



NEUQUEN, 30 de Mayo del año 2019.

**Y VISTOS:**

En acuerdo estos autos caratulados "**SINDICATO DE ENFERMERIA DEL NEUQUEN (S.E.N.) C/ SUBSECRETARIA DE SALUD DE LA PROVINCIA DE NEUQUEN Y OTROS S/ INCIDENTE DE APELACIÓN DE MEDIDA CAUTELAR EN AUTOS EXP 100265/2018" (JNQLA1 2083/2019)** venidos en apelación a esta **Sala III** integrada por los Dres. Marcelo Juan **MEDORI** y Fernando Marcelo **GHISINI**, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina **TORREZ** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **el Dr. Medori, dijo:**

**I.-A** fs. 128/132 el actor, Sindicato de Enfermería del Neuquén (S.E.N.), interpone y funda recurso de apelación contra la resolución de fecha 20.12.2018 (FS. 123/125); pide se revoque y se haga lugar a la medida cautelar planteada.

Cuestiona que el juez de primera instancia haya considerado qué importe declara inconstitucional el párrafo puntual del artículo art. 135 del Convenio colectivo de Trabajo del Sistema público de Salud que prevé el descuento por "Uso de Convenio" en los haberes de sus afiliados, tratándose a su vez de la cuestión de fondo, señalando que no existe contradicción, porque su parte es una entidad gremial con inscripción gremial y relevante representatividad en el ámbito personal y territorial de los enfermeros de la Salud de la Provincia, y que de no ser así no se hubiera consagrado el plazo de 3 meses de gracia para acreditar la personería gremial, porque sus afiliados ya son cotizantes dentro del sistema desde diciembre de 2014, por descuento de la cuota sindical admitida por resolución del Estado; que se instó la prórroga y modificación del plazo legal de 3 meses fiado en la norma, postulando que sea hasta el efectivo otorgamiento del reconocimiento gremial o su rechazo, que no aparece lógico, racional y prudente, es el lapso fijado, considerando los



cambios organizativos dispuestos en el ámbito de la Autoridad Nacional del Trabajo y las demoras que ello acarrea respecto a dictámenes, resoluciones y decretos; que obra en el proceso relevante prueba de que nada obsta al otorgamiento de la personería gremial, conforme lo dictaminado por la Dirección Nacional de Asociaciones Sindicales que requería el cumplimiento de una información que solo puede brindar la Sub Secretaria de Salud acerca del relevamiento de la nómina de afiliados al sindicato respecto al universo comprendido en el colectivo enfermeros provinciales; que la suspensión del descuento por uso de convenio se requiere por vía cautelar por cuanto a la fecha sus afiliados tienen el descuento de la cuota voluntaria de afiliados a SEN, constituyendo una doble imposición, habiéndose pronunciado la CSJN en la causa "ATE 1" sobre el límite de los privilegios que pueden otorgarse a las entidades sindicales más representativas, a los fines de que sean compatibles con la Const. Nacional y los principios de libertad sindical expedidos por la OIT; que su parte no fue signataria del CCT por tener en trámite su personería gremial, y sin embargo es innegable la participación reconocida en el ámbito de la Sec. de Trabajo Provincial, la representatividad laboral, calidad de afiliados cotizantes por descuento de haberes; que existe coexistencia de sindicatos en el ámbito de la salud pública, como lo ha dicho el Máximo Tribunal Provincial en "SINDICATO DE TRABAJADORES MUNICIPALES DE SAN MARTIN DE LOS ANDES C/PROVINCIA DE NEUQUEN S/ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD" (EXTE. 4934/2014 Ac. 3 -17.03-17); que la doble imposición impacta inexorablemente en la vulneración de la libertad sindical, importando lisa y llanamente la asfixia patrimonial del sindicato, afectando su estructura, sin que ello exija su demostración cuantitativa para otorgar la cautelar; que el margen de 3 meses es insignificante, constituyendo al trabajador a afiliarse a cualquier otro sindicato que tiene personería gremial; que el sueldo de un



enfermero no es indiferente a tal carga; reitera que la petición de extender la suspensión del descuento deriva de la base del reconocimiento que ya han realizado al SEN las partes signatarias, el estado provincial y el sistema mismo de salud pública.

En segundo punto se agravia por la mala interpretación de la ausencia de cuestionamiento del uso de convenio, ya que lejos de que en modo alguno se quiere evitar el pago; que expresamente se pidió por cautelar se deje de descontar a sus afiliados, porque a éstos ya se les descuenta la cuota propia de ser tales y la excepción que a favor de éstos estable en el CCT-SPPS fue en orden a la condición única del SEN en las puertas de acreditar la personería gremial; que la particularidad es que en el ámbito estatal, el otorgamiento de una personería gremial no implica desplazamiento de la personería preexistente, y que ello si ocurre en el régimen privado (arts. 25 a 28 Ley 235519, y así es como coexisten los demandados UPCN y ATE, que su parte es el único sindicato no signatario del CCT pero especialmente aludido allí por las razones vertidas que hacen a la viabilidad de la cuestión de fondo, y mientras aquello se sustancia, se debe resolver cautelarmente la suspensión del descuento.

Sustanciado el recurso (fs. 134-20.02.2019), responden los co demandados ATE (fs. 138) y la empleadora (fs. 139/141); piden se rechace la apelación con costas.

**II.-**La resolución en crisis, luego de encuadrar a la cautelar innovativa en las previsiones del art. 232 del CPCyC, rechazó la posibilidad de suspender la aplicación del descuento de uso de convenio del art. 135 CCT-SPPS a los afiliados de la actora, porque coincide con la cuestión de fondo y admitirlo implicaría un anticipo de jurisdicción, aspecto que conlleva a un análisis más restrictivo de su procedencia; agrega que el mentado "uso de convenio" es un derecho del que solo se exceptúan aquellos trabajadores que



acreditan estar afiliados a otro sindicato con personería gremial, y que los no sindicalizados constituyen de igual manera, no habiendo para ellos otra excepción que no sea la mencionada afiliación; que en el caso no se discute el derecho, por lo que no se evidencia agravio ni violación, atento a que lo planteado es a quién o cuando deberá abonarse, pero en modo alguno quiere evitar el pago; que resulta contradictorio el planteo al solicitar por un lado la prórroga de 3 meses del art. 135 del CCR SPPS hasta tanto el Min. de Trabajo de la Nación le otorgue la personería gremial, y por el otro, la declaración de inconstitucionalidad del párrafo final del mismo artículo por vulnerar la libertad sindical, y que la "espera" termina por ser una "excepción" que no causa gravamen alguno.

Abordando la cuestión traída a entendimiento resulta que el Sindicato actor persigue que se prorrogue el plazo de 3 meses que por el art. 135 del CCT-SPPS se exceptúa de la retención del "Derecho de uso de Convenio" a sus afiliados, y hasta tanto el Ministerio de Trabajo de la Nación le otorgue la personería gremial, así como que se declare inconstitucional el último párrafo de dicha norma.

A los fines del presente análisis estimo útil la transcribir de la norma en las partes involucradas:

**"Derecho de uso de Convenio: El S.P.P.S. retendrá en concepto de derecho de uso de convenio el 2,2% de la remuneración bruta de cada trabajador comprendido en el presente Convenio Colectivo de Trabajo. La suma total resultante se repartirá entre los indicados signatarios del presente convenio colectivo de trabajo en forma proporcional a la cantidad de afiliados a cada uno de ellos. La presente contribución regirá a partir de la primera liquidación de los salarios establecidos en el presente CCT. ... quedan exceptuados de esa retención todos los trabajadores afiliados a alguno de los sindicatos con ámbito de representación en el SPPS con**



***personería gremial que al momento de entrar en vigencia este CCT gozan del derecho de retención de la cuota sindical sobre los salarios de sus afiliados conforme la Ley 24642. "***

***Y en su último párrafo: "Las entidades sindicales que actualmente gozan del descuento de la cuota sindical por recibo de haberes tendrán un plazo de tres meses a partir de la entrada en vigencia de este CCT para acreditar la correspondiente "personería gremial" ante la Dirección de Recursos Humanos. Transcurrido el plazo sin que se dé cumplimiento con dicho requisito, sus afiliados perderán el derecho a ser exceptuados de la presente retención".-***

Invariablemente doctrina y jurisprudencia han sostenido que los jueces pueden disponer de medidas de no innovar cuando se encuentre acreditada *prima facie* la verosimilitud del derecho y a los fines de evitar consecuencias irreparables o de difícil reparación, tal como la regula el art. 230 del Código Procesal, siempre que: "1) Existiere el peligro de que si se mantuviera o alterara -en su caso- la situación de hecho o de derecho, la modificación pudiera influir en la sentencia o convirtiera su ejecución en ineficaz o imposible. 2) La cautela no pudiera obtenerse por medio de otra medida precautoria". (cfme. arts. 195 y ss. del CPCyC).

La doctrina ilustra que: "Básicamente, la prohibición de innovar -como exteriorización de un poder jurídico idóneo para resolver provisionalmente un conflicto y acordar firmeza a la paz- encuentra fundamento en la necesidad de preservar la igualdad de las partes y la garantía constitucional de la defensa en juicio. "Pero también halla fundamento -dice Podetti- en el principio de moralidad o en la buena fe con la cual deben proceder los litigantes. Sería contrario a un mínimo de buena fe procesal -prosigue expresando el mencionado autor- que mientras por un lado se busca que los jueces resuelvan el litigio, reconociendo o



declarando las cuestiones controvertidas, por otro se modifique el status jurídico o de hecho de los bienes discutidos, procurando obtener una ventaja de esta actitud". (p.182, t.VIII, Dcho. Proc. Civil, Palacio).

Resulta de la causa que a la actora le fue reconocido haber cumplido con el requisito establecido en el inc.a) del art. 25 de la Ley 23551 para obtener la representación gremial, conforme dictamen de la Autoridad de Aplicación de dicha ley (fs. 32/34) y solo pendiente de acreditar la cantidad total de trabajadores de la actividad que constituyen el ámbito de representación personal dentro de la zona, y cuya información por parte del Estado Provincial recién le fue evacuado el 04 de septiembre de 2018 (fs. 37), siendo aportada al día siguiente (fs. 38), mientras que de la información agregada a fs. 50/66, resulta que afilia a más del 20% de los trabajadores enumerados, conforme cuota sindical efectivizada mediante código de descuento autorizado N° 1865 (fs. 49) con lo que concretaría la exigencia del inc.b) de la norma citada.

Atento lo reseñado, considero que los elementos aportados a la causa y para el caso concreto, son suficientemente relevantes del perjuicio que representa para la actora y sus afiliados la aplicación de la contribución que impone la norma convencional como la cuestionada, sólo frente a las condiciones o circunstancias denunciadas.

Por un lado importa agregar otro descuento a la cuota sindical que los trabajadores habían comprometido antes como resultado del libre ejercicio del derecho a la sindicalización y pertenecer a la asociación "elegida".

El segundo, el cierto riesgo y condicionante que se genera respecto a la obtención de la personería gremial en trámite, frente al éxodo a los otros dos sindicatos y liberarse de esta imposición convencional por "uso de convenio".



Que respecto al cumplimiento de uno de los requisitos para la procedencia de la medida cautelar, esto es la verosimilitud del derecho que invoca la actora, considero que ha sido suficientemente evidenciado, tanto como adecuado y razonable su resguardo a través de la suspensión de la retención del aporte regulado en el art. 135 CCT - SPPS respecto de todos sus afiliados que realizan aportes bajo la cuota sindical, hasta que se obtenga pronunciamiento definitivo o el reconocimiento gremial en trámite por parte del Ministerio de Trabajo de la Nación, lo que ocurra antes.

Más allá de las consideraciones allí expuestas, agregar en lo que se refiere a finalidad de la tutela, cual es impedir que mientras dure el proceso pueda modificarse la situación fáctica o de derecho existente, de tal forma que en el futuro se ve comprometido o de imposible cumplimiento la decisión que se dicte en proceso principal, evitando el dictado de resoluciones para retrotraerlo al estado anterior, y en su caso, se genere un obstáculo tal que en definitiva represente lesionado el derecho a la libre sindicalización garantizado en el art. 14 bis de la Const. Nacional y art. 56 de la Carta Magna Provincial.

Que en tal sentido, debe entenderse que la prohibición de no innovar, es una medida cautelar fundada esencialmente en el principio de inalterabilidad de la cosa litigiosa.

“La prohibición de innovar es una medida precautoria que tiene por objeto mantener el estado de derecho o de hecho de la cosa litigiosa, existente al tiempo de la promoción del proceso, pues su modificación o alteración podría tornar ilusoria la sentencia o acarrear perjuicios irreparables. Constituye una medida fundada esencialmente en el principio de inalterabilidad de la cosa litigiosa y cuya finalidad es mantener el statu quo inicial a su respecto (conf. LDT Cnciv, Sala d, 12.12.83, Ll 1984-b-400).



**III.-** Por las razones expuestas, y en atención a los términos en que se planteó el recurso, propiciaré al Acuerdo que haciendo lugar a la apelación, se revoque la resolución de grado, disponiéndose que se suspenda la aplicación del art. 135° del CCT-SPPS respecto de los afiliados al sindicato actor, y hasta que se obtenga pronunciamiento definitivo o la obtención del reconocimiento gremial en trámite por parte del Ministerio de Trabajo de la Nación, lo que ocurra antes.

**IV.-** Respecto de las costas, atento a la naturaleza de la controversia, se impondrán en ambas instancias en el orden causado (arts. 17 L.921 y 68, 2da parte y 69 del CPCyC).

**El Dr. Ghisini, dijo:**

Por compartir la línea argumental y solución propiciada en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta **Sala III**

**RESUELVE:**

**1.-** Revocar la resolución dictada a fs.123/125, disponiéndose que se suspenda la aplicación del art. 135° del CCT-SPPS respecto de los afiliados al sindicato actor, y hasta que se obtenga pronunciamiento definitivo o la obtención del reconocimiento gremial en trámite por parte del Ministerio de Trabajo de la Nación, lo que ocurra antes, de conformidad a lo explicitado en los considerandos respectivos que integran este pronunciamiento.

**2.-** Imponer las costas en ambas instancias en el orden causado, atento a la naturaleza de la controversia (arts. 17 L.921 y 68, 2da parte y 69 del CPCyC).

**3.-** Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

**Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori  
Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA**