunidad en que valoró incluso que “...los servicios públicos esenciales no se vieron afectados en el transcurso del paro efectuado el 5 de diciembre de 1990...”, e invocó disposiciones de la OIT²⁶. En el caso *Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú* (2006) el tribunal supranacional analizó la violación del derecho a la protección judicial, relacionado con ceses y despidos de trabajadores municipales de Lima por participar en una huelga declarada ilegal²⁷. Por su parte, la CIDH en el caso *García Fajardo y otros c. Nicaragua* (2001), emitió un discutible informe con motivo del despido

²⁵ El art. 19, ap. 6 del PSS dispone que “(e)n el caso de que los derechos establecidos en el párrafo a) del artículo 8 y en el artículo 13 fuesen violados por una acción imputable directamente a un Estado parte del presente Protocolo, tal situación podría dar lugar, mediante la participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y cuando proceda de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. El ap. 7 agrega que “(s)in perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos podrá formular las observaciones y recomendaciones que considere pertinentes sobre la situación de los derechos económicos, sociales y culturales establecidos en el presente Protocolo en todos o en algunos de los Estados partes, las que podrá incluir en el Informe Anual a la Asamblea General o en un Informe Especial, según lo considere más apropiado”.

²⁶ Corte IDH, Caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, Sentencia de reparaciones, del 2 de febrero de 2001, Serie C Nº 72, párr. 88, ap. f. Cabe precisar que la Corte no aplicó el PSS por considerar que no había entrado en vigor para Panamá (párrs. 95-99); y omitió invocar el art. 45, inc. c) de la Carta de la OEA. A los efectos de examinar si se vulneró la libertad sindical (como modalidad de libertad de asociación, art. 16 CADH), en los párrs. 156 a 173, el tribunal citó el Preámbulo de la Constitución de la OIT, los Convenios 87 y 98, y los pronunciamientos del CLS y de la CEACR en el caso Nº 1569 contra Panamá, que cuestionan los despidos masivos de dirigentes sindicales y trabajadores del sector público, motivados en el paro del 5 de diciembre de 1990, y la Ley 25 en la que se fundaron tales despidos. Afirmó además que la libertad sindical integra el *corpus juris* de derechos humanos (párr. 158).

²⁷ Corte IDH, Caso *Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú*, Sentencia de reparaciones del 7 de febrero de 2006, Serie C Nº 144. En esta oportunidad el tribunal consideró que no se había vulnerado la libertad sindical, y no invocó el PSS ni disposiciones de la OIT.

de empleados de aduanas, en virtud de la declaración ilegal de una huelga, por tratarse de trabajadores de un servicio público²⁸. Pero en 1987 examinó la compatibilidad del art. 110 de la Constitución de Paraguay con los principios de libertad sindical reconocidos por la OIT, sosteniendo que el empleo de conceptos ambiguos como *procedimientos democráticos*, o ampliamente restrictivos como *exclusivamente para la defensa de los intereses gremiales* podían dar lugar a una “*severa limitación*” del derecho de huelga²⁹.

I.II. El régimen vigente en Argentina

El derrotero seguido por la legislación argentina en la materia ha pasado desde la calificación de la huelga como delito cuando afectase servicios públicos, hasta su reconocimiento como derecho, aunque sujeto a ciertas restricciones ante los servicios esenciales. Y en este tortuoso proceso, al igual que en otras áreas del derecho, los gobiernos de facto imprimieron su particular impronta³⁰. Un rasgo significativo tanto de la legislación de jure como de facto ha sido su falta de eficacia, tal vez porque, en algún sentido, la huelga implica una modalidad de resistencia colectiva que -como tal- no se ajusta fácilmente a los cauces normativos³¹.

A nivel constitucional, el derecho de huelga recién fue reconocido en 1957 en el art. 14 bis -párrafo segundo-³², aunque sin pronunciarse sobre sus alcances en los servicios

²⁸ Consideró que, pese a la intrínseca relación entre la libertad de asociación sindical y el derecho de huelga, “(e)l hecho de que el Estado negara la posibilidad de ir a huelga, no restringió a los trabajadores para ejercer su derecho de asociación, toda vez que es en esa capacidad de asociados a un sindicato que presentaron el recurso ante la Corte Suprema de Justicia y éste fue admitido” (párr. 106). Sin embargo, en las conclusiones afirmó que se habían vulnerado “...los derechos a las garantías judiciales, a la protección judicial, y los derechos económicos, sociales y culturales, protegidos por los artículos 8, 25, y 26...” de la CADH (párr. 112, ap. 2). CIDH, Informe N° 100/01, Caso 11.381, *Milton García Fajardo y otros c. Nicaragua*, 11 de octubre de 2001.

²⁹ CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay* (OEA/Ser.L/V/II.71), 28 de septiembre de 1987.

³⁰ A título de ejemplo, cabe mencionar el Decreto de facto N° 536 de 1945, que calificaba como delito contra el Estado y la seguridad nacional a la promoción de una huelga en organismos del Estado o empresas oficiales o particulares que tuvieran a su cargo servicios públicos. La Ley de facto N° 21.261 de 1976 dispuso la suspensión del derecho de huelga en todo el territorio nacional, así como toda otra medida de fuerza que de cualquier manera pudiera “afectar la producción”, expresión ilustrativa de las prioridades del gobierno de entonces. Ese mismo año, la Ley de facto N° 21.400 tipificó el delito de huelga cuando ésta se realizase durante el estado de sitio. El citado decreto fue derogado en 1955 por otro Decreto-ley de facto N° 4551/55; al tiempo que las leyes de 1976 fueron derogadas en 1983 por la Ley N° 22.825.

³¹ Para una descripción más detallada del proceso legislativo reglamentario de la huelga en los servicios esenciales en Argentina, ver ACKERMAN, Mario E., “El derecho de huelga y los derechos de todos”, en *LL* 2005-E, 1288 y MANSUETI, Hugo R., “Huelga en los servicios esenciales en la Argentina”, op. cit.

³² “Queda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga”. A diferencia de los derechos enunciados en los arts. 14 y 14 bis primer párrafo, el ejercicio del derecho de huelga no ha sido subordinado a la intervención del Congreso.

esenciales, a diferencia de otras constituciones iberoamericanas³³. Esto no obsta que su ejercicio no pueda ser objeto limitaciones ante tales supuestos, puesto que no se trata de un derecho absoluto; limitaciones que deberán adecuarse al art. 28 C.N., respetando los principios de legalidad y *razonabilidad*. Pero que no se trate de un derecho absoluto no significa que sea un derecho más; su tutela preferente le confiere un mayor peso o cotización ante eventuales tensiones con otros derechos. Y una restricción a la huelga sólo será razonable si da cuenta de este carácter preferencial. Esto explica porqué ciertos daños son admisibles, si son consecuencia directa del ejercicio de este derecho³⁴. Las mayores exigencias para restringir tal derecho -derivadas de los arts. 8 del PIDESC y 22 del PIDCP- tienen jerarquía constitucional en virtud del art. 75, inc. 22 C.N., al igual que el *principio de progresividad* que las robustece (arts. 2, ap. 1 PIDESC y 26 CADH)³⁵. Asimismo, de conformidad con la *cláusula de salvaguardia* contenida en ambos pactos, el Convenio 87 de la OIT ha adquirido rango supremo en el derecho argentino, como tratado de derechos humanos “constitucionalizado”, cuyas *condiciones de vigencia* estarían dadas por la interpretación y aplicación efectuadas por el CLS y la CEACR³⁶. Este plexo normativo, que prevalece sobre otros instrumentos internacionales y sobre disposiciones de rango legal, es enriquecido y desarrollado por la jurisprudencia -lato sensu- de los organismos de control habilitados para monitorear las limitaciones al derecho de huelga ante los servicios esenciales³⁷, cuyos pronunciamientos interactúan entre sí y con el derecho interno argentino.

Por otra parte, el art. 42 C.N. reconoce a los *consumidores y usuarios* de bienes y servicios, ciertos derechos *en la relación de consumo*³⁸ -a la protección de la salud, seguridad e intereses económicos, a una información adecuada y veraz, y a la calidad y eficiencia de los servicios públicos-; al tiempo que el tercer párrafo establece ciertos

³³ Ver Constitución española, art. 28, inc. 2; Constitución de Brasil, art. 9, inc. 1º; y Constitución de Paraguay, art. 98.

³⁴ El estándar emergente del art. 19 C.N., respecto de las conductas que *de algún modo perjudiquen a un tercero*, admite una lectura particular en la huelga. De otro modo no sería constitucionalmente aceptable este derecho, si reparamos en que toda huelga implica *de algún modo* un daño.

³⁵ Con jerarquía suprallegal pero infraconstitucional los arts. 1 y 8, ap. 2 y del PSS complementan estas exigencias.

³⁶ Ver MUGNOLO, Juan P., “El Convenio 87 en el sistema de Derecho del Trabajo”, en *RDLSS 2004-22-1659*.

³⁷ A nivel universal, el Comité de DDHH, el Comité DESC, el CLS y la CEACR; y a nivel regional interamericano, la CIDH y la Corte IDH.

³⁸ Esta disposición dista mucho de ser política, económica y socialmente incocua, puesto que responde a un nuevo concepto de individuo y ciudadano, afín con el exaltamiento del consumo como rasgo definitorio de la sociedad actual, naturalizando la actividad de consumo -de modo acrítico y superficial- como un hecho dado. Actividad a partir de la cual se define un nuevo sujeto -el consumidor o usuario- titular de derechos-ciudadano; perdiéndose por lo tanto subjetividad, individualidad y ciudadanía si no se consume. Para un análisis crítico más extenso del art. 42 C.N., ver LEWKOWICZ, Ignacio, *Pensar sin Estado. La subjetividad en la era de la fluidez*, Ed. Paidós, Buenos Aires, 2006, ps. 19 a 39.

mandatos para el Congreso y la Administración para prevenir y solucionar conflictos en los servicios públicos³⁹. Esta disposición constitucional proporciona algunas pautas para la restricción legal y reglamentaria de la huelga ante los servicios esenciales -que no se circunscriben a los servicios públicos-, enumerando algunos derechos que pueden entrar en tensión con la huelga en tales supuestos. Pero una restricción razonable tampoco puede soslayar la aplicación de la “nueva cláusula de progreso” incorporada en el art. 75, inc. 19 C.N. que atribuye al Congreso la facultad de “(p)roveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores...”, objetivos éstos que reclaman algún grado de concreción en la modalidad restrictiva adoptada. Naturalmente, en virtud de las mayores exigencias para restringir el derecho de huelga, las disposiciones que limitan su ejercicio deben ser de carácter excepcional e interpretarse de modo restrictivo.

Desde marzo de 2004 rige en Argentina la Ley N° 25.477⁴⁰, que destina el Capítulo III -denominado *Conflictos Colectivos de Trabajo*- a regular los alcances del derecho de huelga en los servicios esenciales mediante una única disposición, el art. 24⁴¹, cuyo párrafo segundo los enumera taxativamente. La mayoría de las actividades enumeradas han sido calificadas como servicios esenciales en sentido estricto por los órganos de la OIT, a excepción de la producción y suministro de gas. Sin embargo, no se ha incluido a los servicios telefónicos, considerados esenciales por tales órganos. El párrafo tercero habilita

³⁹ “La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control”.

⁴⁰ El art. 1° de esta ley derogó el régimen anterior, establecido por la Ley N° 25.250 del año 2000 y su Decreto reglamentario N° 843/2000, aunque este último se mantuvo transitoriamente en vigor hasta el dictado de la reglamentación prevista por el art. 24.

⁴¹ “Cuando por un conflicto de trabajo alguna de las partes decidiera la adopción de medidas legítimas de acción directa que involucren actividades que puedan ser consideradas servicios esenciales, deberá garantizar la prestación de servicios mínimos para evitar su interrupción.

Se consideran esenciales los servicios sanitarios y hospitalarios, la producción y distribución de agua potable, energía eléctrica y gas y el control del tráfico aéreo.

Una actividad no comprendida en el párrafo anterior podrá ser calificada excepcionalmente como servicio esencial, por una comisión independiente integrada según establezca la reglamentación, previa apertura del procedimiento de conciliación previsto en la legislación, en los siguientes supuestos:

a) Cuando por la duración y extensión territorial de la interrupción de la actividad, la ejecución de la medida pudiere poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población.

b) Cuando se tratare de un servicio público de importancia trascendental, conforme los criterios de los organismos de control de la Organización Internacional del Trabajo.

El Poder Ejecutivo Nacional con la intervención del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social y previa consulta a las organizaciones de empleadores y de trabajadores, dictará la reglamentación del presente artículo dentro del plazo de noventa (90) días, conforme los principios de la Organización Internacional del Trabajo”.

la calificación excepcional de actividades no enumeradas, para los supuestos mencionados en los incs. a) y b), delegando tal facultad en una Comisión independiente. Estas hipótesis *extensivas* receptan los estándares fijados por la CEACR y el CLS⁴², reflejando la convergencia e interacción entre el derecho interno e internacional en esta materia. En todos los supuestos la restricción a la huelga pasa por la exigencia de garantizar la prestación de los *servicios mínimos*, de cuya fijación dependerá la mayor o menor extensión del derecho de huelga⁴³.

La disposición recién fue reglamentada mediante el Decreto N° 272, dictado en el mes de marzo de 2006, cuyos considerandos ratifican el carácter taxativo de la enumeración supra citada. El decreto denomina *Comisión de Garantías* al órgano facultado para calificar excepcionalmente los servicios esenciales, estableciendo en cinco (5) el número de sus integrantes, quienes deben gozar de reconocida solvencia y trayectoria en la materia (art. 3). Su designación corresponde al Poder Ejecutivo, a propuesta de entidades representativas de los empleadores, trabajadores, abogados y del ámbito universitario, al tiempo que el quinto miembro es nominado directamente por dicho poder (art. 5). El mandato se extiende por tres años y reviste carácter honorario, estableciéndose ciertas incompatibilidades para asegurar su independencia⁴⁴. Además de la atribución específica de calificar las actividades *asimiladas* a los servicios esenciales, el Decreto le confiere otras facultades de consulta y asesoramiento⁴⁵. La Comisión puede ser convocada por el Ministerio de Trabajo, de oficio o a solicitud de alguna de las partes intervinientes en un

⁴² Tal recepción resulta explícita en el inc. b), en virtud de la expresa remisión a los *criterios* de tales órganos para los servicios públicos de importancia trascendental.

⁴³ Respecto de los servicios esenciales en sentido estricto, la norma adoptó una restricción más favorable que la prevista por la CLS y el CEACR, que admiten hasta la prohibición de la huelga en tales casos. Aunque estos órganos han advertido que exigir un porcentaje excesivamente alto en los servicios mínimos a garantizar equivale en los hechos a una prohibición del derecho de huelga.

⁴⁴ Art. 4°: “*Los integrantes de la Comisión se desempeñarán ad honorem y deberán cumplir con el requisito de independencia. No podrán integrarla los legisladores nacionales, provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, quienes ocupen otros cargos públicos electivos y aquellas personas que ejerzan cargos de dirección o conducción en partidos políticos, en asociaciones sindicales o en organizaciones de empleadores*”.

⁴⁵ El artículo 2° faculta a la Comisión de Garantías para: “*a) Calificar excepcionalmente como servicio esencial a una actividad no enumerada en el segundo párrafo del artículo 24 de la Ley N° 25.877, de conformidad con lo establecido en los incisos a) y b) del tercer párrafo del citado artículo. b) Asesorar a la Autoridad de Aplicación para la fijación de los servicios mínimos necesarios, cuando las partes no lo hubieren así acordado o cuando los acuerdos fueren insuficientes, para compatibilizar el ejercicio del derecho de huelga con los demás derechos reconocidos en la Constitución Nacional, conforme al procedimiento que se establece en el presente. c) Pronunciarse, a solicitud de la Autoridad de Aplicación, sobre cuestiones vinculadas con el ejercicio de las medidas de acción directa. d) Expedirse, a solicitud de la Autoridad de Aplicación, cuando de común acuerdo las partes involucradas en una medida de acción directa requieran su opinión. e) Consultar y requerir informes a los entes reguladores de los servicios involucrados, a las asociaciones cuyo objeto sea la protección del interés de los usuarios y a personas o instituciones nacionales y extranjeras, expertas en las disciplinas involucradas, siempre que se garantice la imparcialidad de las mismas*”.

conflicto colectivo (art. 2, in fine). Los arts. 7, 8 y 9 establecen ciertas obligaciones de las partes durante el procedimiento a seguir para la determinación de los servicios mínimos, complementando las previsiones de la Ley N° 14.786⁴⁶. Si las partes no cumplen con estas obligaciones en los plazos indicados, o si los servicios mínimos acordados entre ellas son insuficientes, el art. 10 faculta al Ministerio de Trabajo a fijar tales servicios, en consulta con la Comisión de Garantías.

Tanto en sus considerandos como en su articulado el decreto reglamentario hace numerosas referencias a los usuarios y consumidores, a quienes se califica como terceros damnificados⁴⁷. Por su parte, el art. 12 pone en cabeza de la empresa u organismo considerado esencial el deber de garantizar los servicios mínimos, y ciertas obligaciones destinadas a resguardar los derechos de los usuarios⁴⁸. La *Comisión de Garantías* se constituyó cuatro años más tarde, al dictarse el Decreto N° 362 en marzo de 2010, que designó sus miembros -titulares y alternos- en base a las ternas propuestas por las entidades representativas de los sectores mencionados precedentemente⁴⁹.

II. Aproximación al caso

La Asociación Mendocina de Profesionales de la Salud (A.M.Pro.S.) es un sindicato con personería gremial (N° 1668); agrupa a los profesionales de la salud -cuyas carreras estén reglamentadas por ley- que se desempeñen en relación de dependencia en el ámbito público o privado en la provincia de Mendoza, y forma parte de la Federación Sindical de Profesionales de la Salud de la República Argentina (Fe.S.Pro.Sa.). Durante 2009 se acrecentaron sus enfrentamientos con el gobierno provincial mendocino, lo que dio lugar a un incremento de las medidas de fuerza, confirmando la tendencia general que

⁴⁶ Estas obligaciones comienzan una vez cumplido el requerimiento previsto por el art. 2 de la Ley N° 14.786, y vencido el “período de enfriamiento” de quince días, fijado por el art. 11 de la citada ley.

⁴⁷ Resulta ilustrativo el considerando octavo, según el cual “...con el fin de evitar daños irreversibles y que no guarden proporción con los intereses profesionales de las partes en el conflicto, así como de no causar daños a terceros, es decir, los usuarios o los consumidores que sufren las consecuencias de los conflictos colectivos, resulta razonable instrumentar mecanismos que mantengan el equilibrio en el goce de las libertades involucradas, todas igualmente reconocidas por el constituyente, y en tal sentido garantizar un régimen de prestaciones mínimas en los servicios esenciales...”.

⁴⁸ Deberán “...poner en conocimiento de los usuarios, por medios de difusión masiva, las modalidades que revestirá la prestación durante el conflicto, dentro del plazo de cuarenta y ocho (48) horas, antes del inicio de las medidas de acción directa, detallando el tiempo de iniciación y la duración de las medidas, la forma de distribución de los servicios mínimos garantizados y la reactivación de las prestaciones. Asimismo deberá arbitrar los medios tendientes a la normalización de la actividad una vez finalizada la ejecución de dichas medidas”.

⁴⁹ Propusieron ternas las siguientes entidades: la Unión Industrial Argentina (U.I.A.), la Federación Argentina de Colegios de Abogados (F.A.C.A.), el Consejo Interuniversitario Nacional (C.I.N.), la Central de los Trabajadores Argentinos (C.T.A.) y la Confederación General del Trabajo de la República Argentina (C.G.T.).

experimentaron los conflictos colectivos de trabajo ese año⁵⁰. A ello se sumaron dificultades sanitarias y presupuestarias para el gobierno provincial. En virtud de la alerta de pandemia por la propagación del virus influenza A/H1N1, a inicios de julio de 2009 el Poder Ejecutivo emitió el Decreto de necesidad y urgencia N° 1.395/09, declarando la *emergencia sanitaria* en la provincia, y facultó a los Ministros de Hacienda y Salud a gestionar, en forma conjunta, las modificaciones presupuestarias que resulten necesarias⁵¹. A fines de agosto de ese año, emitió el Decreto N° 2.101/09, habilitando reducciones presupuestarias *sin afectar los niveles esenciales de Salud, Seguridad, Educación, Justicia y Desarrollo Social*, ante la estimación de ingresos inferiores al cálculo presupuestado para el ejercicio 2009 (Ley N° 8.009), motivada en la crisis del comercio exterior y las consecuencias negativas de la referida pandemia⁵².

En este contexto se enmarca el fallo dictado por la Cámara Séptima del Trabajo de Mendoza el 3 de diciembre de 2009, en los autos “*AMPROS, Asociación Mendocina c/ gobierno de la provincia de Mendoza, p/ amparo sindical*”, que se analizará en el presente capítulo. Los hechos dan cuenta de una relación conflictiva, que se remonta a 2007, cuyas derivaciones desbordaron el escenario judicial de la causa, proyectándose a instancias nacionales e internacionales. En efecto, el conflicto entre el citado sindicato y el gobierno de Mendoza fue llevado en queja, en el mes de julio de 2009, ante el CLS de la OIT, que tuvo oportunidad de pronunciarse en marzo de 2011. Asimismo, tal conflictividad motivó la primera intervención de la entonces flamante *Comisión de Garantías* (art. 24, Ley N° 25.877 y Decr. N° 272/06), mediante el Dictamen N° 1, asesorando en la determinación de los servicios mínimos a cubrir en los hospitales de Mendoza. De este modo, se pone de manifiesto la pluralidad de instancias y órdenes normativos que pueden converger en los conflictos colectivos de trabajo originados en Argentina.

⁵⁰ Durante 2009 hubo 874 conflictos laborales en Argentina, frente a los 840 acaecidos en 2008; sin embargo, si bien hubo una disminución del número de huelguistas (1,6 millones), un 15% inferior al de 2008 (1,9 millones), se dio un incremento de las jornadas no trabajadas por paro, que crecieron un 8% (de 8,6 a 9,3 millones entre 2008 y 2009. “*La menor cantidad de huelguistas por un lado, y los paros más prolongados por otro, reflejan las disparidades sectoriales de los conflictos laborales. Precisamente en 2009, con relación al año anterior, se registraron más conflictos en la administración pública y también se incrementó la cantidad de huelguistas en salud, ambos sectores que junto con la enseñanza presentan promedios de duración de las medidas de fuerza mayores que en otras actividades*”. Fuente: MTEySS, “Los conflictos laborales en 2009”, informe de febrero de 2010, disponible en: <http://www.trabajo.gov.ar/>

⁵¹ La medida persiguió fortalecer el Sistema Sanitario Provincial (art. 2), comprendiendo todas las unidades y reparticiones dependientes del Ministerio de Salud (art. 3), y exigía que todos los funcionarios o agentes de la administración, cualquiera sea la repartición en la que presten servicios, debían prestar la debida colaboración para la aplicación de la norma (art. 5). El Decreto fue ratificado por la Legislatura provincial en el mes de agosto de ese año, por Ley N° 8.082.

⁵² Empleando una terminología particularmente ambigua para el momento en que fue dictado, el art. 9 disponía que “*Los servicios considerados esenciales, a que se hace mención en el presente decreto-acuerdo serán mantenidos siempre que se justifique la utilidad pública de los mismos*”.

La sentencia de la Cámara Séptima del Trabajo fue votada por unanimidad, correspondiendo al Dr. Carlos Gustavo Darío Estrella Penesi la autoría del primer voto, al que adhirieron los Dres. Ana María Salas y Sergio Jesús Simó⁵³. No se trata de una decisión firme, por cuanto el sindicato ha interpuesto un recurso extraordinario de inconstitucionalidad en su contra, el que se encuentra pendiente resolución ante la Sala II de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza⁵⁴. Sin embargo, el análisis del fallo permite reflexionar sobre el modo de resolver una cuestión compleja, como lo es determinar la razonabilidad de las limitaciones al derecho de huelga, cuando su ejercicio compromete un servicio esencial como el hospitalario; al tiempo que posibilita indagar sobre las razones esgrimidas por el tribunal para justificar tales limitaciones, o para establecerlas.

III. El fallo de la Cámara del trabajo mendocina⁵⁵

Mendoza, diciembre 3 de 2009.

Resulta: A)- Que a fs. 300/319 vta., se presenta la Dra. M. I. D. P., en nombre y representación de la Asociación Mendocina de Profesionales de la Salud, en su carácter de Secretaria General, con el patrocinio de los Dres. J. A. L., C. A. A. y J. Sebastián Simon, e interpone amparo sindical y querrela por práctica desleal, prevista en los arts. 47 y 53 Ley 23.551, en contra del Gobierno de la Provincia de Mendoza, con el objeto de que ésta Cámara revoque y/o anule las Resoluciones 2.754/09 y 2.895/09, dictadas por la Subsecretaría de Trabajo y Seguridad Social de la Provincia de Mendoza, recaídas en el Expediente N. 14.627-A-08, por ser nulas de nulidad absoluta e inconstitucionales y/o disponga el cese de la conducta antisindical al Gobierno de la Provincia de Mendoza, por ser violatoria de expresas disposiciones legales.

Que asimismo solicita, se apliquen sanciones conminatorias previstas por el artículo 666 bis del C. Civil, al Gobierno de la Provincia de Mendoza y/o a la Subsecretaría de Trabajo y Seguridad Social de la Provincia de Mendoza, a favor de la actora, por imperio del art. 55 inc. 2, último párrafo de la Ley 23.551.

Expresa que después de negociación paritaria, se acuerda con el Estado empleador un CCT ratificado por la Ley 7759 (B.O. 5/10/2007), que en su art. 1 expresa: "Ratificase el Decreto N. 1.630 de fecha 3 de julio de 2007, por el cual se homologa el CCT celebrado y ratificado el día 8 de mayo de 2007...". Agrega que el CCT firmado en el ámbito de la negociación paritaria puso fin al conflicto existente, sin perjuicio de que restaban arbitrar los medios necesarios para la puesta en vigencia del mismo. Que si bien la norma en cuestión se encontraba en vigencia desde julio de 2007, se previó un plazo en las

⁵³ Cabe precisar que AMPROS había recusado -con expresión de causa- al Dr. Estrella Penesi, por cuanto afirmaba que, antes de asumir como juez, el referido magistrado había sido negociador del gobierno de Mendoza en las negociaciones paritarias con el citado sindicato. Así se desprende del artículo periodístico titulado: "*Ampros acata la conciliación pero denuncia presiones*", publicado en el diario LOS ANDES, edición del 28/04/2010. disponible en: <http://www.losandes.com.ar/notas/2010/4/28/politica-486623.asp>

⁵⁴ Según el registro de movimientos de expedientes de la SCJM, al mes de marzo de 2012 aún no se había resuelto la impugnación incoada por el sindicato (Expte. N° 98293).

⁵⁵ La sentencia ha sido publicada en *DT* 2010 (junio), 1457. Para un comentario al fallo ver ETALA, Juan J. (h), "Declaración de ilegalidad de las medidas de fuerza", en *DT* 2010 (junio), 1457; y MANSUETI, Hugo R., "El control judicial de la limitación administrativa de la huelga en los servicios esenciales", en *DT* 2010 (junio), 1456.

disposiciones transitorias del mismo CCT contenidas en los arts. 105 a 113 del mismo, en el cual el Estado se comprometía a implementar los medios para la aplicación efectiva de las normas. Que se acordó una prórroga en la implementación, primero para el 1 de enero de 2008 y luego por sesenta días más.

Que ante la falta de respuesta luego de vencido el plazo de prórroga, la Asamblea dispuso paro y movilización para el día 5 de junio, con retención del débito laboral por incumplimiento del CCT.

Que con posterioridad la Asamblea declaró el estado de alerta y movilización para los días 8 y 10 de octubre de 2008, culminando con un día de paro de actividades, realizado el día 17 de Octubre de 2008.

Que no obstante, que se realizó como retención del débito laboral, el Estado practicó el descuento del día de huelga. Que frente a ello, el gremio solicita con nota fechada 30 de octubre de 2008, se dicte la conciliación obligatoria, denunciando la existencia del conflicto colectivo.

Que se efectuaron 13 audiencias en la Subsecretaría de Trabajo, hasta el 11 de marzo de 2009, en el ámbito del expediente administrativo 12521-A-08 y 3 Audiencias en el Expediente 14627-A-08. Que al no haber llegado a un acuerdo al respecto, se da por finalizada la etapa de conciliación obligatoria, en audiencia del 11 de Marzo de 2009.

Que por este motivo, la Federación Sindical de la República Argentina de los profesionales de la salud, concretó un paro de actividades para el 7 de Abril de 2009 y el 26 de marzo de 2009, se realizaron Asambleas en los lugares de trabajo de carácter informativo, y los días 14, 21 y 28 de Abril y una asamblea inter hospitalaria el 4 de mayo de 2009.

Que el 15 de Abril, mediante mandato la asamblea decide medidas de acción directa. Que se notifica en audiencia del 16 de abril de 2009, que se ratifica el paro de actividades sin concurrencia a los lugares de trabajo para los días 22 y 23 de abril de 2009 y se anuncia, que también habrá paro los días 29 y 30 de abril de 2009, además de movilización y asambleas.

Que de tal modo, se efectivizan los paros anunciados para los días 22 y 23 de abril y que en fecha 28 de Abril de 2009, se dicta de oficio por la Subsecretaría de Trabajo, un nuevo llamado a conciliación obligatoria, mediante Resolución N. 2.754/09, la que es resistida por la amparista, por considerarla extemporánea e improcedente, ya que de lo contrario sería otorgar una duplicación de la conciliación, vulnerando el derecho de huelga.

Que en fecha 29 de abril del 2009, mientras se encontraba desarrollándose el paro de actividades, la Subsecretaría de trabajo, argumentando que por haber tomado conocimiento por medios periodísticos que la entidad gremial no acataría el llamado a conciliación obligatoria, efectúa una intimación al gremio a acatar en forma inmediata la conciliación obligatoria y a abstenerse de realizar medidas de acción directa, bajo apercibimiento de ley. Que dicha Resolución fue notificada el mismo día 29. Que a la vez, los directores y encargados de recursos humanos de los hospitales aclaraban que se estaba cumpliendo con los servicios esenciales.

Que por último la Subsecretaría de Trabajo, dicta la Resolución 2.895/09, mediante la cual se declara la ilegalidad de la huelga.

Frente a ello manifiesta que la Autoridad de aplicación al generar una nueva conciliación, era dar una duplicidad de conciliaciones con el único objeto de vulnerar el derecho de huelga. Que al Gobierno en el marco del Expediente N. 12.521/A/08 se les había tocado el tema salarial y su propuesta era poner en vigencia el convenio colectivo de trabajo, por lo que mal puede decir que se trataban de conflictos distintos. Expresa que la vía escogida es la idónea ya que la Asociación Gremial considera que el Estado empleador ha utilizado el llamado a conciliación obligatoria y la correlativa declaración de ilegalidad

de la huelga, como la amenaza de descuento de los días de paro, como medidas tendientes a coartar el derecho de recurrir a medidas de fuerza agotada la conciliación obligatoria.

Insiste la parte actora en que según las constancias del Expediente N. 14.627/A/2008, el emplazamiento que precedió al acto declarativo de la ilegalidad de la huelga, fue notificado el día 29 de abril de 2009, cuando el paro estaba en plena ejecución, no teniendo la Comisión Directiva mandato de Asamblea para levantarlo.

Expresa también que todas las actuaciones que enmarcan el conflicto (Expedientes N. 12.521-A-08 y 14.627-A-2008), por ser materia administrativa debe prevalecer el principio de la verdad material sobre el principio de la verdad formal.

A fs. 313 vta., el amparista resume su petición manifestando que el objeto del amparo sindical, radica en la violación del derecho de huelga, concretadas en las Resolución de la Subsecretaría de Trabajo que dispuso la conciliación obligatoria y la declaración de ilegalidad de la huelga.

Mientras que a fs. 315 vta., resume el objeto de la querrela por práctica antisindical por violación al art. 53 inc. b, d, e, f y j de la Ley 23.551, al provocar el gobierno dilaciones que tiendan a obstruir el proceso de negociación por la demora del gobierno, en la implementación del CCT Ley 7957.

También solicita la medida cautelar de no innovar a fin de que el Tribunal, en tanto dure la presente causa, le ordene al Estado Provincial se abstenga de realizar descuentos de salario por los días de paro 7, 22, 23, 29 y 30 de Abril.

Menciona que ha acreditado los extremos invocados para la procedencia de la medida que intenta, como son la verosimilitud del derecho y peligro en la demora.

Cita derecho y ofrece pruebas.

B)- A fs. 334 y vta., la parte actora plantea la recusación con causa de la Dra. S. y del Dr. E. P., en mérito a los fundamentos a que allí indican.

A fs. 338/340 vta., obra contestación de ambos magistrados, ordenando se remitan las presentes actuaciones a la Excma. Primera Cámara del Trabajo, a los efectos de que resuelva la incidencia planteada.

A fs. 347 y vta., obra dictamen de la Sra. Fiscal de Cámara, opinando que en base a los argumentos brindados, opina que debe rechazarse las recusaciones planteadas por los amparistas.

A fs. 351 y vta., obra auto de la Excma. Primera Cámara del Trabajo, en el que rechaza las causales de recusación planteadas por los amparistas y ordenando la remisión de las presentes actuaciones a ésta Séptima Cámara del Trabajo.

C)- A fs. 353, se ordena correr traslado de la medida cautelar solicitada y se fija Audiencia de conciliación para el día 12 de junio de 2009.

A fs. 354, la parte actora solicita suspensión de procedimientos en razón de encontrarse ésta parte y la demandada en reuniones pertinentes que trataban los puntos objeto del amparo planteado, con el fin de lograr una negociación extrajudicial.

D)- A fs. 360 y vta., se presenta el Dr. P. E. por Fiscalía de Estado, por la tutela de los intereses del Estado Provincial.

A fs. 362, obra constancia de Acta de Conciliación llevada a cabo por ante ésta Cámara del Trabajo.

A fs. 376/78, obra oficio de OSEP.

A fs. 378 y vta., obra contestación de oficio por parte de O.S.E.P.

A fs. 380, obra Acta de nueva Audiencia de Conciliación llevada a cabo por ante ésta Cámara.

A fs. 392, obra constancia de otra Audiencia de Conciliación llevada a cabo por ésta Cámara.

A fs. 393, obra constancia de Acta en la que las partes exponen que no habiendo

arribado a un acuerdo satisfactorio, dan por concluida la etapa conciliatoria.

E)- A fs. 399/407, obra contestación de demanda, por parte del Gobierno de Mendoza.

Expresa a modo de aclaración previa que la amparista solicitó la apertura de dos expedientes administrativos por ante la Subsecretaría de Trabajo: 1- El N. 12.521/A/2008, que consistía en una conciliación obligatoria a los fines de efectivizar el cumplimiento del CCT Ley 7.957, tal como textualmente reza la nota suscripta por la Dra. Del Popolo, en representación de AMPROS. Que por tanto el objeto de dicha pieza administrativa, era lograr poner en vigencia el CCT del Sector Profesionales de la Salud.

2- Que simultáneamente tramitaba otro Expediente, el N. 14.627/A/2008, iniciado el 10 de Diciembre de 2008, a petición de AMPROS, en donde la Sra. Secretaria General del Sindicato mencionado, solicita al Sr. Subsecretario, se digne convocar a la Comisión Negociadora Permanente de Interpretación, aplicación Salario y Relaciones laborales, con el objeto de tratar en la misma el incremento salarial que le corresponderá percibir a los profesionales de la salud que se desempeñen en las distintas áreas de la Provincia durante el año 2009.

Que en definitiva, tramitaron por ante la Subsecretaría simultáneamente dos expedientes a solicitud de AMPROS con objetos absolutamente diversos.

Que en relación a la solicitud del amparo, que tiene como objeto que ésta Cámara revoque o anule las Resoluciones N. 2.754 y 2.895 de la Subsecretaría de Trabajo, ambas emanadas del Expediente N. 14.627/A/2008, alega la Entidad sindical que las mencionadas resoluciones constituyen conducta antisindical del Gobierno de Mendoza.

Que ambas resoluciones tienen origen en el Expediente N. 14.627, iniciado el 10 de diciembre de 2008, a petición del Sindicato, a partir de la nota presentada por la Sra. Secretaria General, donde peticona "...se digne a convocar a la Comisión Negociadora Permanente de Interpretación, Aplicación, Salario y Relaciones Laborales, con el objeto de tratar en la misma, el incremento salarial que le correspondería a los profesionales de la salud...Que el único temario a convenir, serán remuneraciones y las bonificaciones que en cada caso resulten de aplicación.

Que en razón del objeto perseguido en el Expediente N. 14.627, se desarrollaron audiencias conciliatorias los días 26 de marzo, 8 de abril, 16 de abril de 2009, es decir que solo tres Audiencias pudieron desarrollarse a fin de discutir la pauta salarial para el sector.

Que no habiéndose tomado medida legal alguna frente a la medida convocada por AMPROS para los días 22 y 23 de Abril de 2009 y vistos los perjuicios ocasionados por el paro, la Subsecretaría de oficio y según constancias en dicho Expediente, toma intervención de oficio según constancias del Expediente 14.627, en donde considerando que se encontraban comprometidos los servicios esenciales en los términos del art. 24 Ley 25.877 y el Decreto 272/06, se aconseja proceder a dictar la instancia de conciliación obligatoria en el conflicto.

Que en mérito a lo expresado el Sr. Subsecretario de Trabajo de la Provincia, emite la Resolución N. 2.754/2009 que dispone declarar abierto el procedimiento de conciliación obligatoria laboral y que a partir de la notificación de tal resolución, las partes deberán abstenerse durante el plazo de ley, a efectuar las medidas de acción directa. Que luego se notificó debidamente a la entidad gremial la mencionada resolución, la Entidad gremial decidió seguir adelante con las medidas de acción directa y ante la falta de acatamiento de lo dispuesto en la Ley 4.974 y 14.786, dispuso el emplazamiento destinado a que AMPROS en forma inmediata acatara la conciliación obligatoria dictada.

Que la Entidad gremial no da cumplimiento al emplazamiento y además cuestiona la legitimidad de la misma con nota presentada el día 29 de abril de 2009. Por lo que ante la posición asumida por el Sindicato, la Autoridad administrativa declaró la ilegalidad de

las medidas de acción directa desarrolladas por violación a la Resolución 2.754/09, antes mencionada y así lo hizo al emitir la Resolución 2.895/09.

Que existen motivos para el rechazo del amparo intentado. Ante todo la vía elegida no resulta pertinente en un doble sentido, Por un lado, en virtud de lo establecido en el art. 43 C.N., para la procedencia del mismo no debe existir otra vía procesal más idónea que el amparo y que en el caso que nos ocupa, el amparista tenía a su disposición el recurso de apelación regulado en el art. 105 Ley 4.974. Que no solo poseía legitimación para ello sino que de hecho lo promovió, encontrándose el mismo en trámite. Que esta vía es la más idónea en cuanto hace a la necesidad de revisión de los actos administrativos que el sindicato sostiene le causa un grave perjuicio. Que no puede el sindicato valerse de una vía excepcionalísima, cuando está prevista la vía recursiva prevista en la norma citada.

Que tampoco resulta idónea la vía elegida por el Sindicato, desde que la Doctrina y Jurisprudencia sostienen que la revisión de la legalidad o ilegalidad de la huelga efectuada por la Autoridad administrativa, corresponde ser efectuada por los Tribunales frente al caso concreto, es decir, frente al conflicto individual.

Cita Doctrina y Jurisprudencia.

En cuanto a la afirmación de la parte sindical de la declaración de ilegalidad de la huelga, el Gobierno afirma que en virtud de los hechos reconocidos por la actora en su escrito inicial, la Resolución 2.754/09 y 2.895/09, han sido legítimamente dictadas con apoyo de las circunstancias de hecho y derecho.

Que la negociación salarial con AMPROS del año 2009 está enmarcada en el Expediente N. 14.627/A/2008. Que dichas actuaciones se inician a instancia del Sindicato, cuando solicita se convoque a la Comisión Negociadora Permanente de Interpretación, Aplicación Salario y Relaciones Laborales, con el objeto de tratar el incremento salarial para los profesionales de la salud en el año 2009.

Que luego se llevaron a cabo solo dos Audiencias, previo a que el Sindicato convocara a la primera medida de acción directa. Que a fs. 41 de tales obrados la entidad sindical denuncia la realización de una medida de acción directa (paro de actividades) para los días 22 y 23 de abril de 2009, por no haber obtenido respuesta frente al incremento salarial solicitado e incumplimiento del CCT. Que luego la Entidad sindical ratifica la medida mencionada para los días antedichos y comunica que también habrá paro de actividades para los días 29 y 30 de abril de 2009.

Que ante el paro de los días 22 y 23 de Abril, el Gobierno no toma ninguna medida legal.

Que luego al verse afectados los servicios esenciales de la salud, se decide dictar de oficio la conciliación obligatoria mediante Resolución N. 2.754/08, para fecha 28 de abril de 2009, la que fue notificada a las partes intervinientes. Que en dicha Resolución se hacía saber a las partes que debían abstenerse durante el plazo de ley a efectuar medidas de acción directa. O acciones que vulneren situaciones anteriores, bajo apercibimiento de lo dispuesto en las leyes 4.974, 14.786 y 25.977.

Que posteriormente y ante el conocimiento por medios periodísticos de que el sindicato no acataría la conciliación obligatoria, emplaza al Sindicato a que acate la misma. Que la Entidad gremial continúa con las medidas de acción directa, en rechazo expreso al acatamiento de la Resolución 2.754/09 y al desconocimiento de la legitimación de la Autoridad administrativa local, la Subsecretaría de Trabajo de la Provincia solicita la intervención del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, en su carácter de autoridad de aplicación de la Ley 23.551, en relación al conflicto suscitado en la jurisdicción de la Provincia. Que esto motivo la emisión de la Resolución N. 522/09 de la Secretaría de Trabajo del Ministerio de Trabajo de la Nación y que expresaba que la Autoridad laboral provincial resultaba competente para entender e intervenir en el conflicto

colectivo en cuestión, conforme a la legislación provincial, sin perjuicio de las competencias propia de la cartera Nacional en materia de negociación colectiva y conflictos colectivos de trabajo. Que el no acatamiento por parte de AMPROS de la conciliación obligatoria dispuesta por la Autoridad provincial mediante la Resolución 2.754/09, encuadra en el supuesto previsto por el art. 56 inc. 2, punto b de la Ley 23.551. Se intima a la Entidad Sindical al cumplimiento de lo dispuesto por la Resolución de la Subsecretaría de Trabajo N. 2.754/09, bajo apercibimiento de lo previsto en el art. 56 inc. 3 Ley 23.551.

Expresa que pese al reconocimiento expreso por parte de la Autoridad nacional de las competencias expresas mencionadas, el Sindicato continuó con su actitud de franca oposición al procedimiento de conciliación obligatoria, en la ilegalidad de la medida de acción directa por no haberse ejercido el derecho constitucional de huelga dentro de los instrumentos reglamentarios tales como el acatamiento al procedimiento de la conciliación obligatoria prevista en la Ley 4.974 y Ley 14.786. Manifiesta además, que dicha falta de acatamiento a la conciliación obligatoria por parte del Sindicato imposibilitó la realización del trámite dispuesto por el art. 24 Ley 25.877 y Decreto 272/06 para conflictos colectivos que afecten servicios esenciales que ante semejante situación, la Subsecretaría de Trabajo no tuvo otra opción que dictar la Resolución N. 2.895/09, declarando la ilegalidad de la medida de huelga dispuesta por el Sindicato en violación a la Resolución N. 2.754/09.

También expresa el Gobierno provincial, que frente a la Resolución 2.754/09, AMPROS sostiene 3 agravios en los que fundamenta el amparo intentado y que el Gobierno sostiene la impertinencia de los mismos.

En relación a la nulidad de la Resolución, el argumento se formula desde el erróneo presupuesto que supuestamente había existido una conciliación obligatoria ya agotada de manera previa en el Expediente N. 14.627.

Que las resoluciones impugnadas emergen del Expediente mencionado, iniciado el 10 de diciembre de 2008 a petición de AMPROS. En el mismo, la Sra. Secretaría General le solicita al Sr. Subsecretario se digne a convocar a la comisión Negociadora, con el objeto de tratar en la misma el incremento salarial.

Que simultáneamente tramitaba otro expediente, N. 12.521/09, que pese un objeto distinto, específicamente, en una conciliación obligatoria a los fines de lograr poner en vigencia el CCT del Sector profesionales de la Salud.

Que ambas piezas administrativas se motivaban en distintas finalidades, y que por ende no sería posible la confusión al respecto, desde que el mismo Sindicato fue el que inició ambos expedientes. Que al respecto la doctrina de los actos propios, constituye una limitación al ejercicio de los derechos que pretende, siéndole de aplicación la regla "venire contra factum", vinculada al deber de coherencia.

También plantea, en relación a la extemporaneidad aludida por el Sindicato, que la misma no existió. Por un lado, porque el hecho de que haya existido una medida de acción directa previa al dictado de la conciliación obligatoria, no enerva la posibilidad de que la Autoridad de aplicación ejerza las facultades conferidas en las leyes 4.974 y 14.786 y dicte la conciliación obligatoria. En segundo lugar, porque en cuanto la entidad sindical tiene los medios para resolver la situación, bien por decisión de la Comisión Directiva o convocando a sus representantes al efecto, circunstancias que no se dieron, priorizando el no acatamiento al procedimiento de conciliación. Que además, las leyes 4.974 y 14.786, no hacen referencia a los plazos de antelación para las notificaciones que pongan en vigencia el trámite de conciliación obligatoria, justamente porque siempre se trata de priorizar el diálogo previo al conflicto. Afirma que no existe en nuestro Derecho, plazo de notificación expreso para comunicar la conciliación obligatoria.

En cuanto al supuesto traslado del conflicto a la autoridad administrativa nacional,

afirma la demandada que el argumento es improcedente por tres motivos: 1- el organismo laboral competente para entender en conflictos colectivos en el ámbito provincial es la Subsecretaría de Trabajo y no la autoridad nacional (art. 2 y 3 Ley 4974). 2- Si se estima violado un derecho, el modo de resolución no es la transferencia a un órgano incompetente, sino la vía recursiva legal. Finalmente que resulta incongruente que la propia entidad Sindical reconozca la competencia de la Subsecretaría en el expediente N. 12. 521 y luego a su solicitud, contrariando la teoría de los actos propios, cuestione el mismo ámbito elegido y consentido por el propio Sindicato.

Que por todos los motivos expresados solicita el rechazo del amparo intentado por AMPROS.

Que en relación a la querrela perpetrada, sostiene la ausencia de práctica desleal. Que la actora sostiene que el demandado incurrió en prácticas desleales previstas en el art. 53 Ley 23.551, por haber procedido a descontar los días de huelga no trabajados por los agentes de AMPROS.

Que tal actitud no implica una práctica desleal, y cita en su apoyatura opinión doctrinaria y cita jurisprudencia al respecto del comité de Libertad Sindical de la OIT, al manifestar que la deducción salarial de los días de huelga, no plantea objeciones desde el punto de vista de la libertad sindical.

Ofrece prueba y funda en Derecho.

F)- A fs. 408, se hace parte el Dr. Francisco Rubén Losada por Asesoría de Gobierno. Expresa que acompaña el informe circunstanciado elaborado por el Ministerio de gobierno, lo que solicita se tenga presente.

G)- A Fs. 427 obra presentación de Asesoría de gobierno de la Provincia, en donde acompaña ampliación de informe elaborado por el Ministerio de gobierno de la Provincia, en el cual se denuncian nuevos hechos y pruebas pertinentes en la presente causa.

A fs. 418/426, obra copia de presentación efectuada por AMPROS, por ante el Sr. Asesor de Gobierno de la Provincia de Mendoza, en Expediente N. 2.418/A/09/00108-E/0/2.

A fs. 415, el Gobierno de la Provincia amplía contestación de demanda.

Expresa que en relación a lo dispuesto por el art. 43 C.N., al reconocer la garantía de amparo, debe presentarse como presupuesto de legitimación procesal que no exista otra vía procesal más idónea que el amparo.

Que en el caso que nos ocupa, AMPROS tenía a su disposición el recurso de apelación regulado en el art. 105 Ley 4.974. Que no solo tenía el derecho de usarlo, sino que lo promovió, encontrándose el mismo en trámite en el Expediente N. 2.418/A/2008-00108.

Que dicha vía es la más apta, ya que permite dar respuesta a la necesidad de revisión de los actos administrativos que el Sindicato sostiene le causa perjuicio.

Que además, la revisión de la legalidad o ilegalidad de la huelga efectuada por la Autoridad Administrativa, corresponde ser efectuada por los Tribunales frente al caso concreto, frente al conflicto individual.

Que a los argumentos ya señalados, se suma la novedad de la notificación emitida por la Oficina Internacional del Trabajo de la OIT, de fecha 23 de junio de 2009, consistente en la exigencia del Comité de Libertad Sindical, en el sentido de que si AMPROS está afiliada a una organización sindical con implantación nacional, sería necesario que esa organización apoye la queja.

H)- A fs. 431, Fiscalía de Estado, toma intervención en el proceso adhiriendo a lo expresado por el apoderado legal del Gobierno.

I)- A fs. 451, se presenta AMPROS y denuncia como hecho sobreviniente recurso de apelación que presentara en contra de la Resolución N. 2.895/09, dictada por la

Subsecretaría de Trabajo y presentación de fecha 13 de julio de 2009 en Expediente N. 2.418/A/2009-00108 del Ministerio de gobierno de la Provincia. De 432/449, obran copias del referido Expediente.

A fs. 455, obra oficio del Ministerio de Desarrollo Humano de la Provincia.

A fs. 459, se presenta AMPROS, contesta vista y solicita admisión de prueba.

A fs. 461, obra decreto en el que se emplaza a las partes a la producción de la prueba ofrecida.

A fs. 466, se presenta Asesoría de gobierno y cumple emplazamiento.

A fs. 477/484, obra oficio del Ministerio de Trabajo, empleo y Seguridad Social de la Nación.

A fs. 489, se agrega copia certificada de Expediente administrativo N. 2.418-A-09-00108, en el que se tramitó la apelación de la Resolución N. 2.895/09.

A fs. 493, obra constancia de recepción de Expediente Administrativo N. 12.521-A-08-00951, de la Subsecretaría de Trabajo.

A fs. 495, obra constancia de recepción del Expediente Administrativo N. 14.627-08-00951, de la Subsecretaría de Trabajo.

A fs. 497 se presenta AMPROS y manifiesta que en relación al oficio que obra a fs. 480/483, nunca fue notificado al sindicato.

A fs. 503, se llama autos para Sentencia.

Considerando:

De conformidad con lo preceptuado por los artículos 160 de la Constitución Provincial y 69 del Código Procesal Laboral, se plantearon las siguientes cuestiones a resolver:

Primera: Relación Laboral. Segunda: Solución correspondiente. Tercera: Costas.

I. Sobre la primera cuestión el dr. Estrella Penesi dijo:

1- Queremos destacar ante todo, los fundamentos desde los que partimos en nuestra consideración siguiendo a Georges Kalinowski. Consideramos de modo fundamental que "Los derechos humanos que brotan del trabajo, entran precisamente dentro del más amplio concepto de derechos fundamentales de la persona" (S.S. Juan Pablo II, Laborem Excercens, N. 16). En igual sentido, la Constitución Nacional, en su art. 14 bis, garantiza la protección del trabajo y derechos humanos esenciales vinculados a él. En igual sentido, los Pactos Internacionales del art. 75 inc. 23 C.N. y Convenios de la OIT en su parte pertinente y que el trabajo es considerado como actividad básica para satisfacer las necesidades espirituales y materiales de la persona humana, de su familia y en la construcción del bien común. De modo tal que el derecho es lo que fue para Aristóteles "to dikaion" y para Santo Tomás "ius sive iustum". Ahora bien, éste veía en el derecho al objeto de la justicia, porque lo consideraba una cierta obra adecuada a otro según un cierto modo de igualdad (II-II, 57, 1 c). El Derecho es una obra recta, adecuada, ajustada; es un acto, no en el sentido de una "actio", sino de un "actum". Por tanto el Derecho es una cierta obra adecuada a otro según algún criterio de igualdad. Por ello, lo propio y formal es la "obra justa" (Kalinowski, Georges, Concepto, fundamento y concreción del derecho, Abeledo Perrot, Bs. As., 1982, p. 19). De modo tal que en la medida en que "jurisdictio", consiste en decir el derecho, es ante todo una obra de prudencia jurídica. Se comprende que las sentencias de los jueces sean llamadas y a justo título "jurisprudencia" y que el jurisconsulto romano, mereció el noble nombre de "iurisprudens", en el sentido etimológico del término. Aplicando el derecho debemos, en primer lugar, decirlo, en otras palabras, decir lo justo desde la prudencia "iurisprudens". Y lo justo, es una especie del bien. Es menester la calificación jurídica de la situación y la elección de una norma, a la que debe ser aplicada. De tal modo que el juez u otro sujeto de derecho que lo aplica, efectúa un doble juicio deductivo. En efecto, por un lado infiere (por medio del silogismo prudencial), la solución justa del caso

concreto que se le presenta. Del otro, deduce la regla jurídica que parece imponérsele, con la ayuda del silogismo de aplicación del derecho. Después compara las dos soluciones. Si ellas concuerdan, el juez dictará su sentencia y los fundamentos de ella... Ahora bien, como el silogismo de aplicación del derecho, el silogismo prudencial es una inferencia deductiva".

Nos corresponde por tanto en el caso concreto, decir el derecho, es decir lo justo prudencialmente determinado.

En tal sentido veremos si el caso que nos ocupa cae en el ámbito de los arts. 47 y 53 de la Ley 23.551, en análisis que se efectuará en el marco de la jurisprudencia de la SCJM en el plenario "Sergio, Alfonso p/ Rec. Amparo 87/11/88) y fallo de la Sala II en "Gatica c/ Bodegas y Viñedos Peñafior SA." 815/06/93).

2- Valoración de la prueba: Primeramente debe considerarse que la prueba arriada al proceso por las partes, debe ser merituada a la luz de la regla de la "sana crítica", conforme al art. 69 del CPL.

En tal sentido, "las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. La sana crítica es la unión de la lógica y la experiencia, a la manera de Reus, que la entiende como la lógica del sentido común (Lima, Osvaldo José, Código Procesal Laboral de Mendoza, MEJ, Mendoza, 1998, p. 78). O bien, es "en principio, es la reconstrucción de los hechos acontecidos en el pasado a la luz de los documentos y demás elementos con los que cuenta el juzgador, a través de las pruebas, reconstruir los hechos para así dirimir las cuestiones debatidas entre las partes... La convicción del juzgador se forma bajo las reglas de la sana crítica. De modo tal que "el magistrado debe valorar los distintos medios probatorios explicando las razones objetivas que ha tenido en cuenta para formar su convicción, al ponderar con un sentido crítico la variedad de las pruebas. La apreciación de los elementos de prueba debe ser global, vale decir, se debe evaluar en forma conjunta la prueba producida con la finalidad de posibilitar la determinación de la verdad material dentro del proceso" (Juzgado Lab. N. 1 de San Luis, 18/10/93, "Rodríguez Claudia c/ Sanatorio y Clínica Rivadavia SRL p/ Med. Caut., Expte. R-13-8-1991" (Código Procesal del Trabajo de San Luis, Anotado con Jurisprudencia, Editorial Tomás Jofré, Revisado y Anotado por Adela María Pérez del Viso, p. 14/15).

De modo tal que la regla de la sana crítica, es una suerte de Estrella de Belén, que guía al intérprete en la aplicación del derecho, en busca de los principios, procesal de la verdad real y de fondo de la primacía de la realidad que deben ser herramientas fundamentales del juzgador "ius laboralista", a la hora de efectuar la reconstrucción histórica en el proceso laboral.

Así: "La eficacia probatoria debe ser analizada de conformidad con las reglas de la sana crítica, merituándose así, tanto los principios de la lógica como las máximas de la experiencia, es decir, de los principios extraídos de la observación del corriente comportamiento humano y científicamente verificable, actuando ambos respectivamente como fundamentos de posibilidad y realidad" (CAL de S.L. RL n. 216/94 "Ojeda Gustavo c/ Policlínico Regional Villa Mercedes y/u ots. enf. Acc. 13-1294"). Concretando el concepto con que "los Tribunales del trabajo, pueden preferir unos elementos de prueba sobre otros. La valoración en conciencia de la prueba por los jueces del trabajo sólo requiere indicación individualizada de los elementos merituados pudiendo el organismo jurisdiccional preferir unos elementos de prueba, frente a otros" (CAL Villa Mercedes N. 5/98, "Fredes Rodolfo c/ Ind. Mineras Acrich SA Laboral, 05/02/98) (ob. cit. P. 15).

3- En cuanto hace a la mecánica de apreciación de la prueba, en principio, es fundamental destacar que el actor tiene la carga de acreditar los hechos constitutivos del derecho que invoca y el demandado, los extintivos, impeditivos o modificatorios que

opone a aquellos. Salvo en cuanto se aplicable el art. 55 CPL y 55 LCT, en cuanto hace a los supuestos expresamente establecidos de inversión de la carga de la prueba.

A tal efecto meritúo la prueba ofrecida por las partes, admitida a fs. 461 y efectivamente producida.

4- El amparista como fundamento de la acción que intenta, lo hace en su condición de Asociación Sindical, que nuclea a los profesionales de la salud, en la representación de los empleados en la órbita del Estado Público Provincial, a los efectos del caso concreto.

Este hecho no ha sido cuestionado por la demandada, por lo que tengo por ciertos los presupuestos fácticos necesarios a los efectos de la procedencia de la acción que intenta.

De todos modos, la instrumental que obra en autos a fs. 272/292, en el que consta el Estatuto de la entidad sindical, como así también la Resolución N. 533/05, fecha 11/07/05, del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación, por la que se le otorga personería gremial a dicho Sindicato (fs. 291) como la orden de notificación a la Agencia Territorial Mendoza (fs. 292), se desprende que la parte actora es un Sindicato con personería gremial, que nuclea a los profesionales de la salud en el arte de curar, cuyas carreras estén reglamentadas por ley y que ejerzan su profesión en relación de dependencia privada o estatal en la Ciudad de Mendoza (art. 1 del Estatuto). Por tanto, ante la ausencia total de negativa al respecto, tengo por acreditado que efectivamente los trabajadores nucleados en el sindicato amparista, que se desempeñan en relación de dependencia con el Estado Público Provincial, en cuanto hace al objeto específico de la presente acción y que por ende se encuentra encuadrado, al igual que los trabajadores que nuclea, ya no sólo el sindicato sino toda la actividad gremial correspondiente, como a la entidad sindical en sí, el presupuesto previsto en el art. 47 de la Ley 23.551, que tiene su sustento en el principio del Derecho Colectivo de la Libertad Sindical, basamentado en el art. 14 bis C.N., en el Convenio 87 OIT (ratificado por la Ley 14.455, convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación y en la Ley 23.551.

Al respecto tengo presente que: "La incorporación del art. 47 no registra antecedentes en la legislación nacional y el origen sería la Ley Orgánica de Libertad Sindical Española. La norma en análisis consagra un instrumento de protección contra las prácticas antisindicales y toda conducta que impida u obstaculice el ejercicio de los derechos sindicales, puede ser atacada mediante una acción de amparo destinada a conseguir el cese inmediato de ese comportamiento. Según Ricardo Cornaglia, el texto del art. 47 es amplio y generoso y comprende todo tipo de actos antisindicales, e incluso, las figuras tipificadas en la propia ley como las prácticas desleales que contempla el art. 53" (Bof, Jorge, "Garantías de protección de los representantes sindicales", TySS, 1989-23, cit. Strega, Enrique, Asociaciones Sindicales ley 23.551, Colección La Ley comentada, Bs. As., 2004, p. 305).

Habiendo esclarecido el objeto de la presente Primera Cuestión, resta por dilucidarse en ésta "questio", si asistió razón y Derecho a la actora para intentar las acciones de amparo sindical y querrela por práctica desleal, que impetra en los presentes obrados.

Así voto.

La Dra. Ana María Salas y el Dr. Sergio Jesús Simó, dijeron que por los fundamentos que preceden, adhieren al voto que antecede.

II. Sobre la segunda cuestión el Dr. Estrella Penesi dijo:

1. Objeto del decisorio: La acción impetrada persigue por un lado, que éste Tribunal revoque o anule las Resoluciones N. 2.754 y 2.895, ambas del año 2009, provenientes de la Subsecretaría de Trabajo y Seguridad social de la Provincia, recaídas en el Expediente N. 14.627-A-08 y/o disponga el cese de la conducta antisindical

presuntamente practicada por el Gobierno de la Provincia de Mendoza, por resultar violatorias de las disposiciones legales contenidas en el art. 53 inc. b, d, e y f de la Ley 23.551 (fs. 300).

También se especifica a fs. 313 vta., que el objeto específico del amparo sindical tiene como causa la violación del derecho de huelga por parte del Gobierno de la Provincia, amenazando con suspensiones y sumarios que amedrentan a la población y a los integrantes del Gremio por la declaración de ilegalidad de la huelga por parte de la Subsecretaría de Trabajo. Que el comportamiento antisindical de la demandada habilita la vía del amparo a los fines de que se disponga en consecuencia el cese inmediato de los efectos de la conciliación obligatoria ilegítimamente declarada y consecuentemente, la declaración de ilegalidad de la huelga, ordenando se abstenga el gobierno de realizar cualquier acto violatorio de la libertad sindical en forma colectiva como individual.

También a fs. 315 vta., al fundamentar la querrela por práctica desleal intentada contra el Gobierno de Mendoza, denuncia que éste, provocó dilaciones que tendieron a obstruir el proceso de negociación y practicar un trato discriminatorio, al incurrir en mora en la puesta en práctica del CCT Ley 7.759 (art. 55 inc. 6 Ley 23.551) (fs. 316).

Ante todo, hago la aclaración que me asisten las facultades conferidas por el art. 77 del C.P.L., en el sentido de que el juzgador puede prescindir de la opinión jurídica de las partes e incluso, estar en contra de las mismas.

Por tanto, nos abocaremos a la petición propuesta.

2. Facultad del poder judicial de anular decisiones administrativas: plantea el amparista se declare la nulidad o revocación de las Resoluciones 2.754 y 2.895/09, de la S.TySS de la Provincia.

Al respecto es menester considerar que el acto jurídico administrativo, para ser válido, debe poseer requisitos de fondo y de forma: debe emanar de una autoridad con competencia para hacerlo, no debe lesionar ningún derecho subjetivo concedido ya sea legal o contractualmente (requisitos de fondo) y no debe contener vicios de forma que no puedan subsanarse, por ejemplo que el Presidente designe a un ministro en forma oral, cuando debe indefectiblemente hacerlo por escrito.

Si el acto viola los requisitos enumerados, será nulo de pleno derecho. El particular agraviado, antes de recurrir a la vía judicial, debe agotar el procedimiento administrativo, en todas sus jerarquías, presentando recursos de reconsideración y jerárquico de apelación. Recién ante la negativa del poder administrador, de dejar sin efecto o modificar el acto lesivo, puede recurrir a la vía judicial.

El particular para solicitar la nulidad del acto en sede judicial, debe utilizar el recurso ordinario o de plena jurisdicción, ante el juez competente, pudiendo pedir resarcimiento patrimonial por los perjuicios. Si se pide un recurso de anulación por afectar un derecho subjetivo, no procederá el derecho a indemnización, sino solo la anulación del acto. La nulidad deja sin efecto el acto desde el momento de ser otorgado, o sea, que se considera que nunca tuvo validez. Cabe diferenciarlos de los actos anulables, donde los actos existen hasta que sean declarados nulos, por ejemplo si les falta una forma no sustancial. Los actos anulables, pueden ser convalidados, subsanando sus vicios, o por el transcurso del tiempo de la prescripción. Siguiendo a Bielsa, que considera que los jueces no pueden declarar de oficio las nulidades administrativas, consideramos que según el artículo 1044 del C.C. argentino, son nulos los actos realizados con simulación o fraude presumidos por la ley, y son anulables los realizados con error, dolo, violencia y simulación no presumida por la ley (art. 1045 C.C.)

En principio el acto administrativo es irrevocable, por quien lo otorgó, o su superior jerárquico, cuando son regulares, o sea dictados por órgano competente y con las formas legales, sin embargo, puede revocarse de oficio, por la autoridad administrativa otorgante,

si es un acto irregular por carecer quien lo otorgó de competencia o presentar vicios de forma sustanciales. Por lo tanto, si por órgano competente y con las formas legales, se otorgó un derecho subjetivo, aún teniendo vicios sustanciales, no puede revocarse de oficio. Si el poder administrador quisiera revocarlos, deberá hacerlo por vía judicial.

En el año 2008, en la causa Duperial SA. C/ DGI, la Cámara en lo Contencioso administrativo, determinó anular un impuesto establecido a la empresa demandante, por la administración pública, por quien no era ni abogado ni contador, violando la imposición del art. 10 de la Ley de Procedimientos Fiscales que exige que quien sea designado como Juez administrativo debe poseer alguno de los dos títulos mencionados. Se argumentó por la Cámara que determinar la deuda constituía un acto administrativo, que en este caso no reunía un requisito esencial de competencia.

En este orden de ideas, la nulidad es una sanción legal que priva de sus efectos propios al acto viciado.

Es menester distinguir entre actos nulos (como nulidad absoluta e insanable) y anulables (como correlativa de nulidad relativa).

Todo depende de la gravedad del vicio que afecta a los elementos esenciales del acto, con lo cual hay una estrecha relación entre requisitos esenciales e invalidez, con lo cual si los elementos esenciales del acto administrativo constituyen el conjunto de requisitos que necesariamente deben concurrir para que el acto sea válido, la ausencia de estos requisitos o sus vicios determinan la invalidez.

La invalidez, entonces es una categoría genérica cuyas especies dependen de la gravedad del vicio que afecta a los elementos esenciales del acto, con lo cual hay una estrecha vinculación entre elementos y vicios.

Un acto administrativo es nulo de nulidad absoluta cuando carece de algunos de sus elementos esenciales, o padece un vicio grave. En cambio es anulable o de nulidad relativa, cuando todos sus elementos esenciales concurren pero alguno de ellos tiene un vicio leve o no fundamental. Las nulidades absolutas tienen las siguientes características:

A) No pueden ser declaradas de oficio por el juez en ningún caso como consecuencia de la presunción de legitimidad (Ganadera Los Lagos) y esencialmente por el principio de división de poderes.

Sin perjuicio de ello se ha sostenido por parte de la doctrina que si la invalidez es absoluta y manifiesta, y la ilegitimidad es grave correspondería que el juez de oficio anule el acto

Ello se fundamenta también en la doctrina de la CSJN sentada en el caso "Mill de Pereyra c/ Pcia de Corrientes s/ demanda contencioso administrativa" que acepta la declaración de oficio de inconstitucionalidad de una norma.

B) El acto afectado de nulidad absoluta debe ser revocado por ilegitimidad, aún en sede administrativa, excepto que el acto esté firme y consentido y haya generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo.

De lo expresado emerge en forma clara, que los actos administrativos gozan de presunción de legitimidad y cuentan con la fuerza ejecutoria que por ejemplo, en el orden nacional, les otorga el art. 12 de la Ley de procedimientos administrativo. Ello da lugar a que la Administración se ubique en una peculiar posición, que la doctrina ha denominado de "autotutela". Tal situación obedece a la propia dinámica del actuar del Estado y a las finalidades de interés público que el mismo persigue. Ella consiste básicamente que la administración por sí misma cuenta con la facultad de definir una situación jurídica sin necesidad de tener que recurrir a un juez (autotutela declarativa) y en la potestad de efectivizar materialmente la declaración contenida en el acto administrativo (autotutela ejecutiva), salvo que la ley o la naturaleza del acto exigieran la intervención judicial. Es en el justo equilibrio entre la libertad y la autoridad, entre el interés público y la vigencia de

las garantías y derechos individuales, que constituye el ámbito natural en el que debe debatirse la cuestión acerca de los efectos de la suspensión o anulación de un acto administrativo.

Este es el sentido de la Ley 3909, de la Provincia de Mendoza, cuando en el art. 75 establece que el acto administrativo regular se presume legítimo, mientras su posible nulidad no haya sido declarada por autoridad competente.

En cuanto a cuales actos son nulos, se debe corresponder con un vicio grave, según regula el art. 72 del mencionado cuerpo legal. Este análisis efectuado por ejemplo, en cuanto a su objeto, en el ámbito del art. 52 que dispone que el vicio es grave o grosero, según la importancia que en los casos concretos asuma la trasgresión, si el objeto: a- transgrede una prohibición del orden jurídico o normas constitucionales, legales o sentencias judiciales. b- Está en discordia con la situación de hecho regulada por el orden normativo. También el vicio del acto es grave, si su objeto: a- viola el principio de la estabilidad o irrevocabilidad de un acto administrativo anterior. b- Transgrede normas administrativas de carácter general dictadas por autoridad competente. También, según el art. 57 el vicio es grave, si el acto es dictado por un órgano incompetente en razón del grado, en los casos en que la incompetencia ha sido legítimamente conferida, pero el órgano se excede en la misma.

Luego, en cuanto hace a los vicios de forma, es grosero el vicio (art. 67) que carece de la firma del agente que lo emite, o bien constituyen vicios graves: a- la falta de documentación por escrito, en su caso. b- la falta de motivación, cuando esta es exigida y c- la notificación irregular.

3. Nulidad en el caso concreto:

En la perspectiva apuntada, el amparo impetrado no es procedente desde el punto de vista formal, desde que el mismo es un procedimiento de excepción, que puede ser utilizado, únicamente cuando no existan otras vías procesales. En el supuesto de autos, está acreditado que el actor tramita en el Expediente 2.418-A-08, idéntico reclamo al impetrado en éstos obrados.

A mayor abundamiento, observo que en autos ha mediado por parte del amparista, un sometimiento voluntario al procedimiento conciliatorio, tramitado por ante el organismo administrativo y que surge evidente, por el expreso pedido de intervención de la Subsecretaría de Trabajo, efectuado en nota que obra a fs. 1 del Expediente N. 1427-A-08, además de lo actuado a fs. 72, 74 y 76, en donde el amparista convalidó su actuación, al reencauzar el procedimiento de conciliación obligatoria, con su posterior concurrencia a las Audiencias fijadas, para discutir los temas planteados.

Por otro lado, desde el punto de vista sustancial, no se desprende de la demanda que interpone el amparista, en que normativa específica fundamenta la solicitud de nulidad. Entiendo, que a tenor de lo expresado en la misma, que se basaría en el art. 52 inc. a, en el sentido de que las resoluciones atacadas transgredirían el orden jurídico. Y digo esto, ya que no advierto en el análisis efectuado, que las Resoluciones atacadas violen otros aspectos previsto para la validez del acto administrativo, previsto en la Ley 3.909.

Al respecto, existe unanimidad de criterios de ambas partes, en el sentido de la historia que han tenido ambas resoluciones atacadas por el Sindicato.

Expresa el Sindicato, que después de la negociación paritaria, se acuerda con el Estado empleador un CCT ratificado por la Ley 7759 (B.O. 5/10/2007), que en su art. 1 expresa: "Ratificase el Decreto N. 1.630 de fecha 3 de julio de 2007, por el cual se homologa el CCT celebrado y ratificado el día 8 de mayo de 2007...". Agrega que el CCT firmado en el ámbito de la negociación paritaria puso fin al conflicto existente, sin perjuicio de que restaban arbitrar los medios necesarios para la puesta en vigencia del mismo. Que si bien la norma en cuestión se encontraba en vigencia desde julio de 2007, se

previó un plazo en las disposiciones transitorias del mismo CCT contenidas en los arts. 105 a 113 del instrumento, en el cual el Estado se comprometía a implementar los medios para la aplicación efectiva de las normas. Que se acordó una prórroga en la implementación, primero para el 1 de enero de 2008 y luego por sesenta días más. Que ante la falta de respuesta luego de vencido el plazo de prórroga, la Asamblea dispuso paro y movilización para el día 5 de junio, con retención del débito laboral por incumplimiento del CCT. Que con posterioridad la Asamblea declaró el estado de alerta y movilización para los días 8 y 10 de octubre de 2008, culminando con un día de paro de actividades, realizado el día 17 de Octubre de 2008. Que no obstante, que se realizó como retención del débito laboral, el Estado practicó el descuento del día de huelga.

Que frente a ello, el gremio solicita con nota fechada 30 de octubre de 2008, se dicte la conciliación obligatoria, denunciando la existencia del conflicto colectivo.

Que se efectuaron 13 audiencias en la Subsecretaría de Trabajo, hasta el 11 de marzo de 2009, en el ámbito del expediente administrativo 12521-A-08 y 3 Audiencias en el Expediente 14627-A-08. Que al no haber llegado a un acuerdo al respecto, se da por finalizada la etapa de conciliación obligatoria, en audiencia del 11 de Marzo de 2009. Que por este motivo, la Federación Sindical de la República Argentina de los profesionales de la salud, concretó un paro de actividades para el 7 de Abril de 2009.

Que por la misma causa, el 26 de marzo de 2009, se realizaron Asambleas en los lugares de trabajo de carácter informativo, y los días 14, 21 y 28 de Abril y una asamblea inter hospitalaria el 4 de mayo de 2009.

Que el 15 de Abril, mediante mandato la asamblea decide medidas de acción directa. Que se notifica en audiencia del 16 de abril de 2009, que se ratifica el paro de actividades sin concurrencia a los lugares de trabajo para los días 22 y 23 de abril de 2009 y se anuncia, que también habrá paro los días 29 y 30 de abril de 2009, además de movilización y asambleas.

Que de tal modo, se efectivizan los paros anunciados para los días 22 y 23 de abril y que en fecha 28 de Abril de 2009, se dicta de oficio por la Subsecretaría de Trabajo, un nuevo llamado a conciliación obligatoria, mediante Resolución N. 2.754/09, la que es resistida por la amparista, por considerarla extemporánea e improcedente, ya que de lo contrario sería otorgar una duplicación de la conciliación, vulnerando el derecho de huelga. Que en fecha 29 de abril del 2009, mientras se encontraba desarrollándose el paro de actividades, la Subsecretaría de trabajo, argumentando que por haber tomado conocimiento por medios periodísticos que la entidad gremial no acataría el llamado a conciliación obligatoria, efectúa una intimación al gremio a acatar en forma inmediata la conciliación obligatoria y a abstenerse de realizar medidas de acción directa, bajo apercibimiento de ley. Que dicha Resolución fue notificada el mismo día 29. Que a la vez, los directores y encargados de recursos humanos de los hospitales aclaraban que se estaba cumpliendo con los servicios esenciales.

Que por último la Subsecretaría de Trabajo, dicta la Resolución 2.895/09, mediante la cual se declara la ilegalidad de la huelga.

Frente a ello manifiesta que la Autoridad de aplicación al generar una nueva conciliación, era dar una duplicidad de conciliaciones con el único objeto de vulnerar el derecho de huelga. Que al Gobierno en el marco del Expediente N. 12.521/A/08 se les había tocado el tema salarial y su propuesta era poner en vigencia el convenio colectivo de trabajo, por lo que mal puede decir que se trataban de conflictos distintos. Expresa que la vía escogida es la idónea ya que la Asociación Gremial considera que el Estado empleador ha utilizado el llamado a conciliación obligatoria y la correlativa declaración de ilegalidad de la huelga, como la amenaza de descuento de los días de paro, como medidas tendientes a coartar el derecho de recurrir a medidas de fuerza agotada la conciliación obligatoria.

Insiste la parte actora en que según las constancias del Expediente N. 14.627/A/2008, el emplazamiento que precedió al acto declarativo de la ilegalidad de la huelga, fue notificado el día 29 de abril de 2009, cuando el paro estaba en plena ejecución, no teniendo la Comisión Directiva mandato de Asamblea para levantarlo.

Expresa también que todas las actuaciones que enmarcan el conflicto (Expedientes N. 12.521-A-08 y 14.627-A-2008), por ser materia administrativa debe prevalecer el principio de la verdad material sobre el principio de la verdad formal.

El relato es casi simétrico en cuanto expresa la parte demandada, en el sentido de que existen dos procesos administrativos claramente diferenciados. Así dice que el amparista solicitó la apertura de dos expedientes administrativos por ante la Subsecretaría de Trabajo: 1- El N. 12.521/A/2008, que consistía en una conciliación obligatoria a los fines de efectivizar el cumplimiento del CCT Ley 7.957, tal como textualmente reza la nota suscripta por la Dra. Del Popolo, en representación de AMPROS. Que por tanto el objeto de dicha pieza administrativa, era lograr poner en vigencia el CCT del Sector Profesionales de la Salud. 2- Que simultáneamente tramitaba otro Expediente, el N. 14.627/A/2008, iniciado el 10 de Diciembre de 2008, a petición de AMPROS, en donde la Sra. Secretaria General del Sindicato mencionado, solicita al Sr. Subsecretario, se digne convocar a la Comisión Negociadora Permanente de Interpretación, aplicación Salario y Relaciones laborales, con el objeto de tratar en la misma el incremento salarial que le corresponderá percibir a los profesionales de la salud que se desempeñen en las distintas áreas de la Provincia durante el año 2009.

Que en definitiva, tramitaron por ante la Subsecretaría simultáneamente dos expedientes a solicitud de AMPROS con objetos absolutamente diversos.

Que en relación a la solicitud del amparo, que tiene como objeto que ésta Cámara revoque o anule las Resoluciones N. 2.754 y 2.895 de la Subsecretaría de Trabajo, ambas emanadas del Expediente N. 14.627/A/2008, alega la Entidad sindical que las mencionadas resoluciones constituyen conducta antisindical del Gobierno de Mendoza.

Que ambas resoluciones tienen origen en el Expediente N. 14.617, iniciado el 10 de diciembre de 2008, a petición del sindicato, a partir de la nota presentada por la Sra. Secretaria General, donde peticiona "...se digne a convocar a la Comisión Negociadora Permanente de Interpretación, Aplicación, Salario y Relaciones Laborales, con el objeto de tratar en la misma, el incremento salarial que le correspondería a los profesionales de la salud...Que el único temario a convenir, serán remuneraciones y las bonificaciones que en cada caso resulten de aplicación.

Que en razón del objeto perseguido en el Expediente N. 14.627, se desarrollaron audiencias conciliatorias los días 26 de marzo, 8 de abril, 16 de abril de 2009, es decir que solo tres Audiencias pudieron desarrollarse a fin de discutir la pauta salarial para el sector. Que no habiéndose tomado medida legal alguna frente a la medida convocada por AMPROS para los días 22 y 23 de Abril de 2009 y vistos los perjuicios ocasionados por el paro, la Subsecretaría de oficio y según constancias en dicho Expediente, toma intervención según constancias del Expediente 14.627, en donde considerando que se encontraban comprometidos los servicios esenciales en los términos del art. 24 Ley 25.877 y el Decreto 272/06, se aconseja proceder a dictar la instancia de conciliación obligatoria en el conflicto.

Que en mérito a lo expresado el Sr. Subsecretario de Trabajo de la Provincia, emite la Resolución N. 2.754/2009 que dispone declarar abierto el procedimiento de conciliación obligatoria laboral y que a partir de la notificación de tal resolución, las partes deberán abstenerse durante el plazo de ley, a efectuar las medidas de acción directa.

Que luego se notificó debidamente a la entidad gremial la mencionada resolución, la Entidad gremial decidió seguir adelante con las medidas de acción directa y ante la falta

de acatamiento de lo dispuesto en la Ley 4.974 y 14.786, dispuso el emplazamiento destinado a que AMPROS en forma inmediata acatara la conciliación obligatoria dictada.

Que la Entidad gremial no da cumplimiento al emplazamiento y además cuestiona la legitimidad de la misma con nota presentada el día 29 de abril de 2009. Por lo que ante la posición asumida por el Sindicato, la Autoridad administrativa declaró la ilegalidad de las medidas de acción directa desarrolladas por violación a la Resolución 2.754/09, antes mencionada y así lo hizo al emitir la Resolución 2.895/09.

Que existen motivos para el rechazo del amparo intentado. Ante todo la vía elegida no resulta pertinente en un doble sentido, Por un lado, en virtud de lo establecido en el art. 43 C.N., para la procedencia del mismo no debe existir otra vía procesal más idónea que el amparo y que en el caso que nos ocupa, el amparista tenía a su disposición el recurso de apelación regulado en el art. 105 Ley 4.974. Que no solo poseía legitimación para ello sino que de hecho lo promovió, encontrándose el mismo en trámite. Que esta vía es la más idónea en cuanto hace a la necesidad de revisión de los actos administrativos que el sindicato sostiene le causa un grave perjuicio. Que no puede el sindicato valerse de una vía excepcionalísima, cuando está prevista la vía recursiva prevista en la norma citada.

Que tampoco resulta idónea la vía elegida por el Sindicato, desde que la Doctrina y Jurisprudencia sostienen que la revisión de la legalidad o ilegalidad de la huelga efectuada por la Autoridad administrativa, corresponde ser efectuada por los Tribunales frente al caso concreto, es decir, frente al conflicto individual.

El Gobierno además afirma que en virtud de los hechos reconocidos por la actora en su escrito inicial, la Resolución 2.754/09 y 2.895/09, han sido legítimamente dictadas con apoyo de las circunstancias de hecho y derecho, en cuanto hace a la declaración de ilegalidad de la huelga.

Que la negociación salarial con AMPROS del año 2009 está enmarcada en el Expediente N. 14.627/A/2008. Que dichas actuaciones se inician a instancia del Sindicato, cuando solicita se convoque a la Comisión Negociadora Permanente de Interpretación, Aplicación Salario y Relaciones Laborales, con el objeto de tratar el incremento salarial para los profesionales de la salud en el año 2009.

Que luego se llevaron a cabo solo dos Audiencias, previa a que el Sindicato convocara a la primera medida de acción directa. Que a fs. 41 de tales obrados la entidad sindical denuncia la realización de una medida de acción directa (paro de actividades) para los días 22 y 23 de abril de 2009, por no haber obtenido respuesta frente al incremento salarial solicitado e incumplimiento del CCT. Que luego la Entidad sindical ratifica la medida mencionada para los días antedichos y comunica que también habrá paro de actividades para los días 29 y 30 de abril de 2009.

Que ante el paro de los días 22 y 23 de Abril, el Gobierno no toma ninguna medida legal.

Que luego al verse afectados los servicios esenciales de la salud, se decide dictar de oficio la conciliación obligatoria mediante Resolución N. 2.754/08, para fecha 28 de abril de 2009, la que fue notificada a las partes intervinientes. Que en dicha Resolución se hacía saber a las partes que debían abstenerse durante el plazo de ley a efectuar medidas de acción directa. O acciones que vulneren situaciones anteriores, bajo apercibimiento de lo dispuesto en las leyes 4.974, 14.786 y 25.977.

Que posteriormente y ante el conocimiento por medios periodísticos de que el sindicato no acataría la conciliación obligatoria, emplaza al Sindicato a que acate la conciliación obligatoria. Que la Entidad gremial continúa con las medidas de acción directa y un rechazo expreso al acatamiento de la Resolución 2.754/09 y al desconocimiento de la legitimación de la Autoridad administrativa local, la Subsecretaría de Trabajo de la Provincia solicita la intervención del Ministerio de Trabajo, Empleo y

Seguridad Social, en su carácter de autoridad de aplicación de la Ley 23.551, en relación al conflicto suscitado en la jurisdicción de la Provincia. Que esto motivo la emisión de la Resolución N. 522/09 de la Secretaría de Trabajo del Ministerio de Trabajo de la Nación y que expresaba que la Autoridad laboral provincial resultaba competente para entender e intervenir en el conflicto colectivo en cuestión, conforme a la legislación provincial, sin perjuicio de las competencias propia de la cartera Nacional en materia de negociación colectiva y conflictos colectivos de trabajo. Que el no acatamiento por parte de AMPROS de la conciliación obligatoria dispuesta por la Autoridad provincial mediante la Resolución 2.754/09, encuadra en el supuesto previsto por el art. 56 inc. 2, punto b, de la Ley 23.551. Se intima a la Entidad Sindical al cumplimiento de lo dispuesto por la Resolución de la Subsecretaría de Trabajo N. 2.754/09, bajo apercibimiento de lo previsto en el art. 56 inc. 3 Ley 23.551.

Manifiesta que pese al reconocimiento expreso por parte de la Autoridad nacional de las competencias expresas mencionadas, el Sindicato continuó con su actitud de franca oposición al procedimiento de conciliación obligatoria, en la ilegalidad de la medida de acción directa por no haberse ejercido el derecho constitucional de huelga dentro de los instrumentos reglamentarios tales como el acatamiento al procedimiento de la conciliación obligatoria prevista en la Ley 4.974 y Ley 14.786. manifiesta además, que dicha falta de acatamiento a la conciliación obligatoria por parte del Sindicato imposibilitó la realización del trámite dispuesto por el art. 24 Ley 25.877 y Decreto 272/06 para conflictos colectivos que afecten servicios esenciales que ante semejante situación, la Subsecretaría de Trabajo no tuvo otra opción que dictar la Resolución N. 2.895/09, declarando la ilegalidad de la medida de huelga dispuesta por el Sindicato en violación a la Resolución N. 2.754/09.

4- Expediente administrativo N. 12.521/A/08: Que de la lectura de estas actuaciones, se aprecia que efectivamente a fs. 1, que en nota presentada por la Sra. Secretaria General del Sindicato, Dra. D.P., para fecha 30 de octubre de 2008, que la entidad sindical había advertido a la Subsecretaría de Trabajo el estado de alerta y movilización y "Que esa decisión y la implementación de un día de paro que se efectivizara el día 17 de Octubre pasado, fue dispuesta frente al incumplimiento por parte del Gobierno Provincial de lo que de común acuerdo se había fijado como cronograma de actividades para efectivizar el cumplimiento del CCT Ley 7.957... que al haber agravado las situaciones fácticas entre las partes afianza la posibilidad de que el conflicto se extienda... es que viene a solicitar que en un plazo de 48 hs., se dicte la conciliación obligatoria" (sic. fs. 1).

A fs. 8 de dicho Expediente, obra una nueva presentación del Sindicato, bajo el título de Responde Respuesta, en donde vuelve a solicitar la implementación del CCT (fs. 8, 9).

Luego, en Acta que obra a fs. 11, se vuelve a tocar el tema de adicionales de actividad crítica, previstos en el CCT.

El mismo tenor sucede a fs. 12, en Acta de Audiencia celebrada para fecha 9 de setiembre, en el que se solicita el cumplimiento efectivo de las actas de referencia y su inmediata implementación de acuerdo al art. 2 del CCT.

A fs. 13 sucede lo mismo en relación al adicional por productividad, a fs. 14, protocolización y creación de cargos.

A fs. 15 el amparista solicita nuevamente el cumplimiento del CCT.

A fs. 17, obra nota de AMPROS, cuya copia obra a fs. 1 del Expediente Administrativo 12.521, en donde se solicita efectivizar el cumplimiento del CCT Ley 7957.

A fs. 33 obra dictamen y a fs. 35, Resolución del Sr. Subsecretario de Trabajo de la Provincia en la que declara abierto el procedimiento de conciliación obligatoria, en el

marco del Expediente N. 12.521-A-08.

A fs. 34, obra notificación de la mencionada Resolución a AMPROS.

A fs. 40, obra nota que se titula INCUMPLIMIENTO DE CCT LEY 7.759, y se detallan los aspectos que supuestamente se habrían incumplido.

Se suceden luego distintas audiencias celebradas en el marco de la conciliación Obligatoria dictada por la Subsecretaría, que había sido acatada por las partes. Por ejemplo, a fs. 62/66, obra Propuesta de Ampros, conciliación obligatoria.

A fs. 68, en nota dirigida al Sr. Ministro de Hacienda, se le solicita a instancias del Sindicato la remisión del proyecto de presupuesto de 2009 a la H. legislatura, con temas que hacen a la implementación del CCT. Dicha nota se reitera a fs. 69 al Sr. Ministro de Desarrollo Humano y a fs. 70 al Sr. Ministro de Gobierno.

A fs. 83, obra nota dirigida al Sr. Presidente del IPV, de igual tenor a las anteriores, es decir solicitando comunicar temas que hacen a la implementación del CCT. Dichas notas se reiteran a los Ministerios antes mencionados a fs. 84, 85 y 86.

A fs. 106/122, obra lista de profesionales incorporados al art. 11 Ley 5.957, en el marco del CCT.

A fs. 128/130, nómina de profesionales con función jerárquica, correspondiente al art. 12 Ley 7.559.

Sigue el Expediente vinculando aspectos relacionados con la implementación del CCT y vemos a fs. 149, que obra Acta de Audiencia celebrada para fecha 18 de febrero de 2009, en donde se discute la implementación de adicionales por actividad crítica y semicrítica. A fs. 152, relativa al adicional "especialidad".

Así se suceden los informes y las distintas Actas en donde constan las diversas audiencias realizadas a los efectos conciliatorios en donde se van arribando a distintos acuerdos. Así a fs. 176, obra nota de la Sra. Secretaria General del sindicato, en el que solicita al Sr. Subsecretario de Trabajo, la homologación de todo lo acordado con las autoridades provinciales. Que dicha homologación y posterior decreto del Poder ejecutivo, dará cumplimiento efectivo a los derechos que fueran expresamente reconocidos en el CCT vigente a partir de 2007. Que cabe consignar que lo requerido también representa un compromiso expresamente contraído por la Administración Pública de la Provincia, en oportunidad de celebrarse las Actas en las que tuvieron origen el dictado de la conciliación Obligatoria dispuesta por la Subsecretaría de Trabajo a solicitud de nuestra Asociación" (sic. Fs. 176). Todo en el marco del Expediente N. 12.521-08.

Luego a fs. 177/180, obra dictamen en el que se recomienda al Sr. Subsecretario la homologación solicitada y a fs. 180, obra decreto, en el que el Sr. Subsecretario de Trabajo, visto el dictamen que antecede, remite los autos originales al P.E. a los efectos de la homologación de los acuerdos alcanzados en autos (marzo de 2009).

A fs. 184, obra oficio de petición de los presentes obrados por la presente Cámara del Trabajo y a fs. 185, obra decreto por el que se remiten copia certificada de las actuaciones 12.521, que no ha sido cuestionada por las partes.

5. Expediente administrativo N. 14.627: A fs. 1 de las referidas actuaciones, obra nota en la que la Sra. Secretaria General de AMPROS, se dirige al Sr. Subsecretario de Trabajo y le solicita "...se digne a convocar a la Comisión Negociadora Permanente de Interpretación, aplicación, Salario y Relaciones laborales, con el objeto de tratar en la misma el incremento salarial que le corresponde percibir a los profesionales de la Salud, que se desempeñen en las distintas áreas de la Administración de la Provincia durante el año 2009. Que el único temario a convenir, serán las remuneraciones y las bonificaciones que en cada caso resulten de aplicación..." (sic., fs. 1).

A fs. 2, obra dictamen de la Subsecretaría relativo a la conformación de la mencionada Comisión.

A fs. 13, obra presentación de AMPROS por ante la Subsecretaría de Trabajo en la que solicita la convocatoria a los integrantes de la Comisión Negociadora (fs. 13).

A fs. 16, obra nuevo dictamen de la Subsecretaría de Trabajo en el que se aconseja fijar audiencia a los efectos del inicio de la discusión salarial.

A fs. 17 obra presentación del sindicato en el que informa paro de actividades para el 7 de abril de 2009, por supuestos incumplimientos salariales del Gobierno.

Luego a fs. 22, obra constancia de Audiencia celebrada el 26 de marzo en el que AMPROS promueve en el ámbito de la comisión Negociadora, la discusión de incremento salarial.

A fs. 39, obra constancia de Audiencia celebrada el 8 de abril de 2009, en el que se sigue discutiendo salarios.

A fs. 40, obra presentación de la Entidad Sindical en la que ratifica solicitud de incremento salarial.

A fs. 41, obra nueva presentación de AMPROS, en la que comunican al Sr. Subsecretario de Trabajo, paro de actividades para los días 22 y 23 de abril de 2009.

A fs. 42/44, se corre vista a los Ministerios de Salud y Desarrollo Humano.

A fs. 45, se celebra nueva Audiencia el 16 de abril de 2009, en el que también se discute salarios.

A fs. 46, obra dictamen de la Subsecretaría en el que se recomienda someter el conflicto a conciliación obligatoria.

A fs. 47, obra constancia de la Resolución 2.754/09 (que es una de las que el sindicato solicita la nulidad), en la que se declara abierto el procedimiento de Conciliación laboral obligatoria.

A fs. 49, obra notificación a la entidad sindical, en la persona de su Sra. Secretaria General.

A fs. 50 y 51 se notifica a los Ministerios de Salud y Desarrollo Humano.

A fs. 52, obra emplazamiento del Sr. Subsecretario de Trabajo al Sindicato, en mérito a que según manifiesta tomó conocimiento por medios periodísticos que el Sindicato no acataría la conciliación obligatoria, a que acate la misma. Dicha Resolución se notifica a fs. 53.

A fs. 54, obra presentación de AMPROS, para fecha 29 de Abril de 2009, en el que plantea el rechazo a la conciliación laboral obligatoria y recurre la Resolución 2.754/09.

Expresa al respecto, que al haberse concluido de común acuerdo la etapa de conciliación obligatoria abierta por el organismo en el Expediente N. 12.521-A-2008, dando origen al Expediente 14.637-A-08. Allí expresa que dicho acto administrativo es nulo de nulidad absoluta, atento a que dichas actuaciones acreditan el incumplimiento del convenio colectivo, en el pago de los adicionales convenidos y la falta de reglamentación del adicional por actividad crítica y semicrítica y especialidad y agrega, falta de propuesta en materia salarial.

A fs. 57 obra informe del Hospital Lagomaggiore, fechado 29 de abril de 2009, en el que se informa que no se puede facilitar información específica sobre el ausentismo de profesionales, pero que si se ha podido establecer un 85% de ausentismo y se atienden guardias normalmente.

A fs. 58 obra informe del Hospital Notti, del 29 de abril de 2009, en el que consta que no se posee información exacta respecto del ausentismo, pero que por el ausentismo se atiende solo las urgencias como días feriados y domingos.

A fs. 59, obra informe del Hospital Central, también del 29 de abril del corriente, en el que se detalla un 90% de ausentismo. Que solo se brindan los servicios de guardia general y servicios críticos.

A fs. 60, obra oficio del H. Perrupato, también del 29 de abril de 2009, en el que se

informa que la adhesión al paro de AMPROS ha sido del 100%.

A fs. 64/68, obra dictamen de la Subsecretaría de Trabajo

A fs. 69/71, obra Resolución N. 2.895/09, fecha 30 de abril de 2009, en el que se declara la ilegalidad de la medida de acción directa efectuada por AMPROS y que también es objeto del planteo de nulidad por parte del amparista. Dicha Resolución se notifica a fs. 73 al Sindicato.

A fs. 72, obra presentación del Sindicato ante la Subsecretaría en donde indica que para fecha 7 y 8 de mayo del corriente, se ha dispuesto paro de actividades.

A fs. 74, obra presentación del Sindicato, en el que informa a la Subsecretaría que sin perjuicio de no consentir la ilegalidad de la medida de acción directa declarada, asistirá de todos modos a una audiencia de conciliación convocada por el órgano administrativo.

A fs. 76, obra Resolución de la Subsecretaría por la que decide reencauzar el conflicto por el procedimiento de la conciliación obligatoria. Y se fija Audiencia de conciliación, para el 8 de mayo. A fs. 80, obra constancia de realización de dicha Audiencia, con representantes del sindicato y del Gobierno.

A fs. 81 y vta., obra constancia de audiencia celebrada para fecha 8 de mayo del corriente, entre AMPROS y representantes del gobierno, en el que se discute salarios: "incremento salarial, independientemente del CCT del Sector Profesionales de la Salud" (sic. Fs. 81) y el Sindicato responde: "... que no se aceptaría ninguna propuesta que no implicara aumento del básico" (sic. Fs. 81).

A fs. 82, obra constancia de presentación de FESPROSA, en la que comunica la realización de jornada de lucha contra la precarización laboral para el 20 de mayo de 2009.

A fs. 83, se inician una serie de fojas relativas a reclamo por descuento de día de paro. De fs. 84/100, obran copias de bonos de sueldo. A fs. 101/105, obran informes periodísticos.

A fs. 106, obra constancia de Audiencia celebrada para fecha 14 de mayo de 2009, entre representantes del AMPROS y del Gobierno, en la que el Sindicato rechaza la propuesta del 8 de mayo y el sindicato solicita que en la próxima audiencia se traiga una nueva propuesta de mejora salarial (sic. Fs. 106). Se fija nueva Audiencia para el 19 de mayo.

A fs. 108, obra constancia de audiencia fecha 19/05/09, en la que el gobierno hace una propuesta de aumento salarial para los profesionales de la Salud y se fija una nueva Audiencia para el 21 de mayo.

La Audiencia del 21 de mayo obra a fs. 112, en la que el Sindicato manifiesta que es aceptada la propuesta del gobierno, pero no el carácter del incremento (sic. Fs. 112). La contestación del Gobierno obra a fs. 113, en la que expresa que "acepta la contrapropuesta del gremio y en base a ella se fija un incremento salarial de emergencia..." (sic. Fs. 113).

A fs. 114, obra decreto de la Subsecretaría de Trabajo, en la que se remiten las actuaciones al Ministerio de Gobierno, a los efectos de que homologue el acuerdo alcanzado.

Asimismo se ordena se desglose, formando un nuevo Expediente.

A fs. 116, se presenta AMPROS por ante la Subsecretaría de Trabajo, con el objeto de solicitar audiencia con el Gobierno, a los efectos de tratar el tema de los adicionales por actividad crítica y semicrítica del Régimen 27. Audiencia que se fija para el día 11 de agosto a fs. 117.

A fs. 118/122, se notifica al Ministerio de Salud y a los Hospitales.

A fs. 123, obra constancia de audiencia celebrada para fecha 6 de julio de 2009, por AMPROS, el Ministerio de Salud y varios Hospitales, en el que el Sindicato formula planteo de la problemática referida a los adicionales por actividad crítica y semicrítica del Régimen 27. Dicha Audiencia fue convenientemente notificada por la subsecretaría de

Trabajo, según constancias que obran a fs. 124/134.

A fs. 135, obra constancia de audiencia celebrada para fecha 11 de Agosto de 2009, en el que tanto el Gobierno, representado por el Ministerio de Salud, OSEP, como AMPROS, llegan a "...un común acuerdo para que se comience a abonar el retroactivo al mes de Abril de 2009 por actividad crítica a todos los profesionales del régimen 27...".

A fs. 139, se celebra una nueva Audiencia, en la que tanto el Ministerio de Salud, como AMPROS y los directores de los hospitales Notti, Lagomaggiore y Central, la entidad sindical manifiesta que el adicional internación como actividad crítica, alcanza a todos los profesionales que asistan a pacientes internados, aunque no pertenezcan al servicio de denominación del mismo, se encuentran alcanzados por el mencionado adicional. Y las partes deciden seguir discutiendo el tema en el ámbito de la comisión Negociadora del CCT.

6. Objeto del amparo: Solicita el amparista que se disponga el cese inmediato de los efectos de la conciliación obligatoria y la declaración de ilegalidad de la huelga (fs. 314 vta.), por violación del derecho de huelga, declarando la nulidad de las Resoluciones 2.754/09 y 2.895/09 de la Subsecretaría de Trabajo de la Provincia, ordenándose el reintegro del descuento del día de huelga y el no descuento del resto de los días de paro.

7. Derecho de huelga: Al respecto, en relación al Derecho de Huelga, tengo presente que: "la huelga es un derecho que la Constitución concede a los gremios y consiste en la abstención colectiva y concertada de la prestación laboral, con carácter temporal y con abandono del lugar de trabajo, como forma de presión sobre la voluntad del empleador, con el propósito de conseguir un beneficio mediante la sanción de una nueva disposición o la reforma de una vigente, o bien, el cumplimiento de una norma en vigor. Es un derecho de raigambre constitucional que está especialmente garantizado en el art. 14 bis. Es un derecho operativo (no programático), es decir, puede ser invocado y ejercido aunque no haya ley reglamentaria a su respecto. En esta materia no existe una ley de fondo, sino que la normativa vigente apunta a reglamentar los servicios esenciales y a fijar un procedimiento de solución de conflictos. Es obvio que en esta definición subyace la idea de producir un perjuicio al sujeto pasivo de la huelga, que es el empleador, por el cual cabría preguntarse cuál es la medida o extensión del daño permitido. Con relación a este punto, coincido con Álvarez, quién, luego de descartar la teoría de la conmutatividad de los sacrificios y del daño injusto acogida por la jurisprudencia italiana, postula que los trabajadores tienen el poder jurídico de ocasionar todo el daño que produzca su no hacer, independientemente de su coyuntural cuantía y de si "en determinados casos" excede, por las circunstancias fácticas, del perjuicio habitual de la abstención. Es decir, todo el daño producido por la abdicación de la prestación laboral debe ser soportado por el empleador y no habría que confundir los efectos de la huelga con las consecuencias dañosas que provienen de otras conductas que implican un hacer que perjudicó y que excede el marco del conflicto, porque estos daños caerían dentro del espectro de responsabilidad aquiliana (por ejemplo, daños producidos por los trabajadores a las máquinas y demás bienes del empleador)" (Grisolía, Julio, derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, T. II, Lexis Nexis, Bs. As., 2004, p. 1720/21).

Luego, en relación al fin de la huelga, sostiene Grisolía: "La huelga se caracteriza por el fin esencialmente profesional que la determina. Entre los profesionales que debe perseguir se encuentran los que tienden a lograr una mejora en las condiciones de trabajo, la aceptación del empleador de reclamaciones profesionales, el reconocimiento de un nuevo derecho, o que se evite el desconocimiento de uno existente. Sin embargo, la O.I.T., ha señalado que los intereses defendidos por los trabajadores, no sólo incluyen los anteriormente mencionados, sino que también engloban la búsqueda de soluciones para las cuestiones de política económico-social y los problemas que se plantean en la empresa y

que interesan directamente a los trabajadores" (Grisolía, Julio, ob. cit. T. II, p. 1722).

En este punto, sigo la opinión del prestigioso maestro uruguayo, Dr. O.E.U., quién expresa en sentido general del concepto: "en Uruguay (lo mismo que en Argentina, el subrayado me pertenece), la huelga es un derecho reconocido por la Constitución y no existe una definición legal. La definición y delimitación quedan, así, en manos de la doctrina (el caso del concepto que brinda el Dr. G., el subrayado me pertenece), a la que se le abren dos posibilidades: prescindir de una definición apriorística o elaborar una definición amplia. En Brasil, la Constitución tampoco define a la huelga, aunque prevé la posibilidad de que sea ejercida con abuso. La prescindencia de una definición "a priori", como se dijo, es la solución propugnada por Ricardo Mantero, que remite a la práctica, de conformidad, asimismo, con la mayor parte de la doctrina y jurisprudencia italianas: será huelga, lo que sus titulares (el sindicato o el colectivo de trabajadores en conflicto), asuma como tal, en el marco de un conflicto colectivo de trabajo. La alternativa es la formulación de una definición amplia de la huelga, la que, aún a pesar de su amplitud, debe ser manejada con "pinzas" ya que siempre será tentativa y provisional. Siempre correrá el riesgo de quedar desactualizada, superada por el ya reiteradamente mencionado dinamismo que se da en esta materia. La amplitud de una eventual definición de la huelga, viene impuesta en primer lugar, por la propia Constitución, que tanto en Brasil como en Uruguay (lo mismo que en Argentina), incluye a la huelga sin definirla, en la parte dedicada a los derechos fundamentales. La constitución no crea ni concede el derecho de huelga. Reconoce su existencia. En este marco, toda definición corre el riesgo de resultar restrictiva y dar razón a las sentencias de que en esta materia, "definir es limitar" o "definir es excluir". Ahora bien, una definición amplia, de la huelga debe prescindir por una parte de la imposición de fines u objetivos, y por la otra, no puede circunscribirse al carácter suspensivo de la relación laboral. La definición de la huelga como mera suspensión, excluye todas las modalidades que no suponen suspensión del trabajo. En este marco, nosotros mismos hemos propuesto definir a la huelga como toda omisión, reducción o alteración colectiva del trabajo, con una finalidad de reclamo o protesta o como alteración colectiva del trabajo con finalidad de autotutela... Todas estas definiciones amplias, al prescindir del efecto suspensivo de la huelga, sustituyéndolo por el de alteración o perturbación de la normalidad productiva, permiten incluir en el concepto de huelga a varias de las denominadas formas atípicas. Tienen así un efecto inclusivo al evitar la exclusión. Prescinden también, de entrar en el detalle del elemento finalístico, concentrándolo solamente en la noción de autotutela; con la cual evitan que la limitación o la exclusión se produzca a través del cercenamiento de los objetivos perseguidos por la huelga. Esto se relaciona con el concepto de huelga abusiva. ... el abuso del derecho, ha sido otra técnica limitatoria del derecho de huelga. En tal sentido no hay espacio en el derecho de huelga, para la proporcionalidad ni casi para el abuso del derecho. Las únicas hipótesis de huelga abusiva, sería la finalidad desviada y el no respeto por los servicios esenciales (el subrayado nos pertenece) y no compartimos la extensión jurisprudencial y doctrinal que considera abusivas a las huelgas que no se ajustan a requisitos legales que poco o nada tienen que ver con el abuso del derecho. De tal modo que la recepción como modalidades de ejercicio de derecho de huelga, de una amplísima gama de denominadas formas atípicas de huelga, ha sido sostenida también por el Comité de Libertad Sindical y por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios colectivos y Recomendaciones de la OIT. La importancia de sus pronunciamientos, debida al prestigio de estos órganos de control, se acrecienta en el caso uruguayo (como en el argentino), ante la ausencia de definición legal del derecho de huelga. Como bien se sabe, el Comité y la Comisión han sostenido en varias ocasiones que: "las modalidades del derecho de huelga tales como la huelga de brazos caídos, las huelgas de celo, el trabajo a ritmo lento o la ocupación de la

empresa o del centro del trabajo, solo puede ser limitada en los casos en que la huelga dejase de ser pacífica, posición que se extiende igualmente a los piquetes (OIT, La Libertad sindical, trad. Español, 4 edición, ginebra, 1996, pag., 115 y OIT, Libertad sindical y negociación colectiva, traducción español, ginebra, 1994, p. 81). Como también se ve, resulta coincidente con la afirmación del maestro Pla Rodríguez, en el sentido de que, salvo el sabotaje, cualquier otra forma de lucha puede ser vista como una modalidad de huelga. Surge de todo lo expuesto, que la mayor parte de las medidas de conflicto colectivo, son catalogables como formas de ejercicio del derecho de huelga. Ahora bien, las que no son huelgas y se dan fuera de ellas, qué son? Se trataría de medios de acción sindical, cuya licitud se basa en la consagración constitucional de la libertad sindical y en los convenios Internacionales del Trabajo (OIT) N. 87 y 98. Más aún, el capítulo III de la Recomendación N. 143 de la OIT, prevé a texto expreso, medidas de acción sindical tales como el libre acceso de representantes sindicales a los locales de trabajo, el cobro de cuotas sindicales en ellos, el uso de carteleros y la distribución de folletos, publicaciones y documentos. Por supuesto, por amplio y evolutivo que sea el concepto de huelga, el mismo no absorbe todas las posibles formas de acción sindical. Las no calificables como huelga, son formas de ejercicio de actividad sindical, en el marco de la Constitución y de las Normas Internacionales" (Ermida Uriarte, Oscar, La flexibilización de la huelga, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 1999, p. 45/51).

8. Servicios esenciales: Ahora bien, hemos dicho que el límite, además del abuso del derecho, pasa por el no respeto de los servicios esenciales, al respecto, también siguiendo los lineamientos de la OIT al respecto. Así: "Etala apunta que no obstante el reconocimiento de la jerarquía constitucional del Convenio 87 de la OIT, por parte del art. 8.3, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el art. 22.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles, y Políticos (art. 75 inc. 22 C.N.), no hace cuestionable su reglamentación con fundamento constitucional, puesto que tanto la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones y el Comité de Libertad Sindical, ambos órganos de control de la OIT, han admitido limitaciones en el ejercicio del derecho de huelga aplicables a los servicios esenciales de la comunidad (Etala, Carlos A., Reglamentación de la huelga en los servicios esenciales, TySS 2000-964/966)... Desde esta perspectiva y analizando los pronunciamientos del Comité de Libertad Sindical, se admite la introducción de restricciones al derecho de huelga en dos áreas: a- respecto de los funcionarios públicos "stricto sensu", entendidos como todos aquellos que actúan como órganos del poder", considerándose en cambio, que no será apropiado restringir el derecho de huelga a todos los trabajadores del Estado y b- en los servicios esenciales en el sentido estricto del término, no importando que éstos servicios sean prestados por instituciones públicas o privadas" (Ermida Uriarte, la huelga en los servicios esenciales, DT 203-B-968/982). Siguiendo a Ermida Uriarte, se puede afirmar que la determinación de la huelga en los servicios esenciales, implica analizar tres temas fundamentales: la fuente de la reglamentación, el tipo o forma de definición y la regulación específica. La fuente puede ser legal, como sucede en nuestro país, Brasil y Uruguay, donde existen disposiciones específicas sobre los servicios esenciales, o bien puede estar regulado en los convenios o en directivas de los sindicatos, como sucede en Suecia o Alemania respectivamente. Formas similares de autorregulación se registran en algunos de los pactos sociales españoles e Italia. Más complejo es la definición conceptual, ya que la doctrina identifica tres técnicas para determinar que actividades deben ser consideradas como servicios esenciales: 1- definir en términos generales lo que debe entenderse por servicios esenciales; 2- enumerar las actividades incluidas y 3- delegar en un órgano estatal la facultad de determinación de lo que debe entenderse por servicio esencial. En cuanto a la definición resulta adecuado la restringida que dio la OIT, al considerar exclusivamente a

aquellos servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o salud de las personas, en todo o en parte de la población; a ellas también parece razonable agregar en la esfera de la limitación y en coherencia con el organismo internacional, aquellas huelgas cuya extensión y duración, pudieran provocar una situación de crisis nacional aguda tal, que las condiciones normales de existencia de la población pudieran estar en peligro, es decir, un criterio cualitativo, referente a la consideración de ciertos servicios y actividades siempre esenciales y otro, de carácter cuantitativo, en el cual la calidad de esencial se adquiere por la prolongación temporal de la huelga. En lo que se refiere a la enumeración, se puede destacar que el Comité de Libertad Sindical ha dado ciertas pautas de actividades que pueden o no ser consideradas servicios esenciales. Entre las primeras, se encuentran: los servicios sanitarios y hospitalarios; la producción y distribución de agua potable y energía eléctrica; los servicios telefónicos y el control del tráfico aéreo... Arese, refiriéndose a los servicios que han sido considerados esenciales, señala que la restricción de los servicios sanitarios y hospitalarios se dirige a los trabajadores de las ramas, profesiones o secciones que tienen que ver con la atención de pacientes o la actividad de la comunicación y la preservación de la vida, la salud o la seguridad de las personas, conforme a la conocida doctrina del CLS de la OIT (Casos 1.438 y 1.576). (Grisolía Julio, ob. cit., T. II, p. 1726/29).

9. Servicios esenciales en la ley 25.877: El art. 24 prevé que cuando por un conflicto de trabajo alguna de las partes decida la adopción de medidas legítimas de acción directa, que involucren a actividades que puedan considerarse servicios esenciales, debe garantizar la prestación de servicios mínimos para evitar su interrupción. Considera esenciales, los servicios sanitarios y hospitalarios, la producción y distribución de agua potable, energía eléctrica y gas y el control del tráfico aéreo.

Es decir, que del propio texto de la ley, surge, que en el caso que nos ocupa, el Sindicato, en este caso AMPROS, debió garantizar, por tratarse de servicios sanitarios y hospitalarios y en mérito a los fundamentos expresados, la prestación de servicios mínimos para evitar su interrupción. Por tanto, en el caso "bajo excursus" y aún dentro del marco de concepción amplia del derecho de huelga y medidas de acción sindical cumplidas en el marco de la libertad sindical que prevé el Convenio 87 de la OIT y en el marco del concepto restringido de servicios esenciales que he desarrollado, debió el Sindicato de modo previo a la realización del paro de actividades, manifestar de modo claro, de qué modo se iba a garantizar la prestación de servicios mínimos, con el objeto de evitar su interrupción, a los efectos de que la población estuviera perfectamente bien informada a tenor de la naturaleza de las actividades que iban a ser objeto de la huelga, de qué modo iba a garantizar la prestación de servicios mínimos. En el caso concreto, y según se desprende de las constancias de fs. 41, del Expediente N. 14.627-A-08, se limitó el amparista, a comunicar la adopción de medidas de huelga, mediante nota dirigida al Sr. Subsecretario de Trabajo, para fecha 15 de Abril de 2009: "Nos dirigimos a Ud., para comunicarle que por decisión de la Asamblea de Delegados efectuada el día 25 de Abril de 2009, a las hora 8,30 hs., en la sede de AMPROS, se ha aprobado Paro de Actividades sin asistencia a los lugares de trabajo, los días 22 y 23 del corriente mes" (sic fs. 41). Luego, en Acta que obra a fs. 45, expresa el Sindicato: "Por ese motivo se ratifica el paro de actividades sin concurrencia a los lugares de trabajo los días 22 y 23 del corriente y se anuncia que habrá paro los días 29 y 30 del corriente, con igual alcance, movilizaciones y asambleas" (sic. fs. 45).

Pero no dice nada, ni en el resto de las constancias de tales obrados administrativos, de qué modo se garantizaría la prestación de servicios esenciales, a los efectos de evitar su interrupción.

De los fundamentos expresados, tenemos que desde el primigenio encuadre en el

caso concreto del conflicto, el amparista incumplió con la normativa prevista en el art. 24 de la Ley 25.877, que como hemos visto, está en regla con los Convenios y la Doctrina, tanto del Comité de Expertos en Aplicación de Normas Internacionales, como del Comité de Libertad Sindical y por esa sola circunstancia, me permiten predicar que la medida de huelga efectuada por AMPROS el día 29 de Abril de 2009, fue ilegal, más allá de los informes que obran a fs. 57/60 de los Hospitales, los que por otro lado me permiten apreciar, que no ha habido un cumplimiento mínimo del servicio en alguno de ellos. Pero que de todos modos el Sindicato huelguista debió cumplir con la normativa del art. 24 Ley 25.877, con anterioridad al ejercicio concreto de la medida de acción directa. Es decir, con un específico cronograma de individualización de actividades, personas a cargo, horarios, áreas, actividades, etc., en el que se indicara, de qué modo se iba a garantizar el cumplimiento mínimo, para evitar su interrupción.

Al respecto tengo presente que: "Actualmente la huelga figura en varias recomendaciones de la Conferencia Internacional del Trabajo, de conferencias regionales o de Comisiones sectoriales, ponen de manifiesto el derecho de huelga o las medidas adoptadas para garantizar su ejercicio. El art. 8.1 d del Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y Culturales, dispone que los Estados partes en el Pacto, se comprometen a garantizar entre otros el derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país (Libertad Sindical y Negociación Colectiva, conferencia Internacional del Trabajo, 81 Reunión, 1994, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, p. 68).

También considero que: "El comité admitió que el derecho de huelga puede ser objeto de restricciones, incluso de prohibiciones, cuando se trate de la función pública o de servicios esenciales, en la medida en que la huelga pudiere causar graves perjuicios a la colectividad nacional y a condición de que las restricciones vayan acompañadas de ciertas garantías compensatorias" (La Libertad Sindical, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 5 ta edición revisada, Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, Resolución N. 573, p. 124).

Luego tengo para mí que según informe de los Hospitales, fs. 57 del Lagomaggiore, según informe del Sr. Caballero, que en relación al paro del día 29 de abril, que el sistema de control humano no puede facilitar información específica sobre los profesionales, pero que se ha podido establecer un 85% de ausentismo de profesionales de la salud, y que se estaban atendiendo las guardias normalmente.

No me queda claro si el sistema de control humano no puede facilitar información específica sobre los profesionales, como llega a la conclusión de que había un 85% de ausentismo. Y con ese alto grado de ausentismo, como puede determinar que las guardias estaban atendiendo normalmente. Además no identifica que tipo de guardias o para que tipo de servicios.

Luego a fs. 58, obra informe del hospital Notti. Una Dra. que se identifica como Vallone. Expresa que no posee información exacta del ausentismo pero que puede afirmar que el ausentismo oscila en el 80% y se cumplen guardias mínimas, tanto las de emergencias como las de servicios críticos. Agrega que el sector más afectado ha sido el de consultorios ambulatorios, de clínica y especialidades y que no se realizaron las cirugías programadas. insisto en que no se dispone de información exacta, solo un estimativo.

A fs. 59 obra informe del Hospital Central. Este informe es más preciso e indica que había 306 profesionales ausentes, lo que implica un 90% de ausentismo, aproximadamente. Me queda la prudente duda de si con un 10% alcanza en el Hospital para brindar normalmente servicios de guardia general y de servicios críticos.

A fs. 60, obra informe el Hospital Perupato. Acá es atendido por el Dr. Patti, Director del Hospital e informa que el ausentismo ha sido del 100%. Con lo que es

absolutamente claro, que al menos en San Martín, no se cumplió con la normativa del art. 24 de la Ley 25.877 de modo absoluto y violándola de modo flagrante.

Los fundamentos de hecho y de Derecho expresados, me permiten concluir que la huelga del día 29 de abril, fue ilegal, por violación del art. 24 de la Ley 25.877.

10. Composición de conflicto. Ley 14.746 y ley 4.974: El aspecto que plantea AMPROS como objeto del amparo, relativo a la nulidad de los decretos antes referidos por ser nulos, pasan y dentro del encuadre que se ha efectuado "supra" por la denuncia de que mal podría haberse declarado la conciliación obligatoria mediante la Resolución N. 2.754/09 y mucho menos la ilegalidad de la huelga, mediante la Resolución 2.895/09, porque se había agotado el proceso previo de conciliación obligatoria que prevé la Ley 14.786 y la Ley 4.974 y por ende habían quedado en libertad de proceder a las medidas de huelga, que por tales argumentos eran legales.

Al respecto, tengo para mí que efectivamente había habido un proceso de conciliación obligatoria, dictado en el Expediente N. 12.521/08, a petición de AMPROS, en donde denuncia la existencia de un conflicto basado en que el gobierno, no efectivizaba el cumplimiento del CCT Ley 7957.

Efectivamente, el Sr. Subsecretario de Trabajo, declara abierto el procedimiento de Conciliación Laboral Obligatorio en los términos de los arts. 87, 88 y s.s. Ley 4.974 y Ley 14.786, mediante Resolución fechada el 6 de noviembre de 2008, en el marco del Expediente N. 12.521-A.08, en el que como he expresado, se había denunciado por parte del Sindicato, demoras en el Gobierno, en la implementación del CCT.

En mérito a la brevedad me remito al análisis que he efectuado de tal Expediente 12.521 "supra", destacando, que en todas las reuniones que se llevaron a cabo, culminaron con acuerdos, por ejemplo relativos a actividad crítica, semicrítica (fs. 149), recurso humano crítico (fs. 151), especialidad (fs. 152). Luego la propia Sra. Secretaria General, en presentación por ante la Subsecretaría fechada 25 de marzo del corriente, solicita la Homologación de dichos acuerdos (fs. 176). Petición que precedida de dictamen previo es acogida favorablemente a fs. 180, por parte del Sr. Subsecretario, que ordena remitir los autos a los efectos de la homologación de los acuerdos.

Es decir, que se desprende la propia prueba que aportó con énfasis la actora, al punto que había solicitado el secuestro de tales expedientes (fs. 490) de los principales N. 361, que efectivamente se tramitó un proceso de conciliación obligatoria, que culminó con acuerdos remitidos para su homologación. Es decir, en forma exitosa, desde el punto de vista que no fracasó el proceso conciliatorio.

Pero éste proceso de conciliación, estaba orientado al cumplimiento y puesta en vigencia, de aspectos relativos al CCT Ley 7.759.

También hemos analizado exhaustivamente el contenido del Expediente N. 14.627-A-08 y también hemos dicho, que como lo peticionó expresamente AMPROS para fecha 10 de diciembre de 2008 (es decir iniciado 2 meses después que el Expediente N. 12.521), el objetivo de estos obrados serían las remuneraciones y las bonificaciones (fs. 1), para lo cual solicita al Sr. Subsecretario de Trabajo, se digne a convocar a la Comisión Negociadora a tales efectos (fs. 1)

Luego, para fecha 15 de Abril de 2009, AMPROS se presenta por ante el Subsecretario de Trabajo y "notifica" que por decisión de Asamblea de Delegados, se aprobó un paro de actividades para el 22 y 23 de abril de 2009.

Acá AMPROS introduce como causal de la medida que notifica, el incumplimiento del CCT Ley 7759, dichos que ratifica a fs. 54 vta. del Expediente 14.627, cuando manifiesta entre los fundamentos de la Resolución que ataca, que al haberse concluido de común acuerdo la etapa de conciliación del Expediente 12.521-A-08, da origen al Expediente N. 14.637-A-08. Y también refiere que existen constancias probadas sobre el

incumplimiento del CCT.

Al respecto tengo presente que AMPROS se presenta en la Subsecretaría solicitando la Homologación de los acuerdos alcanzados en el Expediente 12.521, para fecha 25 de marzo de 2009. Y el Expediente 14.627, se inició para fecha 10 de Diciembre de 2008, por lo que mal puede haber dado lugar al nacimiento del 14.627, con el acuerdo en el 12.521, cuando aquel se inició más de tres meses antes de la finalización de este.

Por lo que tengo para mí, que efectivamente estamos en presencia de dos Expediente distintos, en donde se discutieron dos objetos totalmente distintos y que por ende, la culminación del proceso de conciliación obligatoria arribado en el Expediente 12.521, es absolutamente independiente del conflicto que se suscitó en el 14.627.

De lo contrario tendríamos que sentar una suerte de teoría de la perpetuación del conflicto, el que en todos los casos, sería siempre el mismo conflicto, con independencia de lo que se discuta en cada uno de ellos y del objetivo perseguido en cada disputa. Así, estando siempre presente ante un mismo conflicto, insisto, con independencia de los objetivos, circunstancias de tiempo y espacio, la conciliación que se dicte en algún momento, va a subsistir en cuanto a sus efectos también de modo permanente, ya que estamos en presencia siempre, del mismo conflicto. Lo cual nos llevaría a un absurdo, atento a la dinámica propia de las relaciones laborales, que presentan siempre un constante devenir y que originan, distintos conflictos, por el propio transcurso del tiempo y del desarrollo de las relaciones laborales. Por tanto, en el Expediente N. 12.521, existió un conflicto: la aplicación del CCT ley 7759. En el Expediente N. 14627, existió otro conflicto, motivado por la petición del Sindicato de incremento salarial. Es decir, en ambos expedientes, tramitaron dos conflictos notoriamente diferenciados.

11. Conciliación obligatoria: Por tanto, frente a la declaración de conciliación laboral obligatoria, decretada por la Subsecretaría de Trabajo, mediante Resolución N. 2.754/A/09, tengo presente que: "la Ley 14.786 establece un procedimiento de carácter obligatorio, que tiene por objeto la solución de un conflicto colectivo de intereses existente entre las partes, a fin de evitar la adopción de medidas de acción directa. Se trata de una instancia de conciliación obligatoria desarrollada en el ámbito del Ministerio de Trabajo.

En tal sentido, tengo presente que: "La exigencia legal de un período de reflexión antes de la declaración de una huelga en un servicio esencial, tiene la finalidad de otorgar a las partes un plazo de reflexión, que no es contrario a los fines de libertad. Esta cláusula, de temporización puede permitir a ambas partes entablar nuevas negociaciones y eventualmente, llegar a un acuerdo sin tener que recurrir a la huelga" (Recopilación 1996, párrafo 505, del comité de Libertad Sindical de la O.I.T.).

En la misma línea confluyen los arts. 87/92, de la Ley Provincial 4.974.

Por tanto, en mérito a los fundamentos y de hecho y de derecho expresados, no encuentro de qué modo la Resolución de referencia colisiona con la normativa prevista en el Capítulo III de la Ley 3.909, arts. 72 y s.s., a los efectos de que la Resolución 2.754/09, sea nula.

Por el contrario, considero que es válida y de aplicación pues intentó solucionar un conflicto, que se ventilaba en el Expediente 14.627, y que como he expresado, su nacimiento, no fue la consecuencia de la culminación del Expediente 12.521/08, según lo he detallado.

12. Declaración de ilegalidad de la huelga: También el amparista solicita se declare la nulidad de la Resolución N. 2.895/09, que declaró la ilegalidad de la huelga dispuesta por AMPROS. Afirma en abono de su teoría, el mismo criterio que antes se expresó, es decir que ya se había agotado el procedimiento previo de conciliación obligatoria y que por otro lado, la declaración de ilegalidad de la huelga es exclusivamente competencia judicial, frente a los casos concretos e individuales.

Al respecto tengo presente que: "La huelga puede ser calificada de ilegal por el Ministerio de Trabajo o por la justicia de trabajo. Se puede declarar ilegal una huelga si: no se agotaron los procedimientos de autocomposición establecidos en las leyes vigentes (conciliación) o en los convenios colectivos de aplicación... No ha sido decidida por una asociación sindical con personería gremial; en su ejercicio se han producido acciones de violencia sobre los bienes de la empresa. La consecuencia esencial que produce la declaración de ilegalidad es que cada trabajador que participe de la huelga puede ser puesto en mora e intimado por el empleador a dejar sin efecto la medida y retornar al trabajo, bajo apercibimiento, en caso de persistir la tesitura, de considerar su actitud grave injuria y despedirlo con justa causa". (Grisolía, Julio, ob. cit. T. II, p. 1724).

En el caso que nos ocupa, no se agotó en el procedimiento de conciliación obligatoria, originado en el conflicto suscitado con motivo del incremento salarial, del que fue específico objeto el Expediente 14.627/A/08 y por ende, le asistió razón y Derecho al Sr. Subsecretario para dictar la Resolución N. 2.895/09, por la que declaró la ilegalidad de la huelga.

En relación a las potestades de la Subsecretaría de Trabajo al respecto, son válidas y legítimas, según lo resolvió la S.C.J.M., en fallo N. 90.035, "SUTE en j.: 13.237 "SUTE c/ Gobierno de Mendoza p/ amparo Sindical s/ inc. Cas", fechado 25 de febrero de 2009.

En dicho fallo el Superior Tribunal sostuvo que: "La competencia del organismo administrativo local en un estado federal no puede ser considerado como la violación de los principios de libertad sindical receptados en los Convenios de la OIT ratificados por nuestro país (n° 87, 98, 135, 151 y 154) citados por el recurrente y que constituyen una de los fundamentos de sus agravios. Sobre el tema claramente el Comité de Libertad Sindical de la OIT ha dispuesto que no corresponde determinar en los Estados Federales cuáles son las normas internas que regulan la protección de la actividad gremial. Es decir que, con independencia de de las leyes procesales o sustantivas que se apliquen en las provincias de un Estado federal, sólo se debe evaluar la conformidad de esa normativa y su aplicación concreta a los fines de determinar su conformidad con los convenios de la OIT y con los principios de la libertad sindical" (Conf. Informe 310°, caso 1867 y fallo Corte Suprema de la Nación "ATE c/ Estado Nacional y otro (Provincia de Salta) s/ cumplimiento de recomendación de la OIT" -25-11-08-)... La situación fáctica que generó la acción de amparo sindical encuentra cobertura legal a nivel nacional tanto en las leyes n° 14786, 25877, 24185, ratificada por ley provincial n° 6665 como en la ley 4974, más que en la ley 23551. Esta ley tiene por objetivo regular sólo la organización y acción de las asociaciones sindicales, mientras que la actuación de las mismas en los niveles o ámbitos referidos a las medidas de acción directa y negociación colectiva cuentan con la reglamentación específica de las leyes antes citadas... La competencia provincial en el tema ha quedado determinada claramente en el Pacto Federal de fecha 24-05-90, que permitió concretar el Acuerdo Nación-Gobierno de Mendoza -denominado "Acuerdo de reafirmación Federal"- ratificado por Decreto Nacional 2636/90. En el mismo se fijó, entre otros objetivos, el de revertir la acumulación de funciones y atribuciones asumidas por el Gobierno Nacional en detrimento de las autonomías provinciales y, como consecuencia de ello, las altas autoridades signatarias establecieron una serie de pautas tendientes a asegurar el respeto de las respectivas competencias, desarrollar políticas conectadas en todo aquello que afecte intereses multijurisdiccionales, así como lo prescripto especialmente cuando se refiera al Poder de Policía del Trabajo. También se instauró un nuevo modo de comprender el federalismo más allá del cuadro estricto de la constitución formal que permite encarar los problemas que rondan el reparto de competencia interpretando los mismos no como solitarias o inconexas, sino como concertables coordinadamente (Conforme "Considerandos" del Decreto n° 2636/90. B.O. 21-12-90)

Por lo que concluyo, que en el caso que nos ocupa, en mérito a los fundamentos de hecho y derecho expresados, que no ha habido violación del derecho de huelga consagrado en el art. 14 bis de la C.N., por parte del Gobierno Provincial en contra de AMPROS y por ende la acción de amparo intentada, debe ser rechazada, no correspondiendo en éste caso concreto, la devolución del descuento de los días de huelga.

En cuanto hace al no pago de los días de huelga, tengo presente que: "La deducción salarial de los días de huelga, no plantea objeciones desde el punto de vista de los principios de la libertad sindical" (La Libertad Sindical, Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, ob. cit., párrafo 654, p. 140).

13. Práctica desleal: Asimismo sostiene el amparista que se agravia por práctica desleal y solicita se disponga el cese de la conducta antisindical del Gobierno de Mendoza, por ser violatoria del art. 53 inc. b, d, e, y f de la Ley 23.551, en virtud de: b- Intervenir o interferir en la constitución, funcionamiento o administración de un ente de este tipo. e- Adoptar represalias contra los trabajadores en razón de su participación en medidas legítimas de acción sindical o en otras actividades sindicales, o de haber acusado, testimoniado o intervenido en procedimientos vinculados al juzgamiento de prácticas desleales. f- Rehusarse a negociar colectivamente con la asociación sindical capacitada para hacerlo o provocar dilaciones que tienden a obstruir el proceso de negociación. g- Despedir, suspender o modificar las condiciones de trabajo de su personal, con el fin de impedir o dificultar el ejercicio de los derechos a los que se refiere la ley. j- Practicar trato discriminatorio, cualquiera sea su forma, en razón del ejercicio de los derechos sindicales tutelados en este régimen (fs. 315 vta.).

Al respecto tengo presente que: "Se trata de prácticas contrarias a la ética de las relaciones profesionales de los empleadores y asociaciones profesionales. La práctica desleal es una conducta típica (debe estar prevista legalmente) del empleador o de las asociaciones profesionales que los agrupan, que en forma directa o indirecta, por acción u omisión, tiene como propósito obstruir o dificultar el normal desarrollo de las actividades de las asociaciones sindicales. La ley 23.551, enumera en el art. 53, distintos casos de prácticas desleales de los empleadores hacia los trabajadores. La enumeración es taxativa, de modo que no pueden considerarse prácticas desleales otras conductas análogas aun cuando pudieran encuadrar en el concepto. Ello obedece a que las sanciones a las cuales pueden dar lugar (multas administrativas) son de carácter cuasipenal, rigiendo por ende, el principio de la improcedencia de aplicación de pena sin ley previa" (Grisolía, Julio, ob. cit., t. II, p. 1581).

Por tanto, ante la taxatividad y precisión que exige la letra del art. 53 de la Ley 23.551 a los efectos del encuadre de una conducta en una práctica antisindical, se hace menester precisar con extremo celo, no solo cual es el tipo legal expresamente previsto, sino y fundamentalmente, la determinación precisa de la conducta, en este caso del empleador, a la que es susceptible de aplicarse el tipo legal cerrado.

En tal sentido, la conducta que denuncia el Sindicato como basamento de la práctica desleal es la demora en la implementación del CCT Ley 7759, que por otro lado, motivó la instrucción del Expediente Administrativo N. 12.521-A-08 y que lleva a afirmar a la parte actora a fs. 301: "Frente a tal actitud, el gremio, mediante nota de fecha 30 de Octubre de 2008, solicita ante la Subsecretaría de Trabajo, se dicte la conciliación obligatoria, denunciando la existencia de un conflicto colectivo de trabajo, acompañándose una lista de los incumplimientos al CCT Ley 7.759, que dieron origen al Expediente Administrativo N. 12.521-A-08" (sic fs. 301).

Posteriormente ratifica la parte actora: "La entidad sindical AMPROS, debido al incumplimiento del Estado empleador, comunicó al Organismo Administrativo del Trabajo

en fecha 8 y 10 de octubre de 2008, que los trabajadores de la salud, debido al incumplimiento por parte del gobierno de la Provincia en la implementación del CCT Ley 7759, se encontraban en estado de alerta y movilización y que debido a ello, se implementaría un día de paro a cumplirse el día 17 de Octubre de 2008. No obstante notificar la medida de fuerza, el Gobierno de la Provincia, pese a encontrarse en mora en la puesta en práctica del CCT Ley 7.759, que debería estar vigente desde enero de 2008, conforme reza el art. 105, descontó el día de trabajo a todos los trabajadores que se adhirieron a la medida de fuerza, en franca violación al art. 55 inc. e, de la Ley 23.551" (sic. Fs. 316). Dicho relato es reiterado a fs. 317.

14. Expediente administrativo N. 12.521/A/08: La referencia a estas actuaciones, es fundamental a los efectos de apreciar, si la conducta del gobierno empleador, fue efectivamente encuadrable en alguno de los incisos del art. 53 de la Ley 23.551, sobre todo, el meollo de la denuncia del Sindicato, que como se ha expresado, radica en la demora o reticencia del Gobierno en la implementación del CCT Ley 7759.

A partir de la nota presentada por la Sra. Secretaria General del Sindicato, Dra. D.P., a fs. 1, para fecha 30 de octubre de 2008, que la entidad sindical había advertido a la Subsecretaría de Trabajo el estado de alerta y movilización y "Que esa decisión y la implementación de un día de paro que se efectivizara el día 17 de Octubre pasado, fue dispuesta frente al incumplimiento por parte del Gobierno Provincial de lo que de común acuerdo se había fijado como cronograma de actividades para efectivizar el cumplimiento del CCT Ley 7957... en donde pide se dicte la conciliación obligatoria" (sic. fs. 1), luego, a fs. 8 de dicho Expediente, obra una nueva presentación del Sindicato, bajo el título de Responde Respuesta, en donde vuelve a solicitar la implementación del CCT (fs. 8, 9).

Posteriormente se reúnen las partes en Audiencia, en la que consta Acta que obra a fs. 11, se vuelve a tocar el tema de adicionales de actividad crítica, previstos en el CCT.

Se suceden luego distintas audiencias celebradas en el marco de la conciliación Obligatoria dictada por la Subsecretaría, que había sido acatada por las partes. Por ejemplo, a fs. 62/66, obra Propuesta de Ampros, en el marco de la conciliación obligatoria, relativa a la implementación de distintos aspectos del CCT.

Luego destaco, a fs. 68, en nota dirigida por el Sr. Subsecretario de Trabajo, al Sr. Ministro de Hacienda, a instancias del Sindicato, el Sr. Subsecretario solicita la comparencia de los Sres. Ministros de Gobierno, Salud y Desarrollo Humano, a los efectos de comunicarles temas que hacen a la implementación del CCT.

Dicha nota se reitera a fs. 69 al Sr. Ministro de Desarrollo Humano y a fs. 70 al Sr. Ministro de Gobierno.

A fs. 83, obra nota dirigida al Sr. Presidente del IPV, de igual tenor a las anteriores, es decir solicitando la presencia del mismo, a los efectos de comunicar temas que hacen a la implementación del CCT.

Dichas notas son respondidas por el Presidente del IPV antes mencionados a fs. 84.

A fs. 85, 86 y 87, obra constancia de Actas de Audiencias celebradas para fecha 15, 16 y 22 de diciembre de 2008, con los representantes del Gobierno, a los efectos de implementación del CCT. En las tres audiencias el gobierno hace distintos ofrecimientos vinculados con la implementación de distintos aspectos del CCT.

A fs. 91/95, obran informes de distintas áreas del Gobierno, relativos a informar el cumplimiento de la Ley 7759, respecto a art. 11, 10, 12 del mismo.

A fs. 96/101, obra constancia de audiencia celebrada por ante la Subsecretaría de Trabajo entre las partes, en la que se arriba a distintos acuerdos relativos al CCT. Se reconoce expresamente por ambas partes los cumplimientos efectuados por el Gobierno, relativos al CCT, como el referido al art. 107 (fs. 96 vta.), adicionales generales (fs. 96 vta.) adicionales particulares, común acuerdo en la implementación de actividad crítica y

semicrítica (fs. 96 vta.) suplementos (96 vta.), mejora respecto a zona de desastre (fs. 97) zona de promoción (fs. 97) suplementos por riesgos personales (fs. 97), comisión asesora permanente del P. Ejecutivo para el trabajo insalubre o riesgoso (fs. 97), categorización de centros de salud (fs. 97 vta.), las partes se comprometen a elaborar un nuevo régimen relativo a productividad y pago de honorarios (fs. 98), relativo a la purificación del régimen de recupero (fs. 98 vta.), régimen de licencias ordinarias (fs. 98 vta.). También se acuerdan distintos aspectos más vinculados al CCT.

A fs. 106/122, obra lista de profesionales incorporados al art. 11 Ley 7557, en el marco del CCT.

A fs. 128/130, nómina de profesionales con función jerárquica, correspondiente al art. 12 Ley 7.759.

Siguen sucediéndose las Audiencias en el Expediente (140, 141/143) vinculando aspectos relacionados con la implementación del CCT y vemos a fs. 149, que obra Acta de Audiencia celebrada para fecha 18 de febrero de 2009, en donde se discute la implementación de adicionales por actividad crítica y semicrítica. Luego, a fs. 152, relativa al adicional "especialidad".

Así se suceden los informes y las distintas Actas en donde constan las diversas audiencias realizadas a los efectos conciliatorios en donde se van arribando a distintos acuerdos.

A fs. 176, obra nota de la Sra. Secretaria General del Sindicato, en el que solicita al Sr. Subsecretario de Trabajo, la homologación de todo lo acordado con las autoridades provinciales.

Expresa claramente: "Que dicha homologación y posterior decreto del Poder ejecutivo, dará cumplimiento efectivo a los derechos que fueran expresamente reconocidos en el CCT vigente a partir de 2007.

Que cabe consignar que lo requerido también representa un compromiso expresamente contraído por la Administración Pública de la Provincia, en oportunidad de celebrarse las Actas en las que tuvieron origen el dictado de la conciliación Obligatoria dispuesta por la Subsecretaría de Trabajo a solicitud de nuestra Asociación" (sic. Fs. 176). Todo en el marco del Expediente N. 12.521-08, es decir, el relativo a la implementación del CCT Ley 7759.

Luego a fs. 177/180, obra dictamen en el que se recomienda al Sr. Subsecretario la homologación solicitada y a fs. 180, obra decreto, en el que el Sr. Subsecretario de Trabajo, visto el dictamen que antecede, remite los autos originales al P.E. a los efectos de la homologación de los acuerdos alcanzados en autos (marzo de 2009).

A fs. 184, obra oficio de petición de los presentes obrados por la presente Cámara del Trabajo y a fs. 185, obra decreto por el que se remiten copia certificada de las actuaciones 12.521, que como se ha expresado también "supra", no ha sido cuestionada por las partes. Desde el análisis de la prueba doblemente efectuado, en éste capítulo y con anterioridad, no advierto donde radica la dilación que denuncia el Sindicato, por parte del Gobierno Provincial en la implementación del CCT Ley 7759, desde que, como la propia Sra. Secretaria General del Sindicato expresa a fs. 176, todo el procedimiento llevado a cabo en el marco del Expediente 12.521-A-08, relativo a la implementación del CCT Ley 7759, finaliza con acuerdos homologados, que "Dará cumplimiento efectivo a los derechos que fueran expresamente reconocidos en el CCT, que se encuentra vigente a partir del año 2007".

Por lo tanto, considero que no hay en el caso que nos ocupa, actitud dilatoria por parte del gobierno Provincial y por ende, conducta que sea incurso en los incisos b, d, e, f y j del art. 53 de la Ley 23.551 y por consiguiente, la tutela por práctica desleal fundada en tal normativa, en el caso concreto que nos ocupa, debe rechazarse.

Por otro lado, es dable destacar que en el caso concreto, tampoco es encuadrable dentro de práctica desleal, lo relacionado con la declaración de la ilegalidad de la medida de huelga ni el descuento del día relativo a la huelga.

Además de los fundamentos expresados, no existiría en autos un derecho sindical tutelado que justifique la existencia de una práctica desleal que tenga origen en dichos actos administrativos.

En el sentido indicado se ha dicho que. "La protección eficaz contra todo acto que pueda justificar a la Asociación sindical o a sus representantes y afiliados, en cuanto a sus actividades como tales, su afiliación al Sindicato, su participación en la actividad sindical, incluídas las acciones directas promovidas por los mismos, es procedente siempre que actúen conforme a las leyes, contratos colectivos u otros acuerdos comunes en vigor" (comité de Libertad sindical del Consejo de Administración de la O.I.T., 324° Informe, Caso 2091; 335° Informe Caso 2276 y 337° Informe, caso 2395). En su virtud, mal podría el amparista pretender la protección ante una supuesta práctica desleal, cuando su conducta no se ajustó a la normativa de aplicación, reconocida por la O.I.T.

Sin perjuicio de lo expuesto, a mi modesto entender, la pretensión de declaración de la práctica asumida por la Subsecretaría de Trabajo, en los términos del plexo cerrado del art. 53 de la Ley 23.551, luce extemporánea, frente a lo actuado por el amparista en el Expediente N. 12.521-A-08.

15- RESTO LAS PRUEBAS: Las demás pruebas arribadas al proceso, no invocadas en la presente, no conmueven las conclusiones aquí arribadas.

Por lo tanto, y más allá de lo opinable que pueda resultar el Derecho aplicable y la valoración de la prueba vinculada al caso que nos ocupa, tenemos presente que: "Contra la sentencia que desestima las pretensiones de los actores de pago de doble indemnización por despido, no cabe recurso de casación, si los fundamentos en que apoya el fallo la Cámara del Trabajo, se refieren a cuestiones de hecho y prueba, materia sobre la cual tiene soberana apreciación. Expte. 19.538, "Pannelo, Carlos H., Exequiel Casetti y ot. En j.: Pannelo Humberto y ots. Petersen, Thiele y Cruz SA p/ indemnización p/ despido- Inconst.- Casación. Fecha 14-03-1955. ubicación LS 058 - fs. 043. Magistrados: Suarez Boulin-Saa-Butterfield. Tribunal: Suprema Corte de Justicia.

Más recientemente, la S.C.J.M ha dicho: "El sistema de apreciación libre al que se denomina "sana crítica", reserva al arbitrio judicial la determinación de la eficacia de la prueba en cada caso concreto, por lo que el juzgador valora las pruebas libremente en su eficacia, con el único límite que su juicio sea razonable. El es el soberano en la selección y valoración del material probatorio". Expte. 88.799, "Fundación Santa María en j.: 36.064 "Vázquez R. A. c/ Fundación Santa María p/ diferencias salariales. Fecha 16/08/2007. Ubicación LS 380, fs. 131. Magistrados: Llorente-Salvini-Böhm. Tribunal: Suprema Corte de Justicia.

Consecuentemente con lo expresado, en el caso concreto que nos ocupa y en mérito a los fundamentos de hecho, de derecho y análisis probatorio efectuado, rechazar el amparo por violación del derecho de huelga y la tutela solicitada por práctica antisindical por parte del Gobierno Provincial, fundada en demoras y dilaciones injustificadas en la implementación del CCT Ley 7759, no correspondido en el caso concreto la devolución del descuento de los días de huelga efectuados (arts. 14 bis C.N., Ley 25.877, art. 24, Ley 14.786, Ley 4.974, Ley 23.551, art. 53, Decisiones del Comité de Libertad Sindical OIT, parr. 654).- ASÍ VOTO.

Por los fundamentos que anteceden, la Dra. Ana María Salas y Sergio Jesús Simó, dijeron que adhieren al voto que antecede.

III. Sobre la tercera cuestión el dr. Estrella Penesi dijo:

1- Las costas del presente proceso, deben ser impuestas al amparista vencido

AMPROS, conforme al principio chiovendano de la derrota y al criterio sentado por la Excma. S.C.J. Mza, en el sentido de que las mismas se aplican por la procedencia del rubro, es decir, por la calidad, independientemente de la cantidad ("Delgado c/ O.H.A. construcciones...") (art. 31 y 108 CPL y 36 CPC).

Así voto.

Por los fundamentos expresados, la Dra. Ana María Salas y el Dr. Sergio Jesús Simó, dijeron que adhieren al voto que antecede.

Por los fundamentos que anteceden y normas legales citadas, la Sala I del Tribunal: resuelve: I- No hacer lugar al Amparo deducido por AMPROS, por violación del derecho de huelga, ni a la tutela por prácticas desleales imputables al Gobierno de la Provincia de Mendoza, solicitada por la misma Entidad Sindical, fundada en el art. 53 Ley 23.551.

II- Imponer las costas y honorarios profesionales a cargo de la actora vencida, (art. 31 y 108 CPL y 36 CPC).-

III- Intimar al condenado en costas a que dentro del plazo de DIEZ DÍAS, abone la suma de \$ 40.- y de tres días, la suma de \$ 15.-, en concepto de aportes Ley 5.059 y Derecho fijo, respectivamente, bajo apercibimiento de ley.

IV- Regular los honorarios profesionales del Dr. A.N., en la suma de \$ 2.000.-, Dr. F.L., en la suma de \$ 500.-, Dr. P.G.E., en la suma de \$ 500.-, Dr. J.S.S., en la suma de \$ 525.-, Dr. J.A. L., en la suma de \$ 525.-, Dr. C. A. A., en la suma de \$ 525 y Dr. A.F., en la suma de \$ 525.- Todos éstos honorarios han sido calculados a fecha 12 de mayo de 2009 (art. 10 Ley 3.641 y art. 108 CPL). — Gustavo Estrella Penesi — Ana María Salas — Sergio Jesús Simó

IV. Cuestionario

a. ¿Cuáles son los hechos que dan lugar a la presente sentencia? Según la relación de causa efectuada en la misma ¿coinciden el sindicato y el gobierno en la descripción de los hechos? ¿Coinciden respecto de la finalidad y contenido de los expedientes administrativos N°s 12.521/A/2008 y 14.627/A/2008? ¿Cuál era el objeto de este último expediente según el sindicato? ¿En ambos expedientes tramitaban conciliaciones obligatorias? Según la versión del gobierno ¿en el Expte. N° 14.627/A/2008 se desarrollaron audiencias *conciliatorias*? ¿Qué procedimiento de conciliación obligatoria se dio por finalizado en la audiencia del 11 de marzo de 2009? ¿Cómo describe los hechos el Dr. Estrella Penesi? ¿Qué conductas del gobierno cuestionaban las medidas de fuerza adoptadas en los meses de marzo y abril de 2009? ¿La falta de cumplimiento en la implementación del CCT aprobado por la Ley 7759? ¿O la falta de otorgamiento de un incremento salarial? ¿Considera Ud. que resultaba relevante para la causa identificar los motivos que originaron las referidas medidas de fuerza? ¿Por qué razones? ¿Resultan tales motivos relevantes para la determinación de los servicios mínimos? Por qué razones ¿O es que, encontrándose comprometidos los servicios esenciales, resultan indiferentes los motivos de las huelgas? Fundamente

b. ¿Qué acciones promovió AMPROS? ¿Fueron articuladas en forma conjunta o alternativa? ¿Se trataba de una acción de amparo en los términos del art. 43 CN? ¿Existe alguna diferencia respecto del amparo sindical contemplado por la Ley 23.551 (art. 47⁵⁶)? ¿Asigna esta última disposición carácter residual al amparo sindical? ¿Subordina su admisibilidad a la inexistencia de otro medio judicial más idóneo? ¿Cree Ud. que el amparo sindical resulta procesalmente compatible con la querrela por práctica desleal (arts. 53 y 54, Ley N° 23.551⁵⁷)?

¿Cuál era el “acto lesivo” del gobierno? ¿Se trataba de un acto jurídico o de actos materiales? ¿Eran actuales o inminentes? ¿Se trataba de un amparo preventivo? ¿Debió la actora cuestionar la constitucionalidad de las Resoluciones N°s 2.754/09 y 2.895/09? ¿O solo la legalidad de las mismas? ¿Considera Ud. acertado que haya solicitado su revocación y nulidad? ¿Resulta relevante al respecto que se tratara de un amparo sindical? ¿Cree Ud. que -en el caso- el acogimiento del amparo implicaba necesariamente la revocación de las referidas resoluciones?

⁵⁶ Art. 47, Ley 23.551: “*Todo trabajador o asociación sindical que fuere impedido u obstaculizado en el ejercicio regular de los derechos de la libertad sindical garantizados por la presente ley, podrá recabar el amparo de estos derechos ante el tribunal judicial competente, conforme al procedimiento Civil y Comercial de la Nación o equivalente de los códigos procesales civiles provinciales, a fin de que éste disponga, si correspondiere, el cese inmediato del comportamiento antisindical*”.

⁵⁷ Art. 53; Ley 23.551: “*Serán consideradas prácticas desleales y contrarias a la ética de las relaciones profesionales del trabajo por parte de los empleadores, o en su caso, de las asociaciones profesionales que los represente: a) Subvencionar en forma directa o indirecta a una asociación sindical de trabajadores; b) Intervenir o interferir en la constitución, funcionamiento o administración de un ente de este tipo; c) Obstruir, dificultar o impedir la afiliación de los trabajadores a una de las asociaciones por ésta reguladas; d) Promover o auspiciar la afiliación de los trabajadores a determinada asociación sindical; e) Adoptar represalias contra los trabajadores en razón de su participación en medidas legítimas de acción sindical o en otras actividades sindicales o de haber acusado, testimoniado o intervenido en los procedimientos vinculados a juzgamiento de las prácticas desleales; f) Rehusarse a negociar colectivamente con la asociación sindical capacitada para hacerlo o provocar dilaciones que tiendan a obstruir el proceso de negociación; g) Despedir, suspender o modificar las condiciones de trabajo de su personal, con el fin de impedir o dificultar el ejercicio de los derechos a que se refiere esta ley; h) Negarse a reservar el empleo o no permitir que el trabajador reanude la prestación de los servicios cuando hubiese terminado de estar en uso de la licencia por desempeño de funciones gremiales; i) Despedir, suspender o modificar las condiciones de trabajo de los representantes sindicales que gocen de estabilidad de acuerdo con los términos establecidos por este régimen cuando las causas del despido, suspensión o modificación no sean de aplicación general o simultánea a todo el personal; j) Practicar trato discriminatorio, cualquiera sea su forma, en razón del ejercicio de los derechos sindicales tutelados por este régimen; k) Negarse a suministrar la nómina del personal a los efectos de la elección de los delegados del mismo en los lugares de trabajo*”.

Art. 54, Ley 23.551: “*La asociación sindical de trabajadores o el damnificado, conjunta o indistintamente, podrán promover querrela por práctica desleal ante el juez o tribunal competente*”.

Art. 63, Ley 23.551: “*1°- Los jueces o tribunales con competencia en lo laboral en las respectivas jurisdicciones conocerán en: a) Las cuestiones referentes a prácticas desleales; b) Las acciones previstas en el artículo 52; c) En las acciones previstas en el artículo 47. 2°- Estas acciones se sustanciarán por el procedimiento sumario previsto en la legislación local*”.

c. ¿Cree Ud. que la “*Primera cuestión*” a resolver ha sido correctamente nominada por el Tribunal? ¿Guarda relación el modo en que fue calificada con la acción promovida? ¿Qué analizó el Dr. Estrella Penesi en tal cuestión? ¿Cómo votó? ¿Qué analizó en la “*Segunda cuestión*”? ¿El amparo sindical fue declarado formalmente inadmisibile? ¿O sustancialmente improcedente? ¿Es lo mismo una cosa que la otra? ¿O su rechazo se funda en razones formales y sustanciales? ¿Qué garantía de la actora puede verse vulnerada? ¿El voto del referido magistrado analizó el amparo en los términos del art. 43 CN? ¿O como un amparo sindical (Ley N° 23.551)? ¿Irroga esto algún agravio a la amparista? En su caso ¿cuál? ¿Existía una vía procesal más idónea en el caso? ¿Resultan pertinentes la doctrina y la jurisprudencia invocadas por el Tribunal sobre este punto? ¿Cómo se pronunció el Tribunal respecto de la medida cautelar solicitada? ¿Cuál era la cuestión de fondo planteada? ¿Cómo se resolvió el caso? ¿Está Ud. de acuerdo con la decisión del Tribunal? En su caso ¿por qué razones?

d. ¿Cuáles eran los derechos comprometidos en el caso? ¿Se trataba de un conflicto *horizontal* entre derechos? En su caso ¿individuales o colectivos? Especifique qué derechos podían verse comprometidos y de qué modo. ¿O se trataba de un conflicto *vertical* entre derechos y potestades públicas? ¿Un conflicto entre los médicos -como empleados públicos- y el Estado-empleador constituye un conflicto vertical u horizontal? En su caso ¿por qué razones? ¿Cómo consideró el conflicto en Tribunal? ¿Estaba en juego el derecho a la salud? En su caso ¿De quiénes? ¿Cree Ud. que el gobierno de Mendoza vulneró derechos laborales de los médicos? ¿Individuales o colectivos? ¿Incurrió el gobierno en una dilación para la implementación del CCT aprobado por la Ley 7759? ¿Considera Ud. que el gobierno cercenó el derecho de huelga de los miembros del sindicato? Las huelgas realizadas por AMPROS en el mes de abril de 2009 ¿respondían a un conflicto “de derechos” o “de intereses”? ¿Estaba en juego en la causa la tutela judicial efectiva? ¿Comparte Ud. lo expresado por el Tribunal respecto del requerimiento de agotar la vía administrativa para acceder a la justicia? ¿Incurrió la amparista en una contradicción con sus propios actos al deducir el recurso de apelación (art. 105 Ley N° 4.974⁵⁸) en contra de la Resolución N. 2.895/09 de la

⁵⁸ Art. 104, Ley pcial. N° 4.974: “*La legalidad o ilegalidad de las suspensiones, paros colectivos, huelgas, cierres patronales o medidas de fuerza colectivas que tengan carácter local, será declarada por el Subsecretario de Trabajo y Seguridad Social. Deberá ser fundada y estar precedida por la previa intimación a normalizar la actividad en un plazo no mayor de 48 horas, debiendo tomarse en consideración el procedimiento utilizado en su declaración y ejecución, los propósitos perseguidos, las causas determinantes,*

Subsecretaría de Trabajo? ¿Este recurso fue deducido antes o después de la interposición del amparo? ¿Resulta ello relevante a los efectos de examinar la admisibilidad formal del amparo? Lea el art. 30 de la Ley pcial. N° 3.918⁵⁹ -Código Procesal Administrativo de Mendoza-. ¿Resultaba aplicable esta disposición al trámite de la presente causa? ¿La interposición del recurso de apelación en sede administrativa tornaba aplicable tal disposición? ¿Fue resuelto el recurso antes de que se trabara la litis en la presente causa?

e. ¿Estaban comprometidos en el caso los derechos de los *usuarios* de los servicios hospitalarios públicos? En su caso ¿qué derechos? ¿El derecho a la salud de los usuarios constituye otro derecho en tensión con el derecho de huelga en el caso? ¿O se trata de otro modo de ver el derecho a la salud? ¿Estaba el juego el derecho a la *información adecuada y veraz* de los usuarios? En su caso ¿de qué modo? ¿Estaba comprometido el derecho de los usuarios a la *calidad y eficiencia de los servicios públicos*? En su caso ¿de qué modo? ¿Cómo se concilia el derecho de los usuarios a la calidad y eficiencia de los servicios públicos con el derecho de huelga de los empleados públicos? ¿Tuvo en consideración el Tribunal los derechos de los usuarios?

¿Cree Ud. que -según el art. 42 CN- las asociaciones de usuarios deberían haber intervenido en el conflicto que motivó el presente fallo? ¿Deberían haber sido escuchadas esas entidades a los efectos de la determinación de los servicios mínimos a cumplir durante la huelga? ¿Prevén la participación de estas entidades el art. 24 de la Ley N° 25.877, el Decreto N° 272/06? ¿Deberían hacerlo? ¿Debería asignar tales normas algún tipo de ingerencia el Defensor del Pueblo de la Nación para fijar los servicios mínimos? ¿Podría haber intervenido este órgano en el conflicto ventilado en la presente causa? En su caso ¿por qué razones? ¿En donde se originaba la conducta que comprometía el derecho a la salud de los usuarios de servicios hospitalarios mendocinos? ¿En el sindicato? ¿O en incumplimientos del gobierno mendocino?

los intereses comprometidos, el carácter representativo de las asociaciones intervinientes y la actitud obrera patronal ante la ley y la autoridad de aplicación”.

Art. 105, Ley pcial. N° 4.974: “*Contra dicha decisión se podrá recurrir en apelación por ante el ministerio de gobierno. El recurso deberá interponerse fundado y dentro de los tres (3) días de notificada la resolución. El ministerio dictará resolución, previa vista al Señor Asesor de Gobierno, la que causara ejecutoria, debiendo ser notificada en el plazo de 24 horas a las partes y al órgano que deba hacerla cumplir. La notificación podrá ser hecha por telegrama, carta documento o cualquier otro medio fehaciente de notificación”.*

⁵⁹ Art. 30, Ley pcial. N° 3.918: “*Si antes de quedar trabada la litis se dictara una nueva decisión administrativa conexas con la impugnada, el demandante podrá solicitar, sin necesidad de agotar las instancias administrativas, la ampliación de la demanda respecto de aquella. Pedida la ampliación, se suspenderá el trámite del proceso hasta que se remita el expediente administrativo a que se refiere la nueva decisión”.*

f. ¿Sobre quién recae la obligación de asegurar el goce del derecho a la salud en Mendoza? ¿Sobre el AMPROS o sobre el gobierno de Mendoza? Fundamente su respuesta ¿Qué alcances tiene esta obligación para el gobierno mendocino? ¿Comprende la disposición de recursos materiales y humanos para asegurar tal derecho? ¿Comprende la obligación de abonar remuneraciones acordes a las responsabilidades de los profesionales médicos? ¿Comprende la obligación de implementar los acuerdos alcanzados mediante convenciones colectivas con el sindicato que nuclea a tales profesionales?

¿Quién debe soportar eventuales incumplimientos del gobierno en la relación de empleo público? ¿Los profesionales de la salud o los usuarios? ¿O ambos? ¿Quién debe soportar los daños inherentes a toda huelga? ¿El gobierno o los usuarios de los servicios hospitalarios?

¿Sobre quién recae la obligación de asegurar la cobertura de los servicios mínimos durante la huelga según el art. 24 de la Ley 25.877? ¿Sobre quién recae esta obligación según el art. 12 del Decreto N° 272/06⁶⁰? ¿Son compatibles ambas disposiciones? ¿Cuál de las dos debe prevalecer? ¿Cuál de las dos se ajusta mejor al PIDESC y a la Convención 87 de la OIT? ¿Cuál de las dos se ajusta mejor a los criterios del CLS y de la CEACR de la OIT? En el orden jurídico argentino ¿tales criterios se insertan en el orden legal, convencional o constitucional? ¿Sobre quién recae la precitada obligación según el Tribunal en el presente caso? ¿Comparte Ud. la posición del Tribunal en este aspecto? En su caso ¿por qué razones?

g. ¿Toda huelga de profesionales de la salud vulnera el derecho a la salud de los usuarios? ¿O depende los motivos de la huelga? ¿Qué opina Ud. de una huelga reclamando más insumos médicos y mejores instalaciones hospitalarias? ¿O de una que reclama mejores salarios para los profesionales de la salud? ¿O de una que reclama mejores condiciones de higiene en un hospital?

⁶⁰ Art. 12, Dec. N° 272/06: *“La empresa u organismo prestador del servicio considerado esencial garantizará la ejecución de los servicios mínimos y deberá poner en conocimiento de los usuarios, por medios de difusión masiva, las modalidades que revestirá la prestación durante el conflicto, dentro del plazo de cuarenta y ocho (48) horas, antes del inicio de las medidas de acción directa, detallando el tiempo de iniciación y la duración de las medidas, la forma de distribución de los servicios mínimos garantizados y la reactivación de las prestaciones. Asimismo deberá arbitrar los medios tendientes a la normalización de la actividad una vez finalizada la ejecución de dichas medidas”.*

¿El derecho a la salud de los usuarios comprende el derecho a más insumos médicos y mejores instalaciones hospitalarias? ¿Comprende el derecho a mejores salarios para los profesionales de la salud? ¿O este derecho debe resultar indiferente a los usuarios de los hospitales? ¿Cómo operaría en este caso la indivisibilidad e interdependencia de los derechos? ¿El derecho a la salud de los usuarios comprende el derecho a mejores condiciones de higiene en un hospital?

¿O acaso podría afirmarse que más insumos médicos, mejores instalaciones hospitalarias, mejores salarios para los profesionales de la salud, y mejores condiciones de higiene en un hospital constituirían todas condiciones *inherentes* al derecho a la salud de los usuarios? ¿Estaría Ud. de acuerdo con una afirmación en tal sentido? En su caso ¿por qué razones? ¿Existiría en tal supuesto un conflicto entre el derecho de huelga y los derechos de los usuarios de los hospitales? ¿O depende de la opinión del usuario que no es atendido al concurrir al hospital el día de la huelga?

¿Cree Ud. que la eventual tensión entre el derecho de huelga y el derecho a la salud de los usuarios se resolvería si las asociaciones de usuarios participaran en la determinación de los servicios mínimos? ¿Y si participara el Defensor del Pueblo? ¿Estarían representados los derechos de todos los usuarios? ¿Estarían satisfechos los derechos de todos los usuarios? ¿O depende de la opinión del usuario que no es atendido al concurrir al hospital el día de la huelga? ¿O se trata de un conflicto inherente a la estructura propia de todo derecho colectivo?

¿Podrían reducirse las tensiones entre huelguistas y usuarios si se difundiera públicamente el cronograma de servicios mínimos a cubrir durante una huelga? ¿Considera Ud. que la Ley N° 25.877 y el Decreto N° 272/06 resguardan debidamente los derechos de los usuarios? ¿Debería ser *obligatoria* la consulta de la Comisión de Garantías a los entes reguladores y a las asociaciones de usuarios para la determinación de los servicios mínimos? ¿Debería ser obligatoria la consulta de la partes -Cámaras de empleadores y sindicatos- a los entes reguladores y a las asociaciones de usuarios para la determinación de los servicios mínimos en las negociaciones colectivas?

h. ¿Está prohibida la huelga de los profesionales de la salud en el derecho argentino? ¿Podría estarlo? ¿Cómo operaría el *principio de progresividad*? ¿Cómo se concilia este principio con la facultad de la Comisión de Garantías de calificar servicios esenciales para las hipótesis extensivas habilitadas por el art. 24 de la Ley N° 25.877 -incs. a) y b)-? ¿Esta facultad puede dar lugar a mayores restricciones al derecho de huelga? ¿Puede dar lugar a

restricciones no previstas actualmente por el derecho argentino? ¿O su carácter excepcional las torna admisibles? ¿Esta facultad puede menoscabar la *seguridad jurídica* de los trabajadores? En su caso ¿de qué modo? ¿Existiendo tal facultad, es posible para un empleado conocer de antemano cuáles son los alcances de su derecho de huelga? ¿Es posible para el empleador conocer hasta dónde deberá tolerar las huelgas de sus empleados? ¿Esta facultad les puede generar incertidumbres? ¿Puede vulnerar tal facultad el principio de *universalidad* de los derechos humanos? En su caso ¿de qué modo?

¿Considera Ud. que tal facultad puede vulnerar el *principio de legalidad*? ¿Puede tal facultad dar lugar a limitaciones *ex post* al derecho de huelga? ¿El ejercicio del derecho de huelga goza de límites precisos en el derecho argentino? ¿Y el derecho de usar y disponer de la propiedad? ¿Y la libertad de industria? ¿Y el derecho a la vivienda digna?

¿Cómo deben operar los lineamientos fijados por el CLS y la CEACR de la OIT respecto de la facultad delegada por el Congreso a la Comisión de Garantías? ¿Y la “cláusula de salvaguardia” prevista por el PIDESC y el PIDCP? ¿Considera Ud. que tal cláusula constituye una excepción al principio de progresividad?

¿Cree Ud. que corresponde evaluar la constitucionalidad de la delegación efectuada por el art. 24 de la Ley 25.877 en la Comisión de Garantías a la luz de lo dispuesto por el art. 76 CN? ¿Por qué razones? ¿Se ajustaría tal delegación a los recaudos establecidos por el citado dispositivo constitucional? ¿Por qué razones?

i. ¿Considera Ud. que al dictar las Resoluciones N°s 2.754/09 y 2.894/09 la Subsecretaría de Trabajo de Mendoza incurrió en arbitrariedad? ¿Perseguían tales medidas un fin legítimo? ¿Emplearon un medio proporcionado para alcanzarlo? ¿Se ajustan al orden jurídico vigente en ese momento en Argentina?

Ambos actos administrativos fueron emitidos en el marco del Expte. N° 14.627 y el primero de ellos -Res. N° 2.754/09- declaró abierto el procedimiento de conciliación obligatoria laboral.

¿Estaba tramitando previamente una conciliación obligatoria en el referido expediente? Lea el punto 3 del voto del Dr. Estrella Penesi a la segunda cuestión.

¿Cómo se pronuncia al respecto? ¿Constituyó la Res. N° 2.754/09 una duplicación de la conciliación obligatoria? ¿Cómo se pronuncia al respecto el referido magistrado? ¿El dictado de la citada resolución se ajustó al procedimiento establecido por el Decreto N° 272/06? ¿Establece este decreto que corresponde abrir un nuevo procedimiento de conciliación obligatoria cuando una huelga compromete servicios esenciales? ¿Tuvo en

consideración el Tribunal las previsiones del Decreto N° 272/06? ¿Resultaba aplicable al caso el referido decreto? ¿Y la Ley 25.877? ¿Establece la Ley N° 14.786 que corresponde abrir un nuevo procedimiento de conciliación obligatoria cuando una huelga compromete servicios esenciales? ¿En el conflicto colectivo que dio origen al Expte. N° 14.627/A/2008 se había cumplimentado con el período de enfriamiento exigido por la Ley N° 14.786? ¿Establecía la Res. N° 2.754/09 un nuevo período de enfriamiento para ese conflicto? ¿Exigía el cumplimiento de la obligación prescripta por el art. 7 del Decr. N° 272/06⁶¹? ¿De lo dispuesto por el art. 8 de dicho decreto? ¿O de lo previsto por su art. 9? ¿Resultaba aplicable en el caso el art. 10 del citado decreto? ¿Había cumplido AMPROS con las obligaciones previstas en los arts. 6, 7 y 8 del referido decreto?

j. ¿Cree Ud. que en el caso correspondía convocar a la Comisión de Garantías para la fijación de los servicios mínimos por la autoridad de aplicación? ¿Existía en ese momento tal comisión? ¿Era posible -en el momento de los hechos- dar cumplimiento a tal disposición? ¿A quién correspondía determinar los servicios mínimos a cubrir en el conflicto entre el sindicato y el gobierno? ¿Estaban fijados tales servicios previo a las huelgas cuestionadas en el caso? ¿Estaban fijados previo al dictado de la sentencia de la Cámara laboral mendocina? ¿Los fijó la Subsecretaría de Trabajo de Mendoza? ¿Los fijó el Tribunal?

¿Qué standard empleó el Tribunal para cotejar si el sindicato había cubierto los servicios mínimos? ¿Hizo una suerte de aplicación ultraactiva del Decr. N° 843/2000? ¿Resulta

⁶¹ Art. 7, Decr. N° 272/06: “Cumplida la obligación impuesta a las partes del conflicto, por el artículo 2° de la Ley N° 14.786 y vencido el plazo de QUINCE (15) días previsto en el artículo 11 de la misma norma, la parte que se propusiere ejercer medidas de acción directa que involucren a los servicios referidos en el artículo 1° del presente, deberá preavisarlo a la otra parte y a la autoridad de aplicación en forma fehaciente y con CINCO (5) días de anticipación a la fecha en que se realizará la medida”.

Art. 8, Decr. N° 272/06: “Dentro del día inmediato siguiente a aquél en que se efectuó el preaviso establecido en el artículo anterior, las partes acordarán ante la Autoridad de Aplicación sobre los servicios mínimos que se mantendrán durante el conflicto, las modalidades de su ejecución y el personal que se asignará a la prestación de los mismos”.

Art. 9, Decr. N° 272/06: “Cuando las prestaciones mínimas del servicio se hubieren establecido mediante convenio colectivo u otro tipo de acuerdos, las partes deberán dentro del plazo fijado en el artículo precedente, comunicar por escrito a la Autoridad de Aplicación las modalidades de ejecución de aquéllas, señalando concreta y detalladamente la forma en que se ejecutarán las prestaciones, incluyendo la designación del personal involucrado, pautas horarias, asignación de funciones y equipos”.

Art. 10, Decr. N° 272/06: “Si las partes no cumplieran con las obligaciones previstas en los artículos 7°, 8° y 9° del presente Decreto, dentro de los plazos establecidos para ello, o si los servicios mínimos acordados por las mismas fueren insuficientes, la Autoridad de Aplicación, en consulta con la Comisión de Garantías, fijará los servicios mínimos indispensables para asegurar la prestación del servicio, cantidad de trabajadores que se asignará a su ejecución, pautas horarias, asignación de funciones y equipos, procurando resguardar tanto el derecho de huelga como los derechos de los usuarios afectados. La decisión será notificada a las partes involucradas y, en caso de incumplimiento, se procederá de acuerdo a lo previsto en el artículo 14 de la presente reglamentación”.

ajustado al principio de legalidad emplear, a los efectos de verificar la cobertura de servicios mínimos por un sindicato, un parámetro que aún no había sido establecido? ¿Resulta ello ajustado al principio de razonabilidad? ¿Es posible efectuar tal verificación prescindiendo del Decr. N° 272/06? ¿Puede un juez controlar los servicios mínimos fijados por la autoridad administrativa siguiendo la opinión de la Comisión de Garantías? ¿Está facultado para examinar su constitucionalidad, su razonabilidad...? En caso afirmativo ¿qué parámetro debería emplear un juez para evaluar la razonabilidad de tal medida?

¿Resultaba aplicable el art. 103 de la Ley pcial. N° 4.974⁶² al caso? ¿El dictado de la Res. N° 2.754/09 se fundó en la precitada disposición provincial? ¿Está Ud. de acuerdo con el *arbitraje obligatorio*? ¿Resiste tal disposición el test de constitucionalidad en Argentina? ¿Y el test de convencionalidad? ¿El arbitraje obligatorio se ajusta a los criterios del CLS y de la CEACR de la OIT?

¿Considera Ud. que el Tribunal debería haber dado mayores precisiones acerca del contenido y parte dispositiva de la Res. N° 2.754/09? En su caso ¿por qué razones?

Lea el punto 9 del voto del Dr. Estrella Penesi a la segunda cuestión. ¿Cree Ud. que el Tribunal incurrió en arbitrariedad al evaluar la conducta del sindicato a la luz del art. 24 de la Ley N° 25.877, omitiendo considerar su reglamentación (Decr. N° 272/06)? ¿Expuso razones el Tribunal para justificar tal omisión? ¿Estaba vigente tal reglamentación al momento de los hechos? ¿Estaba vigente al momento del fallo?

¿Considera Ud. que el Tribunal debía evaluar la conducta del sindicato bajo el prisma de dicha ley y de su reglamentación? ¿Hubiera variado la resolución adoptada en la sentencia si se hubiera considerado el Decr. N° 272/06? En su caso ¿por qué razones?

k. ¿Es lo mismo afirmar que el derecho de huelga debe experimentar limitaciones ante los servicios esenciales, que sostener que debe experimentar limitaciones ante el derecho a la salud? En su caso ¿por qué razones? ¿Individualizó el Tribunal alguna vulneración concreta y específica del derecho a la salud de una persona como consecuencia de las medidas de huelga adoptadas por AMPROS?

¿Es lo mismo hablar de razonabilidad de una limitación en abstracto que en un contexto concreto? ¿Puede variar el concepto de lo razonable en función de las circunstancias? ¿Y el concepto de lo proporcional? ¿Es lo mismo establecer proporciones en abstracto que en un

⁶² Art. 103, Ley pcial. N° 4.974: “Los conflictos locales que directa o indirectamente puedan ocasionar la suspensión, interrupción, paralización, obstrucción o negación de los servicios públicos esenciales o de interés público, deberán ser sometidos obligatoriamente en todos los casos a la decisión arbitral con arreglo a esta ley”.

contexto tempo-espacial definido? ¿Qué concepto de lo proporcional y de lo razonable resulta más acorde con la función de un juez? ¿Cree Ud. que el Tribunal *presumió* vulneraciones al derecho a la salud en el caso? ¿Estaban acreditadas en la causa? ¿O se infieren de las reglas de la experiencia? La ausencia de un plan de cobertura de servicios mínimos en la causa ¿acentúa o flexibiliza, a su juicio, la exigencia de tener acreditada la violación de derechos de terceros? ¿Están acreditados en la causa los perjuicios a terceros? ¿Puede ser considerado en la causa un tercero el Estado-empleador?

A juicio del Tribunal ¿de qué modo vulneró AMPROS el art. 24 de la Ley N° 25.877? ¿Cuestiona el Tribunal la falta de cobertura de los servicios mínimos? ¿Cuestiona la ausencia de un cronograma preestablecido por el sindicato? ¿O ambas cosas? ¿Basta con cubrir los servicios mínimos por parte del sindicato? ¿O era necesario además establecer un cronograma previo y difundirlo? ¿A quién correspondía informar a los usuarios según el art. 12 del Decr. N° 272/06?

¿Considera Ud. que -a los efectos de aplicar en Argentina los criterios del CLS o de la CEACR- debe tenerse en consideración si la opinión de tales órganos ha sido emitida respecto de un *país desarrollado* o de uno *en vías de desarrollo*? ¿Cree Ud. que el concepto de lo razonable, o de lo proporcionado, debe variar en uno u otro caso? ¿Los servicios esenciales deben ser los mismos en uno u otro caso? ¿Los servicios mínimos a cubrir deben ser los mismos en uno u otro caso? En su caso ¿de qué modo deberían variar, y por qué? ¿Deben los países en vías de desarrollo admitir mayores restricciones al derecho de huelga ante la fragilidad de sus economías? ¿Deberá esto conducir a calificar de esenciales a las actividades de mayor impacto económico para un país? ¿O es en los países en vías de desarrollo donde más amplitud debe tener el derecho de huelga? ¿Puede posibilitar esto resistir las políticas económicas recesivas o de ajuste? ¿Puede posibilitar una mejora en los sectores más desfavorecidos de la población?

I. En el punto 9 del voto del Dr. Estrella Penesi a la segunda cuestión, se cita una opinión del CLS en la que se afirma que las restricciones al derecho de huelga, son admisibles cuando se trate de servicios esenciales, en la medida en que la huelga pudiere causar graves perjuicios a la colectividad nacional y *a condición de que las restricciones vayan acompañadas de ciertas garantías compensatorias*. ¿Cree Ud. que el Tribunal ha verificado en la causa el otorgamiento de garantías compensatorias al sindicato por parte del gobierno? ¿Cree Ud. que el gobierno respetó tales garantías? En su caso ¿cuáles y de qué modo?

¿A su juicio, en el presente caso el Tribunal ha asignado al derecho de huelga una tutela jurídica preferente? En su caso ¿de qué modo? ¿Ha sido riguroso al examinar las disposiciones que lo limitan? ¿Ha aplicado rigurosamente las disposiciones que lo limitan? ¿Ha protegido el derecho de la salud? ¿O ha protegido un servicio público? ¿Es lo mismo una cosa que la otra? Fundamente

¿Estima Ud. que el Tribunal ha protegido la propiedad social? En su caso ¿de qué modos? ¿Podría afirmarse que el derecho de huelga debe cumplir una suerte de *función social*? En su caso ¿por qué? ¿Significaría esto que debe experimentar ciertas limitaciones en beneficio de la comunidad? ¿O que su ejercicio beneficia a la comunidad?

II. El 10 de julio de 2009 AMPROS presentó una queja contra Argentina ante el CLS, denunciando el conflicto con el Gobierno mendocino, la que fue apoyada días más tarde por FESPROSA. Allí se cuestionaba la convocatoria a conciliación obligatoria, y la realización de descuentos de salarios, despidos y suspensiones. Asimismo el sindicato denunció conductas persecutorias y antisindicales por parte del gobierno, tales como la aplicación extemporánea de multas millonarias durante el mes de agosto de 2010, y el pedido de suspensión o cancelación de la personería gremial, o la intervención. Luego de recibir las observaciones del gobierno -que acompañó copia de la sentencia- y los alegatos de las partes denunciadas, el órgano de la OIT se expidió en marzo de 2011, mediante el *Informe N° 359, Caso N° 2725*⁶³.

En sus *Conclusiones*, observando que en Argentina los trabajadores de la salud pueden ejercer el derecho de huelga si cumplen un servicio mínimo, el CLS recordó que “...*en caso de establecimiento de un servicio mínimo, con motivo de una huelga en un servicio esencial en el sentido estricto del término, deberían poder participar en dicha determinación no sólo las autoridades públicas, sino también las organizaciones de trabajadores y de empleadores interesadas*” (párr. 260).

Respecto de las alegaciones sobre la convocatoria a conciliación obligatoria en el marco de conflictos colectivos, expresó que “...*ha señalado en anteriores ocasiones que «no puede considerarse como atentatoria a la libertad sindical una legislación que prevé procedimientos de conciliación en los conflictos colectivos como condición previa a la declaración de una huelga siempre» y que «en general la decisión de suspender una huelga por un período razonable con el fin de permitir a las partes lograr una solución*

⁶³ Disponible en <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/singles.pl?query=0320113592725@ref>

negociada mediante esfuerzos de mediación o conciliación no constituye en sí una violación de los principios de la libertad sindical» (véase Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical, quinta edición, 2006, párrafos 549 y 550). Esto es particularmente válido cuando se trata de servicios esenciales en el sentido estricto del término” (párr. 261).

Y en relación a las alegaciones sobre el descuento de los salarios por los días de huelga, subrayó que “...*la deducción salarial de los días de huelga no plantea objeciones desde el punto de vista de los principios de libertad sindical (véase Recopilación, op. cit., párrafo 654)” (párr. 261).*

Por último, habiendo tomado conocimiento de la sentencia dictada por la Cámara Séptima del Trabajo de Mendoza en la causa “*AMPROS, Asociación Mendocina c/ gobierno de la provincia de Mendoza, p/ amparo sindical”*, y de la impugnación articulada por el sindicato, el CLS recomendó al Consejo de Administración de la OIT que apruebe una recomendación, solicitando que el Gobierno argentino informe al comité sobre la resolución de la causa.

¿Cree Ud. que el CLS ha favorecido o desalentado el reclamo formulado por el sindicato? Fundamente ¿Ha favorecido o desalentado la posición del Gobierno mendocino? ¿En el conflicto de marras, el sindicato ha tenido oportunidad de participar en la determinación de los servicios mínimos? ¿Le brindó el Gobierno tal posibilidad?

¿Estima Ud. que lo afirmado por el CLS respecto de la convocatoria a conciliación obligatoria responde a la queja presentada por el sindicato? ¿Se agraviaba el sindicato por la convocatoria en sí, o por la duplicación? ¿Está afirmando el CLS que la convocatoria efectuada por el Gobierno mediante la Res. N° 2.754/09 no irrogó perjuicio alguno al sindicato?

m. El inicio de las funciones de la *Comisión de Garantías* (CG), creada por el Decreto N° 272/06 en virtud de lo dispuesto por el art. 24 de la Ley N° 25.877, tuvo por finalidad -precisamente- brindar asesoramiento mediante el Dictamen N° 1 de septiembre de 2010, a los efectos de la determinación de los servicios mínimos a cubrir en los establecimientos de salud, con motivo de la conflictiva relación mantenida entre AMPROS y el Gobierno de Mendoza. Si bien se trató de un acto de carácter consultivo, y no dispositivo, la medida despertó expectativas en el ámbito sindical y del derecho laboral, por tratarse de la primera intervención de novel órgano especializado, llamado a desempeñar un rol trascendental para los alcances del derecho de huelga en Argentina. Desde luego, las expectativas

pasaban además por observar el grado de imparcialidad e independencia de la comisión designada en marzo de ese año por el Decreto N° 362/2010.

El dictamen despertó elogios y críticas desde su aparición, y fue remitido por la Secretaria de Trabajo de la Nación, en noviembre de 2010, al Subsecretario de Trabajo de Mendoza y al sindicato. La autoridad provincial, a su vez,

***Expediente 10.402/10 del Registro del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social
Dictamen n° 1/2010, 23.09.2010***

La Comisión de Garantías, convocada por Resolución 1747 de la Señora Secretaria de Trabajo, Dra. Noemí Rial, para emitir dictamen sobre los servicios mínimos en el conflicto que involucra al Gobierno de la Pcia.de Mendoza y a la Asociación Mendocina de Profesionales de la Salud (A.M Pro.S), emite el siguiente dictamen:

I. Fundamentos

A. Realidad

1. Cambio de paradigma

1.1. Conciencia sindical de los médicos

En las grandes civilizaciones el respeto por lo Sagrado se trasladó a los varones y mujeres que lo encarnaban, sobre todo a los médicos, rodeados de un aura misteriosa que imponía respeto y reverencia.

Muchas veces el enfermo se curaba por el mero toque de la mano del llamado, precisamente, “facultativo”, expresión que, desmenuzada, significa “quien tiene la facultad de sanar”.

Hasta tal punto esto fue así que dicha profesiones fue equiparada al sacerdocio. Por ello, así como los rectores religiosos no pueden dejar de ejercer su ministerio, la sociedad no toleraba que los y médicos dejaran de trabajar reclamando, entre otras condiciones, mayores ingresos. Nuestro lenguaje vela el aspecto económico de los profesionales llamándoles “honorarios” (por el honor de ejercer).

La modernidad líquida (BAUMAN, Zygmunt, Modernidad líquida, FCE, Bs. As., 2002) barrió estos estereotipos y actualmente los médicos han adquirido conciencia de ser también trabajadores, sea en relación de empleo o en forma autónoma, sin que esto signifique el abandono del juramento hipocrático. La liquidez mencionada ha llevado a los profesionales médicos a celebrar convenios colectivos y ser sujetos activos pasivos de medidas de fuerza que nuestra legislación (ley 14.786, art. 9) recepta con gran amplitud dentro del concepto de huelga.

La Provincia de Mendoza, en su momento, celebró y homologó un convenio colectivo con los profesionales de la salud, representados por tres entidades sindicales (A.M.Pro.S., A.T.S.A y A.T.E). En base a ese convenio, la Legislatura provincial dictó la ley 7759 (B.O. 05.10.2007).

2. Algunos datos del Sistema de Salud en Mendoza

2.1 Profesionales médicos

En Mendoza superan los 3500, de los cuales más de la mitad están afiliados a A.M.Pro.S.

2.2. Sector público

Anualmente:

- + se atienden 4.000.000 de consultas externas y de guardias*
- + 93.000 egresos hospitalarios*
- + 600.000 días de internación*
- + 30.000 cirugías*

+ 17.000 partos
+ cuenta con 23 hospitales, entre ellas 4 de alta complejidad
+ 240 Centros de salud
+ la inversión anual es de \$ 890.000.000
De esa suma, un 81% se destina a salarios
Fuente: Ministerio de Salud de la Provincia de Mendoza

B. Derechos en juego

1. La Carta Internacional de Derechos Humanos, con sus diversos Documentos y en América el Pacto de San José de Costa Rica y su Protocolo Facultativo y en el Mercosur la Declaración Socio Laboral reconocen, entre otros, el derecho a la vida, el derecho a la salud y el derecho al trabajo digno. La Declaración y Programa de Acción de Viena (Naciones Unidas, Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Viena, junio 1993), expresa:

“La promoción y protección de los derechos humanos es una cuestión prioritaria para la comunidad internacional. La Conferencia constituye una oportunidad única de efectuar un análisis exhaustivo del sistema internacional de derechos humanos y de los mecanismos de protección de los derechos humanos, a fin de potenciar y promover una observancia más cabal de esos derechos, en forma justa y equilibrada,

Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso.”

2. La dignidad humana y los derechos emergentes de ésta, comprometen tanto al Estado como a las propias personas. En el primer caso, surge una obligación positiva de acción de parte de aquel a fin de evitar situaciones que menoscaben a la dignidad; a tal punto que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos tiene dicho que “la extrema pobreza y la exclusión social constituyen una violación a la dignidad humana”; obligación estatal que también se proyecta hacia la comunidad internacional. En el segundo caso, importa una obligación de respeto para todas las personas particulares en cuanto deben respetar la dignidad de los otros que es al mismo tiempo respetar su propia dignidad. La propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso de los “Niños de la Calle”, ha afirmado que el derecho a la vida comprende no solo el derecho de todo ser humano a no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a condiciones que garanticen un existencia digna.

Los fundamentos morales y jurídicos de los derechos humanos parten del hombre indivisible con dignidad humana, siendo el derecho a la dignidad de la vida un valor fundamental, jurídicamente protegido ya que al decir de MORELLO, Augusto (El derecho fundamental a la vida digna en El Derecho Constitucional (2000/2001), pág. 191 “no puede existir vida si falta la dignidad” lo que lleva como consecuencia necesaria y hasta formando parte de su mismo contenido, el derecho a la salud y por ende a la integridad física y psíquica, ocupando el bien protegido un papel central dentro de los Derechos Humanos pues resulta condición primera y fundamental para la realización de los otros bienes.

Y en este sentido corresponde citar a nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Campodónico de Beviacqua” la que considera que el derecho a la vida es el primer derecho de la persona humana, destacando que el “hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en si mismo, mas alla de su naturaleza trascendente su persona es inviolable y constituye valor fundamental, con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental” (Consid. 15º voto de la mayoría).

El art. 12, primer inciso, del Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales -con jerarquía constitucional atento la manda del art. 75 inc. 22- expresa que los Estados Parte “reconocen el derecho de toda personal al disfrute del mas alto nivel posible de salud física y mental, debiendo asegurar la plena efectividad de este derecho”, sin definir a la salud, por lo que remitiéndose al Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, éste la define como el “estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de enfermedad o dolencia” mientras que el Protocolo de San Salvador en su art. 10° reconoce tal derecho entendido como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social, comprometiéndose el Estado, entre otras importantes medidas, a satisfacer las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y por sus condiciones de pobreza, mas vulnerables. Todo lo cual lleva a que el derecho a la salud conforma tanto un derecho individual como social y al mismo tiempo impone la realización de acciones concretas por parte de los órganos estatales para generar las condiciones para una vida en dignidad, que se traduce no solamente en un “no hacer”, es decir, no dañar la salud, sino también un “hacer” en cuanto a remover los obstáculos que impidan su realización plena y prestar, sin discriminaciones, los servicios idóneos y adecuados a tal fin.

Se vincula ello con la cláusula del “nuevo progreso” (art. 75 inc. 19) en cuanto a que deberá proveer lo conducente al desarrollo humano y al progreso económico con justicia social y, en particular, con el inc. 23 en cuanto se debe legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen igualdad real de oportunidades y de trato el pleno goce y ejercicio de los derechos, en particular, respecto de niños, mujeres, ancianos y las personas con discapacidad, y se potencia especialmente en materia de tratados internacionales, tales como la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer que obliga a los Estados a prestar especial protección a la mujer durante el embarazo (art. 11.2.d) y posteriormente en el parto y periodo posterior (art. 12) o la Convención sobre los Derechos del Niño al brindar especial protección en cuanto a atender al “ interés superior del niño” asegurando la protección y cuidado indispensable, recibir cuidados especiales, servicios de rehabilitación al mismo tiempo que el Estado debe adoptar medidas para reducir la mortalidad infantil, combatir enfermedades, asegurar atención sanitaria prenatal y pos natal a las madres.

En este terreno, corresponde diferenciar entre los servicios de salud públicos de los privados, toda vez que los primeros son preferentemente usados por los sectores carentes de obras sociales o mutuales, trabajadores informales y por ende sin coberturas médicas asistenciales y en general por las personas más vulnerables social y económicamente, de tal modo que la inadecuada prestación de tales servicios los coloca en una situación de grave riesgo. No se puede olvidar, con ROLANDO Gialdino que la pobreza extrema es una violación del derecho de toda persona a la vida y a no ser sometida a tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes, entre otros derechos humanos (Diario de J.A. 26.02.2003).

3. *Dentro de ese marco, el derecho de huelga es un instrumento para que los trabajadores logren el cumplimiento de sus derechos, por un lado y, por el otro, el logro de mejores conquistas. Esta distinción conceptual, aceptada pacíficamente, es conocida en nuestro país como “huelga de derechos” y “huelga de intereses”.*

Ha sido reconocido expresamente en el art. 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (16.12.1966), en el art. 27 de la Carta Internacional Americana, en el art. 8 del Protocolo de San Salvador en materia de derechos económicos, sociales y culturales, adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (17.11.1988), en el art.11 de la Declaración Socio Laboral del Mercosur (1991). Como se aprecia, el derecho de huelga integra el sistema democrático.

4. Si aceptamos que el hombre es un ser eco-sistémico, pasional, reflexivo, social, sostenido en la existencia, de inmediato comprendemos que el derecho a la vida es anterior al derecho de huelga.

Como la vida necesita de la salud, impone a la sociedad entera el deber de respetar el derecho a la salud.

Tenemos así que armonizar razonablemente el derecho a la vida, a la salud y a la huelga.

El Protocolo de San Salvador recuerda que, “con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”.

Sentado ello, afirma: “el ejercicio de los derechos enunciados precedentemente sólo puede estar sujeto a las limitaciones y restricciones previstas por la ley, siempre que éstos sean propios a una sociedad democrática, necesarios para salvaguardar el orden público, para proteger la salud o la moral públicas, así como los derechos y las libertades de los demás”.

No luce razonable que la prolongación de una huelga médica deje a la población sin cobertura suficiente y la empuje a recurrir a otras alternativas que pongan en peligro su vida y su salud. El sector sindical también debería encontrar otros medios de protesta que, sin perjudicar al usuario, le permita ejercer el derecho de huelga en forma adecuada y eficaz.

Este alcance amplio de huelga está receptado en el art. 8 de la ley nacional 14.786 (B.O. 09.01.1959), por lo que es derecho positivo.

II. Decisión

Atendiendo a la prevalencia de la vida digna, motivo de especial tutela, dada su condición de primer y básico derecho fundamental de la persona humana sin el cual ningún otro es posible y teniendo en cuenta las consideraciones anteriores a Comisión dictamina

1. El alcance del dictamen se efectúa en relación a las medidas de fuerza anunciadas y ejecutadas por AMPROS que han sido objeto de este requerimiento.

2. Los servicios de salud y hospitalarios de atención a la mujer, durante el embarazo, parto y post parto, así como los de niños, ancianos y personas discapacitadas no pueden tener restricciones que impliquen desconocer obligaciones asumidas por el Estado ante la Comunidad Internacional y el Estado Provincial en su Constitución (art. 16).

Todo esto sin perjuicio que los trabajadores médicos, en ejercicio legítimo de su derecho de huelga, utilicen otros modos de expresar su protesta, tal como está previsto en el art. 8 de la ley nacional 14.786 (B.O. 09.01.1959) que no perjudiquen al paciente, a fin de garantizar la salud de la población.

3. Los restantes servicios de salud y hospitalarios deberán contar con una cobertura profesional similar a la que se presta en días sábados a la tarde, domingos y feriados. Es obligatoria la concurrencia de los Jefes de Servicio y de los Directores de Centros de Salud para cumplir sus funciones dentro de los horarios normales y habituales de atención. Todos y cada uno de los profesionales médicos deberán durante el período en que se lleven a cabo medidas de fuerza permanecer en guardia pasiva.

Esta modalidad efectiva no podrá exceder de dos días a la semana y deberá ser anunciada con una antelación de cinco días, a fin de facilitar la reprogramación de las prestaciones.

Cuando no se efectivizare la medida efectiva, podrán utilizar los medios indicados sub 1).

4. Es de esperar que las partes encuentren solución al conflicto para dar plena conformidad a los derechos reconocidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales.

5. Esta decisión será revisada en la medida que cambien los hechos que le dieron origen material.

Rodolfo Capón Filas, Presidente - Horacio Martínez, Secretario - Alcira Paula Passini - Gabriel Binstein - Ricardo Alberto Muñoz - Carlos Francisco Echezarreta

¿Está Ud. de acuerdo con el dictamen de la CG? Fundamente su posición ¿Cree Ud. que se trata de una medida razonable? ¿Por qué razones? ¿Puede Ud. identificar el standard de razonabilidad empleado por la CG para determinar los servicios mínimos en los hospitales de Mendoza? ¿Cree Ud. que la opinión de la CG responde a una ponderación en abstracto o en concreto? ¿Valoró la CG los datos del sistema de salud de Mendoza que introdujo en el Dictamen? ¿Qué finalidad tuvo -a su juicio- la inclusión de tales datos? ¿Los datos del sistema de salud fueron cotejados con otros datos?

¿Qué razones expuso la CG para justificar las proporciones que propuso? ¿Está Ud. de acuerdo con tales proporciones? ¿Por qué? ¿Considera responden a las mayores exigencias previstas por los instrumentos de DDHH para establecer restricciones al derecho de huelga?

¿Considera Ud. que la huelga en los hospitales compromete el derecho a la vida? ¿O el derecho a la salud? ¿O depende de los casos? ¿O de las áreas del hospital? ¿Comparte Ud. las distinciones efectuadas por la CG respecto de ciertas áreas de los hospitales?

¿Responde la CG a la protección especial de las personas en condiciones de vulnerabilidad? ¿De todas? ¿Ha reparado la CG en que los trabajadores son sujetos en condiciones de vulnerabilidad?

¿Presume la CG que a los hospitales de Mendoza concurren las personas pobres? ¿Sólo pobres, o pobres extremos? ¿Debería haber respaldado esta presunción con datos objetivos? En el razonamiento efectuado por la CG ¿ha valorado verdaderamente *los hechos que le dieron origen material* al dictamen?

V. Bibliografía

ACKERMAN, Mario E., “El derecho de huelga y los derechos de todos”, en *LL* 2005-E, 1288.

ARESE, César, “Límites del derecho de huelga: ocupación de establecimientos y huelga en servicios esenciales”, en *DT* 2009 (marzo), 247.

BAUMAN, Zygmunt, *Vida líquida*, trad. de Albino Santos Mosquera, Ed. Paidós, Buenos Aires, 2007.

- BECCARIA, Luis, *Empleo e integración social*, Ed. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2001.
- CASTEL, Robert, *Las metamorfosis de la cuestión social*, trad. de Jorge Piatigorsky, Paidós, Buenos Aires, 1997.
- CASTEL, Robert y HAROCHE, Claudine, *Propiedad privada, propiedad social, propiedad de sí mismo*, trad. de Alejandro Moreira, Ed. Homo Sapiens, Rosario, 2003.
- DUBET, François, *Repensar la justicia social*, trad. de Alfredo Grieco y Bavio, Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2010.
- ERMIDA URIARTE, Oscar, “La huelga y la solución de los conflictos colectivos en los servicios esenciales”, en *DT* 1989-B, 2119.
- ETALA, Juan J. (h), “Declaración de ilegalidad de las medidas de fuerza”, en *DT* 2010 (junio), 1457.
- FAUR, Marta R., “Limitaciones permanentes a los derechos en el sistema interamericano de derechos humanos”, en Ortiz Pellegrini, Miguel A. (Director), *Limitaciones a los derechos humanos*, Ed. Alveroni, Córdoba, 2003.
- FERREYRA, Raúl G., *La Constitución vulnerable*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2003.
- FUNES DE RIOJA, Daniel, “Huelga, respeto a la ley y orden republicano”, en *DT* 2009 (noviembre), 24.
- GARCÍA, Héctor O., “Servicios esenciales, Servicios mínimos y Autorregulación: Sobre garantías al derecho de huelga y límites al poder del Estado”, en *DT* 2006 (agosto), 1095.
 “Estado, sindicatos y normas internacionales en la regulación del derecho de huelga en la Argentina”, en *DT* 2007 (mayo), 507.
- GARGARELLA, Roberto, *Carta abierta sobre la intolerancia*, Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2006.
- GIANIBELLI, Guillermo, “El sistema de protección de derechos de la Organización Internacional del Trabajo y sus efectos sobre el ordenamiento interno”, en Abramovich, Víctor; Bovino, Alberto y Courtis, Christian (Compiladores), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local*, CELS, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007.
- GORLA, Miguel A., “Derecho de huelga en los servicios esenciales”, en *RDLSS* 2010-20-1821.
- HIERREZUELO, Ricardo D., “El derecho de huelga y los servicios esenciales”, en Sardegna, Paula C. y otros, *Artículo 14 bis Constitución Nacional*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2007.
- LAPORTA, Francisco, “Sobre el concepto de derechos humanos”, en *Doxa* 4, 1987.

- LOCKE, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*, trad. de Sergio Albano, Ed. Gradifco, Buenos Aires, 2005.
- LOPEZ, María E., “Negociación y conflictos colectivos”, en *RDLSS* 2011-11-978.
- MANSUETI, Hugo R., “Huelga en los servicios esenciales en la Argentina”, en *DT* 2007 (abril), 400.
“El control judicial de la limitación administrativa de la huelga en los servicios esenciales”, en *DT* 2010 (junio), 1456.
- MUGNOLO, Juan P., “El Convenio 87 en el sistema de Derecho del Trabajo”, en *RDLSS* 2004-22-1659.
- PECES-BARBA, Gregorio, “Reflexiones sobre los derechos sociales”, en Alexy, Robert y otros, *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007.
- PIZA ROCAFORT, Rodolfo E., “Derecho al trabajo y derechos de los trabajadores desde la perspectiva de los convenios internacionales sobre derechos económicos, sociales y culturales”, en *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, N° 40, Julio-Diciembre, 2004.
- RAFFAGHELLI, Luis A., “Conflictos en los servicios esenciales: fijación de los servicios mínimos”, en *Revista Gaceta Laboral*, Vol. 13, N° 3 (2007): 330 - 356.
- SEPÚLVEDA, Magdalena, “La interpretación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la expresión ‘progresivamente’”, en Courtis, Christian (Compilador), *Ni un paso atrás*, CEDAL-CELS, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.
- SIMON, Julio C., “La nueva regulación del derecho de huelga en los servicios esenciales”, en *LL* 2006-B, 1271.
- TRIBUZIO, José E., “El servicio público de importancia trascendental”, en *DT* 2009 (noviembre), 30.
- VENTURA ROBLES, Manuel, “Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales”, en *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, N° 40, Julio-Diciembre, 2004.