



**PODER JUDICIAL
DE NEUQUÉN**

NEUQUEN, 31 de octubre del año 2019.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**CARRIQUE AXEL EDUARDO Y OTROS C/ CROWN CASINO S.A. S/ COBRO DE HABERES**", (JNQLA2 EXP N° 443408/2011), venidos a esta **Sala II** integrada por los Dres. Patricia **CLERICI** y José I. **NOACCO**, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado la Dra. Patricia **CLERICI** dijo:

I.- Ambas partes interpusieron recursos de apelación contra la sentencia de fs. 434/437 vta., que hace lugar a la demanda, con costas a la demandada, y declara abstracto el tratamiento de la excepción de prescripción.

a) La demandada se agravia por la inclusión de la Caja de Empleados en la base de cálculo, para todos los ítems reclamados en la demanda.

Entiende que el a quo yerra al referirse al Convenio 95 de la OIT para establecer la noción de remuneración en el sub lite, como así también al citar la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Dice que la base de cálculo de los adicionales es una base especial, que surge de los convenios colectivos de trabajo nros. 143/75 y E 1.078/09, por lo que no corresponde incluir las propinas en esa base de cálculo.

Insiste en que los adicionales tuvieron una normativa de cálculo que estuvo sujeta, en los períodos reclamados, a dos regulaciones convencionales.

Señala que en el período comprendido entre enero de 2009 hasta diciembre de 2009, rigió respecto de los reclamantes el CCT 143/75 de trabajadores de espectáculos públicos, norma que regula la liquidación del adicional por antigüedad en su art. 8.

Sigue diciendo que se equivoca el juez de grado al incluir la Caja de Empleados para el cálculo de este adicional, ya que, de acuerdo con la cláusula convencional, cualquiera fuese la categoría laboral del trabajador, debía tomarse como referencia la categoría convencional de técnico de la categoría A. Aclara que este trabajador (técnico categoría A) no percibe propinas por su labor.

Igual sucede, a criterio de recurrente, con el adicional por presentismo, ya que también la norma del art. 20° del CCT refiere al 1% del sueldo correspondiente a técnico categoría A.

Se queja de que la sentencia recurrida haga lugar a diferencias del adicional por zona, que implica, para los trabajadores alcanzados por el CCT de espectáculos públicos, el pago de un importe adicional por la empleadora, que la transforma a ella en dadora de propina, criterio contrario al sentado por la jurisprudencia, que cita.

Precisa que en el fallo citado se dijo que la Caja de Empleados es un fondo que se distribuye a los trabajadores, pero que no se puede obligar a la empleadora a aportar dinero a dicho fondo, para atender ítems de remuneración a sus trabajadores. Aclara que en el caso de mención, se refiere al pago de feriados nacionales, pero es sustancialmente análogo a lo que ocurriría en el caso de que la empresa tuviera que liquidar un porcentual como adicional por zona, tomando como base no sólo la escala salarial

aplicable, sino la adición de ese mismo porcentual correspondiente a la Caja de Empleados.

Manifiesta que con relación al período enero de 2010 hasta enero de 2011, rigió para los reclamantes el CCT E 1.078/09 -convenio de empresa celebrado por la demandada con el SUTEP-.

Explica cómo se deben liquidar los rubros adicional por antigüedad (arts. 24 y 25), adicional por presentismo (arts. 13 y 25) y el adicional por zona desfavorable (arts. 16 y 24).

También cuestiona el decisorio de primera instancia, por cuanto ordena computar la Caja de Empleados para el pago de los feriados nacionales.

Cita jurisprudencia.

Impugna la fundamentación que da el a quo a su resolución, con base en la doctrina del fallo "Pérez c/Disco" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Sostiene que en autos no se encuentra en discusión la naturaleza remuneratoria de la propina, sino decidir si tiene vigor la base de cálculo fijada por los CCT de aplicación.

Agrega que no existe violación al Convenio 95 de la OIT, en tanto la demandada distribuye los fondos que diariamente reciben los trabajadores del sector juego, siendo reiterada la jurisprudencia que acepta su inclusión en la base de cálculo de las indemnizaciones vinculadas con las relaciones de trabajo.

Hace reserva del caso federal.

b) La parte actora se agravia porque el juez de grado entendió que solamente se reclamaban los períodos no

prescriptos, pero ello no fue así, ya que en el objeto de la demanda no se señaló ese límite. Agrega que tampoco se restringió el reclamo en el petitório ni en el punto XI de la demanda, "Reclamos Dinerarios".

Sigue diciendo que fue la empleadora quién planteó la excepción de prescripción.

Señala que recién con el dictado de la resolución n° 1.330/2015, de fecha 11 de septiembre de 2015, en el expediente administrativo 1.337.720/09, el Ministerio de Trabajo tuvo por suspendidos los efectos del acto homologatorio del CCT 1.078/09.

Afirma que este hecho sobreviniente fue incorporado al trámite de este expediente en fecha 9 de octubre de 2015, corriéndosele traslado a la demandada, habiendo sido admitido como tal por resolución de la jueza actuante.

Recuerda el presupuesto básico de que los convenios colectivos no pueden quitar vigencia a las leyes, salvo para superarlas con disposiciones más beneficiosas, y agrega que teniendo en cuenta que el CCT quedó sin efecto, la norma pública mantiene plena validez.

Explica que la sentencia de grado zanjó la cuestión y computó el reconocimiento a partir de enero de 2009, por operatividad del art. 256 de la LCT y en atención a la fecha de interposición de la demanda (febrero de 2011), pero en atención a las sucesivas y constantes liquidaciones mensuales de los adicionales con base en el CCT 1.078/09 corresponde, ahora ya suspendidos los efectos con fundamento en los vicios de homologación, el recálculo de todos los períodos devengados hasta septiembre de 2015 inclusive.

Manifiesta que, analizados los motivos de la suspensión del CCT 1.078/09 y el acto homologatorio, los que aluden a la falta de personería gremial del SUTEP, redundan en una cuestión de insalvable validez.

Peticiona que esta Alzada establezca el alcance de los efectos del acto de suspensión de la homologación del CCT 1.078//09, mediante la reparación de las deficientes liquidaciones de los adicionales reclamados.

Como segundo agravio denuncia la omisión de tratamiento del incorrecto encuadre convencional, el que entiende probado.

c) La parte actora contesta el traslado del memorial de su contraparte a fs. 461/464; y lo mismo hace la demandada respecto de la expresión de agravios de la actora, a fs. 465/468 vta.

d) El tercero citado a juicio no contesta los traslados de los memoriales.

II.- Ingresando en el tratamiento de los recursos de apelación de autos, analizadas que fueron las constancias de la causa y fundamentalmente las pretensiones de las partes, entiendo que asiste razón a ambos recurrentes respecto a que la sentencia de grado no ha delimitado correctamente la controversia planteada ante los estrados judiciales.

El de autos es un planteo complejo. La parte actora reclama el pago de diferencias salariales originadas en la falta de inclusión en la base de cálculo de los adicionales por antigüedad, presentismo y zona desfavorable, del proporcional de la recaudación de caja de empleados, que tiene naturaleza jurídica de propina.

No forma parte de la discusión de esta litis que la recaudación de caja de empleados tiene carácter

remuneratorio. Ello está reconocido por ambas partes. Lo que se debate es si debe formar parte o no de la base de cálculo de los adicionales señalados.

La controversia surge a partir de que la actora entiende que los convenios colectivos de trabajo nros. 143/75 y E 1.078/09 -en base a los cuales la demandada liquidó los adicionales cuestionados- no son de aplicación en el ámbito de la empresa demandada, sino que corresponde que la relación laboral con los trabajadores demandantes se rija por las disposiciones de la LCT (ver demanda, fs. 59/61).

Y el hecho que determina, a criterio de los accionantes, que los convenios referidos no son de aplicación a las relaciones laborales que los unen con la demandada, es que el sindicato que los celebró no tiene la representación de los intereses colectivos de los trabajadores de la empresa accionada.

Como vemos, no se trata de una diferencia salarial originada en una omisión o errónea liquidación de los adicionales. Por el contrario, éstos se encuentran liquidados de conformidad con los CCT nros. 143/75 y E 1.078/09 (reconocido expresamente en la contestación de los agravios de su contraria, realizada por la actora, fs. 463 vta.). El cuestionamiento es si esta normativa convencional resulta o no de aplicación en el ámbito de la empresa demandada.

III.- Dentro del derecho colectivo del trabajo, encontramos conflictos de encuadramiento convencional y conflictos de encuadramiento sindical.

Raúl Enrique Altamira Gigena sostiene que el conflicto de encuadramiento convencional requiere dilucidar cuál es el convenio colectivo de trabajo aplicable a una empresa o establecimiento de una empresa determinada. En tanto

que el conflicto de encuadramiento sindical "se plantea en función del modelo sindical argentino que instituye la denominada personería gremial, que otorga a la entidad mayoritaria o más representativa, la representación exclusiva de numerosos derechos sindicales...Cuando más de un asociación sindical con personería gremial se arroga la representatividad del personal de una empresa o establecimiento, la cuestión está contemplada en el art 59 LAS 23.551, siguiendo los lineamientos del art. 42, inc. 3° ley 20.615, y consagra al MTSS como autoridad competente para resolver las cuestiones de encuadramiento sindical cuando no sea posible su solución en el seno de una asociación de grado superior, o cuando la misma se suscite como previa a la decisión del otorgamiento de una personería gremial..." (cfr. aut. cit., "Personería Gremial" en "Tratado de Relaciones Colectivas de Trabajo", Ed. La Ley, 2015, T. I, pág. 953/965).

En parecidos términos se expresa Juan Carlos Fernández Madrid, para quién el encuadramiento sindical implica determinar el ámbito de representación del sindicato con personería gremial, o sin ella, en los casos en que le quepa la asunción de facultades propias de los primeros (art. 23, inc. b, ley 23.551); y para que se ponga en marcha un procedimiento relativo al encuadramiento sindical es necesaria la existencia de dos o más sindicatos que se disputen la representación de los trabajadores de una empresa, establecimiento o sector. Por su parte, el encuadramiento convencional refiere al ámbito de aplicación de una determinada convención colectiva de trabajo (cfr. aut. cit., "Tratado Práctico de Derecho del Trabajo", Ed. La Ley, 2007, T. III, pág. 231/234).

Dados los diferentes cauces de resolución que tienen uno y otro conflicto (el de encuadramiento

convencional, en el ámbito judicial; y el encuadramiento sindical, por la vía del art. 59 de la ley 23.551) es preciso determinar ante cuál de estos dos conflictos nos encontramos en autos.

Eduardo Alvarez sostiene que *"Lo esencial reside en no perder de vista que el encuadramiento sindical hace a la precisión del interlocutor colectivo y que la decisión que pone fin a la controversia no debería tener otra consecuencia que la de fijar qué asociación sindical será la llamada, en lo sucesivo, a representar a los trabajadores de determinada actividad, oficio, empresa o establecimiento. Por esta razón Mario Deveali...quizás en la intuición de que se podía transitar por el equívoco en que él mismo terminaría incurriendo, sostuvo que sería más exacto hablar de cuestiones de representación que de encuadramiento sindical.*

"En el orden de ideas expuesto, que limita la conceptualización de estos conflictos, cabe disipar la primera confusión, que es la que tiende a identificar o a vincular en exceso el encuadramiento sindical con el encuadramiento convencional, quizás por la utilización de un idéntico sustantivo. El encuadramiento convencional es una contienda puramente normativa, en la cual se discute si a determinados trabajadores se les aplica o no un convenio colectivo determinado. En síntesis, lo que se trata de elucidar es si los contratos de trabajo celebrados por los dependientes y su empleador están o no regidos por la norma creada en ejercicio de la autonomía colectiva, tal como lo ha sostenido reiteradamente y desde antiguo la Fiscalía General ante la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo.

"Es muy útil y clara la advertencia de Vázquez Vialard que, en el marco interpretativo ya descripto, afirmó que es necesario distinguir "...entre encuadramiento sindical y

encuadramiento convencional, que están lejos de ser sinónimos. El primero, significa determinar, frente a un caso concreto si un grupo de trabajadores está comprendido dentro del cuadro de representación que se ha reconocido a la asociación profesional que ejerce la personería gremial. En el segundo se trata de establecer si un grupo de trabajadores está comprendido o no dentro de un convenio colectivo. Esto se resuelve en función de las partes que han intervenido en la concertación.

"La distinción de marras es relevante en lo que concierne al sistema posible de solución de estos conflictos, porque, si la contienda de encuadramiento sindical debe decidirse cotejando las resoluciones que conceden las personerías gremiales, es admisible y hasta natural partir de la premisa de la intervención de la autoridad administrativa, que es la que emite los pronunciamientos que constituyen el denominado mapa, al que aludiera Vázquez Vialard, sin perjuicio, obviamente, de las ulteriores revisiones judiciales, insoslayables en el estado de derecho. En cambio, el encuadramiento convencional entendido como discusión acerca del marco normativo aplicable a los contratos de trabajo, como típico conflicto de derecho que concierne a las obligaciones de las partes sólo puede ser encausado por el poder jurisdiccional..." (cfr. aut. cit., "El encuadramiento sindical" en "Tratado de Derecho Colectivo del Trabajo", Ed. La Ley, 2012, T. I, pág. 735/736).

Sin embargo, y tal como lo desarrolla Ricardo J. Cornaglia, un conflicto intersindical que alcanza a la representación de los trabajadores asociados puede incidir en las resultas prácticas del encuadramiento convencional de los trabajadores, con referencia a la relación con sus empleadores; "con lo que el conflicto intersindical gravita

como causa indirecta en el conflicto de encuadramiento convencional...Pero siendo previo y determinante el conflicto intersindical, cuando existe, debe distinguírsele del conflicto de encuadramiento convencional sobre el que incide" (cfr. aut. cit., "Derecho Colectivo del Trabajo - Derecho Sindical", Ed. La Ley, 2010, pág. 417).

En este último supuesto, la jurisprudencia ha resuelto que, con carácter previo, debe resolverse el conflicto de encuadramiento sindical. Así, la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VI, ha dicho que para excluir a trabajadores encuadrados en una convención colectiva e incluirlos en otra convención celebrada por distinto sindicato, la autoridad de aplicación debe, como medida previa, determinar los alcances de la personería del sindicato y en caso de decidir la exclusión de los trabajadores del primer encuadramiento, deberá reducir en concordancia los alcances de la entidad en cuanto a la representación gremial reconocida (autos "Obreros y Empleados de Estaciones y Servicios c/ Ministerio de Trabajo", 7/4/2005, cit. por Cornaglia, Ricardo, op. cit., pág. 418).

En autos, aparece, en primer lugar, que nos encontraríamos ante un conflicto de encuadramiento convencional, aunque con algunas reservas, ya que la parte actora no discute encuadramiento entre dos convenios colectivos de trabajo, sino que lisa y llanamente pretende que no se le aplique el convenio colectivo de empresa, sosteniendo que no ha sido celebrado por el sindicato que representa a los trabajadores de la demandada.

Esto nos lleva directamente a un conflicto de encuadramiento sindical, ya que lo que se discute, en definitiva, son los alcances de la personería gremial otorgada al Sindicato Unico de Trabajadores del Espectáculo Público y

Afines de la República Argentina (S.U.T.E.P.) y al Sindicato de Trabajadores de Juegos de Azar, Entretenimiento, Esparcimiento, Recreación y Afines de la República Argentina (A.L.E.A.R.A.); en tanto los convenios colectivos aplicados por la empresa demandada han sido celebrados con el primero de los sindicatos mencionados.

Luego, no puede resolverse el encuadramiento convencional de los actores, en los términos en que ha sido planteado en la demanda, hasta tanto la autoridad de aplicación no resuelva el conflicto de encuadramiento sindical de los trabajadores de la empresa demandada.

Y este último conflicto debe ser resuelto por aplicación de lo dispuesto en el art. 59 de la ley 23.551.

Dicho trámite es de ineludible cumplimiento, no solamente porque se encuentra plasmado en una ley de la Nación, sino porque tal característica -ineludible- ha sido reafirmada por doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En efecto, a raíz de un conflicto muy similar al presente, donde la U.O.M.R.A. denunció a S.M.A.T.A. por graves irregularidades en el trámite que culminara en la homologación del convenio celebrado entre el último de los sindicatos nombrados, y la empresa Fiat, requiriendo la nulidad del acto homologatorio, la justicia laboral entendió que el caso sometido a juzgamiento permitía encuadrar la petición entre las excepciones al reclamo administrativo previo, en los términos del art. 32 de la ley 19.549.

Apelada la decisión por el Ministerio de Trabajo de la Nación, la Corte Suprema sostuvo que el trámite administrativo previo era de ineludible sustanciación, y que lo actuado en la instancia de grado importó la invasión de un

poder del Estado en una zona de reserva de actuación de otro poder; y agregó que *"la impugnación de un convenio colectivo de trabajo debidamente formalizado, ratificado y homologado ante el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social debe realizarse en el ámbito administrativo, mediante la interposición de los recursos pertinentes y luego, agotada dicha instancia, ser objeto de la revisión judicial a cargo de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo"* (autos *"Unión Obrera Metalúrgica de la República Argentina c/ Estado Nacional - Ministerio de Trabajo y Seguridad Social"*, 3/4/1996, Fallos, 319:371).

De lo dicho se sigue que la resolución de la cuestión planteada en autos -liquidación de los adicionales con fundamento en los convenios colectivos aplicados por la demandada o con base en la Ley de Contrato de Trabajo- no puede ser asumida por la justicia provincial hasta tanto el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación (hoy Secretaría) defina el conflicto de encuadramiento sindical, y la impugnación realizada respecto de aquellas convenciones.

IV.- Ahora bien, ¿ha sido resuelto el conflicto de encuadramiento sindical y la consecuente impugnación del acto de homologación en sede administrativa? Entiendo que no.

De las disposiciones de fs. 125/127 y 322/326 surge que la autoridad de aplicación ha suspendido los efectos de los actos administrativos de homologación, en los términos del art. 12 de la ley 19.549. Esta suspensión, conforme lo reconoce la última de las disposiciones citadas tiene, en definitiva, carácter cautelar, por lo que sus efectos son a futuro, y de ninguna manera importa ni revocar el acto de homologación, ni menos aún desconocer los derechos acordados durante la etapa en que el acto homologatorio gozó de plenos efectos.

En todo caso, la resolución del conflicto intersindical y sus consecuencias surgirá de la acción de lesividad que prescribe el art. 17 de la ley 19.549, única vía para impedir la subsistencia del acto y de los efectos aún pendientes. Ello también ha sido reconocido en la última de las disposiciones citadas, en tanto gira las actuaciones a la Dirección de Acciones Judiciales "a fin de que se dé inicio a la acción de lesividad tendiente a obtener la revocación judicial del acto administrativo suspendido".

En consecuencia, no teniendo competencia la justicia provincial para resolver la pretensión de la parte actora, en los términos en que ha sido planteada en la demanda, corresponde revocar el resolutorio recurrido y rechazar la demanda.

V.- Por lo hasta aquí dicho, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación de la parte actora; hacer lugar al planteado por la parte demandada y revocar el resolutorio recurrido.

Recomponiendo el litigio, se rechaza la demanda.

Las costas por la actuación en ambas instancias, teniendo en cuenta la complejidad de la litis y los términos en que se resuelve la apelación, se imponen en el orden causado (arts. 17, ley 921 y 68, 2da. parte CPCyC).

Se dejan sin efecto las regulaciones de honorarios de la primera instancia y, en su lugar, se fijan los honorarios de los letrados por la labor en la instancia de grado en el 22,4% de la base regulatoria (compuesta por el monto reclamado en la demanda con más sus intereses, liquidados de acuerdo con la tasa activa del Banco Provincia del Neuquén, desde la fecha de interposición de la demanda y hasta la del dictado de la sentencia de primera instancia)

para la Dra. ..., letrada apoderada de la parte actora; 22,4% de la base regulatoria para el Dr. ..., en doble carácter por la demandada; y 14,4% de la base regulatoria en conjunto para los Dres. ... y ..., en doble carácter por el tercero citado a juicio, todo de conformidad con los arts. 6, 7, 10 y 20 de la ley 1.594.

Los honorarios del perito contador ... se fijan en el 4% de la base regulatoria, considerando la labor cumplida y la adecuada relación de proporcionalidad que debe tener la retribución de los profesionales auxiliares con la de los abogados de las partes.

Los honorarios profesionales por la labor ante la Alzada de los Dres. ... y ... se regulan en el 30% del monto que se liquide para cada uno de ellos, por igual concepto y por su labor en la instancia de grado (art. 15, ley 1.594).

El Dr. José I. **NOACCO dijo:**

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, **esta Sala II**

RESUELVE:

I.- Revocar la sentencia de fs. 434/437 vta., rechazando la demanda interpuesta y recomponiendo el litigio.-

II.- Imponer las costas por la actuación en ambas instancias en el orden causado (arts. 17, ley 921 y 68, 2da. parte CPCyC).-

III.- Dejar sin efecto las regulaciones de honorarios de la primera instancia y fijar los honorarios de los letrados por la labor en la instancia de grado en el 22,4% de la base regulatoria (compuesta por el monto reclamado en la demanda con más sus intereses, liquidados de acuerdo con la

tasa activa del Banco Provincia del Neuquén, desde la fecha de interposición de la demanda y hasta la del dictado de la sentencia de primera instancia) para la Dra. ..., letrada apoderada de la parte actora; 22,4% de la base regulatoria para el Dr. ..., en doble carácter por la demandada; y 14,4% de la base regulatoria en conjunto para los Dres. ... y ..., en doble carácter por el tercero citado a juicio (arts. 6, 7, 10 y 20 de la ley 1.594) y los del perito contador ... se fijan en el 4% de la base regulatoria.-

IV.- Regular los honorarios profesionales por la labor ante la Alzada de los Dres. ... y ... en el 30% del monto que se liquide para cada uno de ellos, por igual concepto y por su labor en la instancia de grado (art. 15, ley 1.594).-

V.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

DRA. Patricia M. Clerici- Jueza

DR. José I. Noacco- Juez

Micaela S. Rosales- Secretaria