

DECRETERO DE SENTENCIAS

//tevideo, 3 de diciembre de 2013.

No. 714

VISTOS:

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: “COOPERATIVA NACIONAL DE PRODUCTORES DE LECHE (CONAPROLE) con ESTADO. MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL. Acción de Nulidad” (Ficha No. 33/2011).

RESULTANDO:

I.- La acción de nulidad se promovió contra la resolución dictada por la Inspección General del Trabajo y la Seguridad Social (IGTSS) de 20 de setiembre de 2010, dictada en expediente N° 13117/2008, por la que se dispuso revocar por contrario imperio la resolución de la propia IGTSS de 13 de mayo de 2009.

La decisión se fundamentó en que resultaba contrario al art. 57 de la Constitución de la República el condicionamiento del ejercicio del derecho fundamental de los trabajadores a la huelga, por medio de un reglamento unilateral dispuesto por parte de la empresa, no existiendo regla de derecho ni convenio colectivo en ese sentido.

La impugnada dispuso que la accionante debería proceder a la reliquidación del rubro presentismo, descontando del mismo, en forma proporcional, los días no trabajados por el ejercicio del derecho de huelga (fs.112-116 de los A.A).

II.- Elida DALMAO en representación de la COOPERATIVA NACIONAL DE PRODUCTORES DE LECHE (en adelante CONAPROLE), cuestionó la legitimidad de dicha resolución por entender que era manifiestamente ilegal, al desconocer lo dispuesto por el art. 3º, literal f), de la Ley N° 13.720, el Decreto N° 165/006 y el convenio colectivo de fecha 1º de febrero de 2008.

Afirmó que el paro realizado los días 2 y 3 de abril de 2008 por el Sindicato de los trabajadores de la empresa (AOEC) fue ilícito en la medida que no cumplió con el preaviso previsto en el art. 3º, literal f), de la Ley N° 13.720. Citó doctrina y jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia en su favor. Denunció que también se violaron las disposiciones del Decreto N° 165/006 y la cláusula segunda del convenio colectivo celebrado entre CONAPROLE y AOEC el día 1º de febrero de 2008 que prevé que en caso de situaciones de conflicto en la empresa cualquiera de las partes convocará a la Comisión de Relacionamiento Laboral en un plazo no mayor de 48 horas y las partes se abstendrán de innovar mientras dure la negociación.

Alegó que la empresa en ejercicio de su autonomía privada podía regular la forma y condiciones en que está dispuesta a pagarle a sus trabajadores, determinados beneficios salariales superiores a los que se encuentra obligado a pagar. Es así que se creó la prima por asiduidad según Resolución del Directorio de CONAPROLE de 16 de noviembre de 1989, que en el numeral 4º, literal g), establece que corresponderá igualmente percibir dicha prima en caso de faltas por asambleas gremiales, plenarios de delegados o paros dispuestos por el Sindicato, siempre que se

mantengan las guardias acordadas necesarias a efectos de asegurar el no deterioro de la calidad de la materia prima.

Expresó que dicha disposición no configura una prima anti huelga y no configura una discriminación del trabajador huelguista.

Que en caso de que el paro de actividades fuera ilícito por falta de preaviso, la inasistencia no generará el derecho a percibir la prima por asiduidad. En caso de entenderse que el paro es lícito, la prima por asiduidad no se devengará si no se cumple con los requisitos de mantener las guardias gremiales y que no se deteriore la materia prima.

Concluyó diciendo que los paros ocurridos los días 2 y 3 de abril de 2008 por su ilicitud hacían perder el derecho a percibir la prima por asiduidad y que dichas inasistencias al trabajo debían computarse como faltas comunes injustificadas al trabajo. Sin perjuicio de lo anterior, el sindicato durante los días de paro no mantuvo guardias gremiales y se deterioró la calidad de unos 3.480 kilos de postre Pudding.

III.- Conferido traslado de la demanda, el representante del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social la evacuó a fs.17-20 del principal, abogando por la mantención en todos sus términos de la Resolución impugnada, por haber sido dictada conforme a Derecho.

Expresó que, a su parecer, las partes no controvierten la tesis sostenida en la resolución enjuiciada acerca de la pérdida proporcional de la prima por presentismo en relación a los días no trabajados por motivo de un paro gremial.

La referida prima fue concedida unilateralmente por CONAPROLE y al ser un acto unilateral de la empresa, su reglamentación no puede estar incluida en el contrato de trabajo. El condicionamiento impuesto

unilateralmente por una de las partes, relativo al establecimiento de guardias gremiales no puede reputarse como limitativo del derecho constitucional de acudir a una huelga de acuerdo a lo dispuesto por el art. 57 de la Constitución de la República. Este derecho no puede verse limitado o condicionado mediante el otorgamiento o quita del total de la prima en cuestión, máxime cuando la pérdida total de dicha partida no resulta de ley o convenio alguno.

Manifestó que sí entiende legítima su pérdida proporcional a los días no trabajados, en coincidencia con la pérdida de salario que el sindicato está dispuesto a soportar a consecuencia de la medida de lucha aprobada.

Por último, recordó que las guardias gremiales deben estar acordadas entre las partes para que adquiera validez la operativa de la cláusula.

IV. Consta además que: -abierto el juicio a prueba, las partes no produjeron prueba alguna. A los autos se agregaron por cuerda antecedentes administrativos presentados por la parte demandada en 128 fojas; b) alegaron las partes por su orden (de fs. 48-53 y de fs. 56-57, respectivamente); c) oído el Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo (Dictamen No. 13/13 a fs. 60-61 vuelto) aconsejó anular el acto; d) citadas las partes para sentencia (fs. 63); pasaron los autos a estudio de los Sres. Ministros, quienes la acordaron y dictaron en legal forma.

CONSIDERANDO:

I) Los requisitos necesarios para la admisibilidad del presente accionamiento -arts. 4 y 9 de la Ley N° 15.869- han sido debidamente cumplimentados, tal como fue dispuesto oportunamente por la Resolución N° 1.044 de 8.12.2011, que declaró bien agotada la vía

administrativa e interpuesta en plazo la acción de nulidad (fs. 41 a 43 vuelto *infolios*).

II) Se enjuicia en autos la resolución dictada por la Inspección General del Trabajo y la Seguridad Social (IGTSS) de 20 de setiembre de 2010, dictada en expediente N° 13117/2008, por la que se dispuso revocar por contrario imperio la resolución de la propia IGTSS de fecha 13 de mayo de 2009. La decisión se fundamentó en que resulta contrario al art. 57 de la Constitución de la República el condicionamiento del ejercicio del derecho fundamental de los trabajadores a la huelga, por medio de un reglamento unilateral dispuesto por parte de la empresa, no existiendo regla de derecho ni convenio colectivo en ese sentido.

La impugnada dispuso que la accionante deberá proceder a la reliquidación del rubro presentismo, descontando del mismo, en forma proporcional, los días no trabajados por el ejercicio del derecho de huelga (fs. 112-116 de los A.A).

III) **Antecedentes administrativos relevantes.**

El Tribunal considera necesario, en lo inicial, relatar los hechos que motivaron el dictado del acto resistido. Para ello corresponde recordar que, tal como surge de los antecedentes, los días 2 y 3 de abril de 2008 se produjeron paros del personal de CONAPROLE en la Usina N° 21 de la empresa.

Como consecuencia de la referida medida gremial dispuesta por el sindicato (Asociación de Obreros y Empleados de CONAPROLE (AOEC), la dirección de la CONAPROLE dispuso el no pago a los huelguistas de la prima por presentismo correspondiente al mes de abril del referido año, en virtud de lo dispuesto en el Reglamento de Asignación y Liquidación de la

Prima por Asiduidad vigente desde el 1º de diciembre de 1989, que luce a fs. 30 de los A.A.

El paro en la planta comenzó a las 17.30 horas del día 2 de abril y se prolongó ininterrumpidamente hasta las 18 horas del día siguiente. La medida sindical se adoptó como reacción a la orden de la Gerencia del Complejo Industrial Montevideo de modificar el descanso intermedio de una serie de trabajadores del Sector Paletizados de la Usina N° 21, reduciéndolo de 2 horas (como había sido acordado en el Convenio Colectivo vigente al momento en el referido sector) a 70 minutos. En el transcurso de la medida de lucha no se dispuso de guardia gremial, por lo que se perdieron aproximadamente 3.480 kilos de postre Pudding.

El sindicato (AOEC) denunció ante la IGTSS el incumplimiento de la empresa con el pago de la prima por asiduidad o presentismo (nota de fs. 3-4 de los A.A.).

Se inició un procedimiento y, luego de abierto el expediente a prueba y recibidos los descargos de ambas partes, la IGTSS resolvió proceder al archivo de las actuaciones. Se fundamentó en que, en el marco de la propia autorregulación del conflicto y de la negociación colectiva, son las propias partes quienes deben encontrar la resolución del diferendo; no estimando pertinente imponer a la empresa el pago de la prima referida, sustituyendo a la voluntad de las partes (véase la Resolución de la IGTSS de fecha 3 de junio de 2009 que luce de fs. 91 a 94 de los A.A.).

Contra dicha Resolución de la IGTSS se alzó el Sindicato de CONAPROLE mediante la interposición de los recursos de revocación y jerárquico en subsidio (fs. 99 de los A.A., fundamentado de fs. 102-104 de los A.A.).

Previa consulta al Instituto de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República (fs. 106-109 de los A.A.), el 20 de setiembre de 2010 el nuevo Inspector de Trabajo dictó la resolución revocatoria que se enjuicia en los presentes obrados (fs. 112-116 de los A.A.). Por la mencionada volición se intima a la empresa a reliquidar el rubro presentismo y descontar el mismo en forma proporcional a los días no trabajados por el ejercicio del derecho de huelga.

IV) **Delimitación de la *quaestio decidendi*.**

Los argumentos de las partes en sus respectivos actos de proposición han sido convenientemente detallados en los RESULTANDOS, a los que cabe remitirse en honor a la brevedad.

Basta aquí con recordar que, lo medular de la cuestión litigiosa, estriba en dilucidar si fue legítima la decisión administrativa de obligar a CONAPROLE a reliquidar el rubro presentismo, descontando proporcionalmente los días en que los trabajadores realizaron la medida de huelga (2 y 3 de abril de 2008).

La empresa actora plantea que fue legítima su decisión de no pagar el presentismo, a causa de los días en que se realizó la huelga, porque dicha medida fue ilegítima, ya que no fue precedida del preaviso correspondiente, previsto en el art. 3, literal f), de la Ley N° 13.720 de 16.12.1968. Además, se violentó lo previsto en el Decreto N° 165/2006 y en el Convenio Colectivo de fecha 1.2.2008. Las disposiciones del convenio colectivo establecen que en caso de conflicto en la empresa, cualquiera de las partes convocará a la Comisión de Relacionamiento Laboral en un plazo no mayor de 48 horas y las partes se abstendrán de innovar mientras dure la

negociación. La pérdida de la prima se justifica en la emergencia, porque la medida de paro fue ilícita.

El centro de la controversia estriba entonces en elucidar si puede concluirse que, por la omisión del preaviso a la autoridad administrativa, existió una huelga ilícita que justifique no abonar el rubro presentismo a los trabajadores huelguistas en proporción a los días trabajados y no trabajados.

V) La medida realizada en CONAPROLE los días 2 y 3 de abril de 2008 y su calificación.

V.I. Del examen detenido de los antecedentes emerge que el acto revocatorio resistido se basa en una correcta valoración de la plataforma fáctica, ponderada de acuerdo a las normas y principios generales en juego. Por consiguiente, y como se fundamentará a lo largo de este considerando, la decisión administrativa luce perfectamente ajustada a Derecho en cuanto ordena a CONAPROLE la reliquidación de la prima por asiduidad o presentismo a los trabajadores huelguistas.

El aspecto central de la cuestión litigiosa, estriba sobre uno de los temas más intensamente debatidos y que más han dividido a la doctrina y jurisprudencia laboral en nuestro país: la licitud o ilicitud de una medida gremial de huelga por falta de aviso previo o preaviso.

V.II. Surge de los hechos debidamente acreditados y no controvertidos, que se produjo una situación de huelga gremial dispuesta por el Sindicato de CONAPROLE (AOEC) los días 2 y 3 de abril de 2008.- Más precisamente, entre las 17.30 horas del día 2 y las 18 horas del día siguiente, en la Usina N° 21 del Complejo Industrial Montevideo (CIM) de la empresa CONAPROLE, no se dispusieron guardias gremiales y se

produjo la pérdida de materia prima en la empresa (unos 3.480 kilos de postre Pudding).

Aunque la actora guarda prudente silencio en su libelo introductorio, aparece como fehacientemente acreditado según las resultancias de los antecedentes administrativos agregados (véanse las manifestaciones básicamente coincidentes de las propias partes a fs. 49 y 69-70), que el motivo desencadenante de la medida de huelga sorpresiva fue la disposición unilateral e intempestiva, sin previo aviso, de la Gerencia del CIM de ese mismo día 2 de abril, de modificar el descanso intermedio de un grupo de trabajadores del sector Envasado y Paletizado de Leche Fresca, reduciéndolo de las 2 horas que disponen por convenio colectivo firmado en el sector a 70 minutos, bajo amenaza de imponer sanciones.

Cabe consignar que el régimen de descanso intermedio se uniformizó mediante acuerdos novatorios para todos los sectores del CIM recién en setiembre de 2008, es decir, varios meses después de ocurrido el conflicto (ver Acta del MTSS en que se homologan los acuerdos novatorios del convenio colectivo anterior a fs. 84 de los A.A).

V.III. Como ya se indicó, la actora finca sus agravios en la ilicitud de la medida gremial de huelga adoptada por el sindicato, pues fue adoptada sin cumplir el preaviso previsto en el art. 3, lit. f), de la Ley 13.720 y en el incumplimiento de lo dispuesto en el numeral 4º, literal g), del Reglamento de Asignación y Liquidación de la Prima por Asiduidad de 1/12/1989, ya que no se mantuvo guardia gremial alguna y no se aseguró el no deterioro de materia prima. Por dichas razones, entiende que corresponde la pérdida del derecho a percibir la totalidad de la prima por presentismo (8%) correspondiente al mes de abril de 2008.

V.IV. Una vez planteados los aspectos centrales de la plataforma fáctica relevante, corresponde abordar las cuestiones conceptuales involucradas.

En primer lugar, corresponde detenerse sobre la noción de huelga. En efecto, es la postura anulatoria asumida por el Sr. Procurador del Estado que obliga al Tribunal a pronunciarse sobre este tópico, ya que en el dictamen se sostiene la tesis de que la huelga no solo es ilícita sino que es inexistente, postura que, como bien lo expresa el Sr. Ministro Dr. Ricardo HARRIAGUE en su excelente voto, no puede compartirse.

Ha sostenido la Procuraduría del Estado en su dictamen: *“Estando a lo que surge de la doctrina mayoritaria (PÉREZ DEL CASTILO, Manual Práctico de Normas Laborales, Pág. 439 y ss.), la reglamentación de la huelga estaría en diferentes normas, una de las cuales, la Ley 13.720 art. 3 lit. f, establece con toda claridad que para que pueda existir una huelga debe haber aviso previo.-*

“Ninguna medida de huelga o look out” será considerada lícita si el problema que la origina y la decisión de recurrir a tales medidas, no han sido planteadas con no menos de 7 días de anticipación a la Comisión” (MTSS).-

La inexistencia de este preaviso, le quita al acto realizado el carácter de huelga.” (fs. 60 vuelto y 61 infolios).

Como se adelantó, no se comparte este enfoque. La existencia de la medida de lucha sindical conocida como Huelga, en tanto dato de la realidad como fenómeno sociológico, parece innegable en el subexámine. Harina de otro costal, es determinar su licitud o ilicitud.

Pero, de acuerdo a los hechos descriptos más arriba, resulta algo evidente que la medida adoptada por los trabajadores de CONAPROLE reviste el carácter de huelga.

El Prof. Dr. Oscar ERMIDA URIARTE, reseña distintas definiciones de huelga en su magnífico libro “Apuntes sobre la huelga”. En primer lugar cita la clásica definición de los Dres. Eduardo J COUTURE y Américo PLÁ RODRÍGUEZ en su obra conjunta de 1951: “La Huelga en el Derecho Uruguayo”. Estos autores decían que, por huelga, debe entenderse “...la omisión colectiva y transitoria del trabajo, con una finalidad de reclamo o protesta”. El propio PLÁ RODRÍGUEZ luego, por su parte, ampliaría esta definición, diciendo que debe entenderse por huelga: “la omisión, reducción o alteración colectiva y transitoria del trabajo con una finalidad de reclamo o protesta” (así: ERMIDA URIARTE, Oscar; “Apuntes sobre la huelga”, Colección JVS N° 22, FCU, Montevideo, 1996, pág. 42; el Tribunal se pronunció en este sentido sobre el concepto de huelga en la reciente Sentencia N° 216/2013).

Un somero análisis del conflicto acaecido a la luz de estos conceptos, basta para concluir que estamos ante la adopción por parte de la AOEC de una medida de HUELGA en toda su definición conceptual. Así pues, la huelga aparece como un “concepto jurídicamente indeterminado” que debe ser precisado en cuanto a su configuración, en cada caso, atendiendo a sus particularidades y circunstancias específicas.

La huelga, en tanto medida de lucha o protesta adoptada por un colectivo de trabajadores, existe siempre como derecho gremial de raigambre constitucional (art. 57 de la Constitución de la República), no

pudiendo quedar condicionada o sujeta dicha existencia a un requerimiento formal de rango legal o convencional.

VI). Sobre la legitimidad de la huelga oportunamente realizada por los trabajadores de CONAPROLE y sus consecuencias.

VI.I. Sobre la base de que en el caso que nos ocupa, la medida adoptada oportunamente por los trabajadores debe ser calificada como huelga, corresponde examinar su licitud.

La interrogante a la que cabe responder, es si el derecho gremial de huelga puede tener una existencia ilícita. Ahí se centra la discusión principal, tal como lo precisa la accionante.

En concordancia con la idea de la no consagración de derechos absolutos en nuestro ordenamiento jurídico, el constituyente declaró que la huelga es un *derecho gremial* y sobre esta base “*se reglamentará su ejercicio y efectividad*” (según el citado art. 57 de la Constitución de la República).

En tal sentido, parece claro que la introducción de la exigencia del preaviso de acuerdo a lo dispuesto en el **art. 3º, lit. f), de la Ley N° 13.720** es una reglamentación del ejercicio del derecho de huelga.

Reza el referido artículo: “*f) (...) Ninguna medida de huelga o "Lock Out" será considerada lícita si el problema que la origina y la decisión de recurrir a tales medidas no han sido planteados con no menos de 7 días de anticipación a la Comisión*”.

La accionante hace caudal de la referida norma legal para sostener la ilicitud de la medida gremial adoptada por el sindicato y, por tanto, afirma que la huelga estaría privada de su condición de derecho.

En consecuencia, sus actores no estarían habilitados a exigir la protección de los derechos subjetivos propios de quienes ejercen la medida dentro de la legalidad.

Un sector doctrinario sostiene que la falta de preaviso, determina que la medida de huelga deba considerarse ilegítima y, por lo tanto, los trabajadores incurren en un incumplimiento contractual (así: PÉREZ DEL CASTILLO, Santiago; “El derecho de huelga”, FCU, Montevideo, 1993, págs. 152 a 155). Dicha posición es la recogida, con matices por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia desde el año 1990 tal como lo destacan la actora y el Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo (a modo de ejemplo las Sentencias N° 77/91; N° 426/95 y 239/2002, aunque todas ellas, con interesantes discordias).

En contra de esta posición, se levanta la mayoría de la doctrina laboralista nacional y la mayoría de la jurisprudencia de los Tribunales de Apelaciones de Trabajo (por todas véase la sentencia del TAT 1° 396/2010; un panorama completo de las tendencias jurisprudenciales en la materia puede leerse en PEREIRA CAMPOS, Santiago: “Consecuencias de la omisión del preaviso en la huelga: estudio de las tendencias jurisprudenciales”, Revista de Derecho Laboral, T. XXXV, N° 165, págs. 124 y siguientes).

En breve síntesis, esta tesis sostiene que la disposición normativa invocada por la actora (art. 3° lit. f), de la Ley N° 13.720), si bien prevé el preaviso, no establece una consecuencia jurídica para su inobservancia.

Volviendo a la clásica obra de ERMIDA URIARTE, el autor expresa: “...para el caso de admitirse la constitucionalidad de los arts. 3, f, 4 y 5 de la ley 13.720, quedaría por determinar cuáles son las

consecuencias de que -de conformidad con tales disposiciones- una huelga sea considerada ilícita. Esto podría suceder por omisión de preaviso o por paralización del trabajo en sectores esenciales en los cuales el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social hubiere dispuesto el mantenimiento del servicio en régimen de turnos.

El problema, que ha suscitado varias elaboraciones, está dado por la circunstancia de que la ley 13.720 no prevé sanción alguna para la “huelga ilícita”, disponiendo solamente que “en caso de interrupción de servicios esenciales, la autoridad pública podrá disponer las medidas necesarias para mantener dichos servicios, recurriendo incluso a la utilización de los bienes y contratación de prestaciones indispensables para la continuidad de los mismos, sin perjuicio de aplicar, al personal afectado, las sanciones legales pertinentes”. Pero:

a) No se determina cuáles son éstas; y

b) Por otra parte esta disposición no se aplica a la “ilicitud” por falta de preaviso, ni a la interrupción de servicios no esenciales.

Estas circunstancias han determinado que la doctrina nacional sostuviera que nos encontramos ante una norma sin sanción, y en atención de los principios “nulla poena sine lege”, protector y de libertad sindical, la omisión del preaviso sería prácticamente intrascendente.”

Luego de citar la opinión conforme de PLÁ RODRÍGUEZ, DE FERRARI, NICOLIELLO y BARBAGELATA, el autor descarta que pueda imponerse cualquier sanción a los trabajadores huelguistas que omitieron hacer el preaviso a la Administración. Ello implicaría crear una sanción no establecida en el texto legal. La falta de sanción prevista en la ley sólo puede tener una consecuencia: la ausencia de sanción aplicable. Si

el legislador no estipuló sanción, el juez no puede establecer sanción. (ERMIDA URIARTE, Oscar: “Apuntes...”, cit., págs. 87-88).

PLÁ RODRÍGUEZ por su parte, al analizar la referida disposición de la Ley 13.720 niega enfáticamente la ilicitud de las huelgas por falta de preaviso pues dicha norma legal es: *“imperfecta porque carece de sanción”* y agrega que *“...la sanción es una parte de la norma que no puede ser creada por el intérprete y que es una de esas omisiones que no puede ser suplida por el juez”* para rematar sosteniendo que *“si el legislador no estipuló sanción, el Juez no puede establecer sanción. La conclusión no puede ser más clara.”* (PLÁ RODRÍGUEZ, Américo: “Huelga o Lock Out no comunicados a COPRIN” en Revista de Derecho Laboral, N° 99, págs. 356 a 363).

En idéntica orientación se inscribe la brillante discordia estampada a la Sentencia de la Suprema Corte de Justicia N° 77/91 por el recordado magistrado Dr. Hugo MALHERBE, quien consignó lo siguiente:

“Se aduce que la huelga de autos fue ilícita por inobservancia del preaviso dispuesto por el art. 3 - f, Ley No. 13.720/68. Entiendo que esta tesis no es admisible, y el correcto planteo de la cuestión se sitúa en dos niveles: uno óntico-normativo y otro ontológico-jurídico. El primero dice relación con la aplicación técnica y el segundo, con la naturaleza normativa del precepto. A) En el primer nivel. El precepto declara ilícita toda medida de huelga, cuando se ha omitido el preaviso al MTSS. Como una huelga no es un mero acto de producción y perfeccionamiento instantáneos, es menester discernir entre el acto que decide la huelga o inactividad, y los actos de su realización. La realización de la huelga remite a una continuidad que es propia de un estado - estado de cosas,

como gusta decir a los analistas angloamericanos. En ese estado, cada instante tiene realidad por la voluntad propia y singular que lo mantiene, y que opera como causa subsisten: todo acto de creación, cuando sus efectos se prolongan en el tiempo supone una causalidad funcional que hace que cada unidad de tiempo "t" de inactividad sea una "medida de huelga". Por reductio ad absurdum se entiende esto mejor: No tiene sentido -por ejemplo- decir que es ilícita una huelga prolongada durante un tiempo muy extenso e indeterminado -meses, tal vez- porque antes de su comienzo y como pecado original, no se haya comunicado al MTSS. La "medida" es definida en el Diccionario de la Real Academia (7a. acepción) (Ed. 1970) como "disposición, prevención", lo que conduce a afirmar que supone una decisión inicial y luego una multiplicidad de hechos, cada uno de los cuales implica una reproducción de la decisión. Estamos aquí en lo que Bergson llamaba causalidad por déroulement (L' évolution créatrice, Ed. 1948, págs. 73 - 74). En síntesis: "medida de huelga" es un hecho singular, puntualmente situado en el tiempo; "estado de huelga" es una complejidad dinámica en cuyo desarrollo ha de estar presente la voluntas subsistendi necesaria para mantenerlo, y donde puede aparecer una gran variedad de "medidas" -hasta el infinito-. En el caso, por lo menos el 10/4/86 -según lo admite la demandada a f. 3.104- se cumplió con el aviso formal. En consecuencia, los actos y medidas, ahora precedidos del planteo del problema y la decisión como quiere la Ley, son perfectamente lícitos a partir de 17/4/86. Lo que significa que los despidos se habrían producido durante un estado de huelga lícito. B) En el nivel ontológico-jurídico. El precepto del art. 3 - f, Ley No. 13.720/68 no constituye ni integra una norma jurídica -no incurrir en la gruesa confusión entre norma y precepto

o enunciado legislativo- porque sólo contiene una declaración de ilicitud, sin sanción. Empleando la terminología del último Kelsen (Théorie Pure du Droit, Ed. 1962), no se trata de una norma primaria, pero tampoco de una "norma no independiente", pues esta última requiere una conexión esencial con una norma que establezca sanciones (primaria). Lo que se busca en el esfuerzo hermenéutico del recurrente no es una conexión esencial, sino un perfil caracterológico y programático -es decir, declarar una mera evaluación- como declarar ilícito, injusto, indeseable, inconveniente, un acto o hecho. No se ha comprendido que para ser tal, la norma no independiente debe contener una descripción complementaria, modificativa o suplementaria del hecho supuesto de la norma, o del hecho sancionatorio.”

Con tales entendimientos, parece difícil concluir, como lo hace la actora, que de la omisión del preaviso se pueda seguir la consecuencia de que los trabajadores huelguistas pierdan totalmente el rubro presentismo por entender que la huelga debe considerarse ilícita. La consecuencia jurídica de pérdida total del rubro presentismo no se sigue, de acuerdo a la ley, de la realización de una huelga en la que se haya omitido el preaviso.

Mucho más plausible resulta la tesis de la demandada, quien sostiene que el rubro debe abonarse en proporción a los días trabajados, descontándose los días de huelga, desde que la huelga -como es un valor entendido- apareja sí la pérdida del salario durante el lapso que dura la medida.

VI.II. En cuanto al Decreto N° 165/2006 que se invoca como fundamento por la parte actora, es evidente que, además de que no establece tampoco la consecuencia jurídica para la omisión del preaviso, se

trata de una norma con rango de decreto. Por lo tanto, es una norma inhábil por su rango como para reglamentar válidamente un precepto constitucional como el art. 57, consagradorio de un derecho fundamental, como lo es el derecho de huelga.

La jurisprudencia del Tribunal en forma constante ha señalado que los derechos fundamentales no pueden limitarse por disposiciones infravalentes a la ley (así, por todas, véase la reciente Sentencia N° 147/2013).

VI.III. Sin perjuicio de lo expuesto hasta ahora, hay una razón fundamental que es la que determina al Tribunal, decididamente, a inclinarse por la solución confirmatoria.

Entre las partes regían, al tiempo de la huelga, normas de Derecho Colectivo del Trabajo, contenidas en el acuerdo colectivo celebrado el 1° de febrero de 2008 ante el MTSS, que luce a fs. 55 de A.A, el cual establece en la Cláusula Segundo:

“En caso de que se generen situaciones conflictivas, cualquiera de las partes convocará a la Comisión Mixta de Relacionamiento Laboral en un plazo no mayor a 48 horas y las partes se abstendrán de innovar mientras dure la negociación. A estos efectos, se establece que la empresa se comunicará con la Secretaría del Sindicato y el Sindicato se comunicará con la Secretaría de RR.HH de la empresa. Las comunicaciones deberán hacerse por escrito.”

Del material probatorio agregado en los antecedentes administrativos, surge suficientemente acreditado que la situación conflictiva se desencadenó a raíz de una decisión gerencial de la empresa de modificar el régimen de descanso intermedio de un grupo de

trabajadores hacia las 14 horas del día 2 de abril de 2008 y no consta prueba alguna de que la empresa haya dado cabal y fiel cumplimiento a lo acordado en el convenio colectivo, por lo que incumplió su parte del preaviso en lo que le corresponde. Ante esta situación fue que el sindicato decretó la medida de huelga hacia las 17 horas de ese mismo día.

A juicio del Tribunal, el comportamiento exhibido por la empresa enerva cualquier efecto que pudiera tener la falta de preaviso de huelga por parte del sindicato. Las circunstancias de los hechos desencadenados a efectos de repeler un incumplimiento de parte del empleador, hace aplicable el principio de que nadie puede ampararse en su propia culpa o incumplimiento para exigirle un comportamiento debido a la otra parte (*“nemo auditor propiam turpitudinem allegans”*).

Como lo expresa en su fundado voto el Sr. Ministro Dr. Ricardo HARRIAGUE, en criterio que hace suyo el Colegiado, es éste el argumento central que demuestra la licitud de la medida de huelga adoptada. Definida su licitud, corresponde abordar el tema del pago de la prima por presentismo.

VII) La ilegitimidad de la decisión de la empresa de no abonar la partida por presentismo a los trabajadores huelguistas.

La accionante alegó que, aún de entenderse lícita la medida gremial, no corresponde el pago de la prima por asiduidad por incumplimiento del numeral 4º, literal g), del Reglamento de Asignación y Liquidación de la Prima por Asiduidad de 1/12/1989, ya que no se mantuvo guardia gremial alguna y no se aseguró el no deterioro de materia prima.

El Reglamento unilateral de la empresa para el otorgamiento de la referida prima condiciona el pago de la misma al mantenimiento de

guardias gremiales acordadas necesarias a fin de asegurar el no deterioro de las materias primas.

En este sentido, no surge prueba alguna de que la empresa haya requerido al Sindicato el mantenimiento de guardia gremial, más allá de una simple observación verbal del jefe del turno de la noche a los delegados sindicales acerca de determinados productos paralizados en la línea de producción. Extremo que no puede considerarse un pedido formal de instalación de una guardia gremial.

Así pues, configurándose plenamente la correspondencia del pago de la prima y al considerarse “salarizada” la misma en la medida que adquirió un carácter *normal y permanente* desde el año 1989 hasta el presente, parece razonable y legítimo pensar que, si los trabajadores al ir a una huelga ponen en juego todo su salario, en los descuentos correspondientes a esos dos días de inactividad se incluya la proporción respectiva de la prima por presentismo generada; por lo que sería ajustado a Derecho la reliquidación de la misma a prorrata de los días no trabajados y no la pérdida del monto total.

Como bien se señala el dictamen del Instituto de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, tal temperamento es el desarrollado por BARBAGELATA en su trabajo: “El salario durante los períodos de huelga” publicado en la clásica obra colectiva: “El Salario. Estudios en homenaje al Prof. Américo Plá Rodríguez”, Tomo II, AMF, Montevideo, 1987, pág. 383 y siguientes) y resulta compatible.

Por estos fundamentos, y conforme lo dispuesto por los arts. 309 y 310 de la Constitución, el Tribunal, por unanimidad,

FALLA:

Desestímase la demanda incoada; sin especial condenación procesal.

A los efectos fiscales, fijanse los honorarios profesionales del abogado de la parte actora en la suma de \$U20.000 (pesos uruguayos veinte mil).

Oportunamente, devuélvanse los antecedentes administrativos agregados; y archívese.

Dr. Gómez Tedeschi, Dr. Preza, Dr. Harriague, Dra. Sassón (r.), Dr. Tobía.
Dr. Marquisio (Sec. Letrado).