



ACUERDO NRO. 16.- En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, a los cuatro (4) días de octubre de dos mil dieciséis, se reúne en Acuerdo la **Sala Civil** del Tribunal Superior de Justicia, integrada con los señores vocales doctores **OSCAR E. MASSEI** y **RICARDO T. KOHON**, con la intervención de la Subsecretaria de Recursos Extraordinarios doctora **MARÍA ALEJANDRA JORDÁN**, para dictar sentencia en los autos caratulados: **"SEPÚLVEDA, CLELIA ISABEL Y OTRO C/ POLICLÍNICO NEUQUÉN S.A. S/ COBRO DE HABERES"** (Expte. N° 126 - 2014), del Registro de la Secretaría actuante.

ANTECEDENTES: A fs.683/700vta. la demandada - POLICLÍNICO NEUQUÉN S.A.- interpone recurso de Nulidad Extraordinario contra la sentencia -fs.678/681- de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de esta ciudad de Neuquén, Sala I, en cuanto confirma el pronunciamiento que hizo lugar a las diferencias salariales reclamadas por las accionantes.

A fs.707/711vta. la parte actora contesta los agravios.

A fs.737/740, por Resolución N°186/2015 se declara admisible la impugnación deducida.

A fs.748/750 se expide el Fiscal General, quien propone se declare la improcedencia del remedio intentado.

Firme la providencia de autos dictada a fs.751, y efectuado el pertinente sorteo, se encuentra la presente causa en estado de dictar sentencia, por lo que este Tribunal resuelve plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES: 1) ¿Resulta procedente el recurso de Nulidad Extraordinario deducido?; 2) En caso afirmativo, ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?, 3) Costas.

VOTACIÓN: Conforme al orden del sorteo realizado, a la primera cuestión planteada el Dr. **OSCAR E. MASSEI**, dice:



I. En primer lugar, entiendo pertinente determinar los hechos relevantes de la causa, de cara a los agravios de la recurrente.

1) Que, a fs.38/48vta. y -con motivo de la resolución de acumulación dispuesta a fs.87 y 398/99- surge también que a fs.132/141vta., 215/224vta. y 352/362, se presentan los actores -Clelia Isabel SEPÚLVEDA, Jorge Orlando CARO, María Ester MARTINEZ y Delia del Carmen MUÑOZ - respectivamente, con el objeto de iniciar demanda laboral por diferencias salariales.

Explican que comenzaron a trabajar para la demandada en la fechas que denuncian y prestando las siguientes tareas, a saber: en el caso de Sepúlveda ingresó el 20.9.88 como enfermera de sala, el Sr. Caro el 8.1.90 como enfermero de terapia, en el caso de Martínez inició sus labores el 1.6.83 como mucama de piso y el 7.6.82 dio comienzo a su relación laboral la actora Muñoz en calidad de jefa de enfermería.

Que desde el comienzo de la vinculación percibieron sus salarios con un adicional por presentismo y producción que se liquidaba en forma proporcional a la antigüedad de cada uno en la empresa. Así, 10% del básico con más el adicional por antigüedad para empleados con hasta 5 años de antigüedad; 20% para aquellos entre 5 y 10 años y 30% para los que superaban los 10 años.

Aducen que en razón de las tareas que cumplieron, acordaron un premio por presentismo del 40% que se liquidaba tomando en cuenta el salario básico con más el adicional por antigüedad para empleados del sector terapia intensiva de más de 10 años de antigüedad. Sosteniendo que mes a mes percibieron los premios por producción y presentismo, hasta que en diciembre de 2005 la patronal decidió, de manera unilateral modificar -en su perjuicio- el modo de calcular esta parte de la remuneración.



De esa manera y por decisión del Policlínico Neuquén, ese premio, dejó de calcularse con la proporcionalidad antes expuesta y quedó establecido en una suma fija de \$239,59 para Sepulveda, Caro y Martínez y en \$261,05 para Muñoz.

Agregan, que si bien ellos manifestaron su disconformidad con dicho proceder empresarial, la situación fue tolerada con el fin -y la necesidad- de conservar la fuente laboral.

Practican liquidación -en planilla que anexan a sus escritos postulatorios- respecto de las diferencias salariales reclamadas y el perjuicio patrimonial ocasionado a cada uno de ellos.

2) A fs.68/75, y -con idénticos argumentos a fs. 142/169, 244/251vta. y 384/391vta.-, la demandada considera improcedente las diferencias salariales reclamadas. En primer término, porque -según dice- se trata de un adicional de empresa, denominado "plus por presentismo" o "producción presentismo" que -entiende- se encuentra por encima de los que las partes generan por el orden público laboral (la ley y las escalas de convenio colectivo).

Afirma:

"Este concepto fue objeto de discusión pluriindividual y colectiva en expediente 3250-6400/05 por ante la Subsecretaría de Trabajo local [...] el tema fue discutido en asamblea general de trabajadores el día 09.10.07 [...] manifestaron que: a) si los trabajadores tienen o no derecho adquirido a determinada modalidad de pago de un adicional sobre el orden público laboral, está controvertido y es dudoso, b) con el acuerdo del 05.11.07 quedaban totalmente dilucidadas las dudas que pudieran haber existido en punto a los adicionales salariales de empresa, c) que un acuerdo implementando el pago a futuro (desde octubre de 2007) de sumas fijas



que van desde los \$150 a los \$ 600 por cada uno de los operarios, comprendidos, supera en forma integral y general la controversia planteada." (cfr. fs. 163, 163 vta. de la causa de marras, con idéntica mención en las causas acumuladas).

Asevera que los actores figuran dentro del anexo I del mencionado convenio, que ahora desconocen.

Dice, que se deberá tener en cuenta que la empresa está pagando voluntariamente diversos adicionales desde fechas anteriores a julio de 2005, que superan los salarios mínimos de convenio colectivo y, en función de ello lo que reclaman fue "absorbido" por los incrementos allí previstos. Y, ello surge del acuerdo del 7.12.05 en Expte. 1.120.319/05.

Entiende que la renunciabilidad -o no- debe analizarse desde una modificación en el modo de cálculo del adicional, que antes era variable y luego fijo.

Sostiene la inexistencia de perjuicio con cita de jurisprudencia, y la posibilidad que poseen las partes de pactar libremente sobre los mínimos convencionales.

Afirma que las pretendidas certificaciones que prevé el Art. 80 de la L.C.T. han sido confeccionadas de acuerdo a lo que efectivamente percibieron los trabajadores y no con lo devengado como es pretendido.

3) A fs.637/645vta., obra la sentencia de Primera Instancia que hace lugar en su mayor extensión a la demanda de los actores: Sra. Sepúlveda por la suma de \$ 5.791,50, Sr. Caro por \$ 7.702,15, Sra. Martínez por la suma de \$ 3.826,95 y Muñoz por \$ 10.286,65.

Para así resolver, el Magistrado entiende que no se trata en el caso de si una norma convencional impuso o no condiciones menos favorables a los trabajadores (Art. 8 de la L.C.T.). Tampoco si existió en el caso algún acuerdo de voluntades que haya alterado derechos irrenunciables de los accionantes, toda vez que, por el período reclamado, no



existió convención alguna entre las partes que diera lugar a la reducción de derechos salariales citados y que suponen nulidades en torno a ella.

Por tanto, subsume el caso en el Art. 66 de la L.C.T. relativo al ejercicio abusivo del *ius variandi* ya que la alteración unilateral en la forma de calcular la cantidad de uno de los conceptos integrantes del salario, es decir, el presentismo, redundó en perjuicio material de las trabajadoras al alterar una de las condiciones esenciales del contrato.

Agrega, que la única forma en que podría aceptarse la reforma, absorción y hasta la supresión de algún rubro salarial se da cuando la nueva estructura salarial fuera en su conjunto más conveniente para el dependiente que la anterior, sea que esto se hubiera alcanzado para el colectivo o sea producto de la negociación individual, situación que no se produjo en el caso conforme surge de las constancias.

Reputa que no existe justificación de la reducción efectuada a cada una de las trabajadoras a partir de la negociación colectiva, si se atiende fundamentalmente, a que el período del reclamo es anterior a la fecha mencionada, toda vez que engloba el periodo comprendido desde diciembre de 2005 hasta septiembre de 2007.

Analiza, luego, el acta Acuerdo del 5/11/07 por el cual las partes convinieron en reemplazar el adicional "producción presentismo" por el nuevo "presentismo" y continuar "adicional por producción" para los sectores críticos de labor, fijándolos en las sumas determinadas en los anexos al Acta, para cada uno de los trabajadores.

Subraya que además de la imposibilidad de aplicar el convenio citado por las fechas del reclamo, existe otro impedimento como es la cláusula séptima en cuanto supeditó el ofrecimiento a la aceptación de los trabajadores lo que no ocurrió en la especie.



Con respecto a la postura de la demandada en el sentido de la falta de perjuicio por el cambio de la suma porcentual a la suma fija, dice que ha quedado probado que la variación redundó en una disminución del salario tal como surge del confronte de los recibos de haberes incorporados y las planillas realizadas por los accionantes.

En lo referente al argumento de absorción del concepto por otros similares, sostiene que la única forma de aceptarse, requiere que la nueva estructura salarial sea en su conjunto más conveniente para el dependiente y se hubiera alcanzado colectiva o individualmente, situación que no se produce en el caso sobre la base de las constancias de autos.

Concluye, que corresponde admitir el reclamo efectuado por los actores, por cobro de diferencias devengadas por el adicional por presentismo y producción, por el período reclamado que abarca entre diciembre de 2005 y septiembre de 2007.

Por último, sobre la base de las sumas salariales que determina a favor de los accionantes, condena a la demandada para que en el plazo de 10 (diez) días haga entrega de los certificados de servicio y remuneraciones en el marco del Art 12 de la Ley 24.241 por el periodo que se fija en el pronunciamiento y bajo apercibimiento de aplicar astreintes.

4) A fs.653/657 la parte demandada interpone recurso de Apelación.

Se agravia porque la sentencia de grado condenó abonar diferencias salariales sobre un rubro que estaba por encima del margen del orden público laboral. Dice, que se trata de un adicional de empresa denominado "plus por presentismo" o "producción presentismo" y que no puede ser tenido como una quita o rebaja porque se trata de un adicional de empresa.

Alega que de la pericia contable surge la inexistencia de perjuicio económico por parte de los actores.



También fundamenta su queja en que no se haya ponderado que los trabajadores y la entidad sindical han expresado en el acuerdo que este derecho era "dudoso", prescindiéndose -dice- de las constancias obrantes en el expediente administrativo acompañado.

Agrega que el advenimiento del cambio del Art. 12 de la L.C.T. es desde la sanción de la Ley 26.574 que indica que hasta entonces el margen supraconvencional era de libre disponibilidad y no generaba derechos adquiridos.

A fs.661/662vta. los actores contestan los agravios formulados por su contraria.

5) A fs.678/681 obra la sentencia de la Cámara de Apelaciones local -Sala I- que confirma el pronunciamiento de grado.

Afirma, citando los antecedente "Retamal", "Cares" y "Mendez" que el decisorio de grado no se fundó en la posibilidad o no de renunciar lo convenido originariamente por encima de los mínimos inderogables toda vez que el pronunciamiento fue resuelto en el marco del ejercicio abusivo del *ius variandi conforme lo normado por el Art 66 LCT*. También que el a-quo apartó el reclamo de la vigencia temporal del acuerdo esgrimido, considerando que estos argumentos no fueron cuestionados por la parte recurrente, adquiriendo firmeza.

Culmina la Alzada entendiendo que los agravios relativos a la renunciabilidad de derechos tampoco pueden ser abordados toda vez que se encuentra ausente uno de los elementos esenciales, como lo es la renuncia del trabajador porque no existió acuerdo expreso en tal sentido conforme la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación en autos "Padin Capella".

6) A fs.683/700vta. la empresa accionada - POLICLÍNICO NEUQUÉN S.A.-, deduce recurso de Nulidad Extraordinario contra el fallo de la Cámara actuante, con



fundamento en las causales de omisión de tratamiento de una cuestión esencial, y no tener sustento suficiente en las constancias de la causa.

Sostiene que en la sentencia atacada, la Alzada establece que el fundamento de la resolución de grado radica en el ejercicio abusivo del *ius variandi* y la prohibición de inferir del silencio del trabajador presunciones en su contra. Empero -a su criterio- se ha omitido toda consideración sobre la inexistencia de unilateralidad en la variación aplicada sobre los haberes por ella esgrimida y, por otro lado, lo expuesto con relación a que la voluntad colectiva contraría la supuesta configuración de abuso, sin mencionar la existencia de actos inequívocos de aceptación de aquella modificación por parte de los actores. Por ello, entiende que es falso afirmar que su parte no ha refutado los argumentos principales del decisorio apelado; desvirtuándose la pretendida firmeza de tales presupuestos.

Asimismo, manifiesta que se ha omitido considerar diversos planteos por ella efectuados. Sobre el particular, afirma que demostró haber atacado suficientemente el fundamento principal de la sentencia de grado y que existieron actos inequívocos de los actores, consistentes en aceptar la modificación en el pago de los adicionales empresariales. Como también el sometimiento, sin reserva, por casi dos años y la percepción mes a mes de los montos pactados firmando los recibos de haberes respectivos.

Con lo cual -dice- debe prevalecer el principio de primacía de la realidad, en punto a la actitud adoptada colectivamente por los trabajadores. También refiere la improcedencia del reclamo de las accionantes por la ausencia de perjuicio derivada de la modificación de la estructura remuneratoria, a través de la incorporación del plus por presentismo. Puntualmente, sostiene, no existe disminución



alguna, desde que se trata de derechos no adquiridos en razón de que se encuentran por encima del orden público laboral.

Entiende entonces, que además de no resultar perjudicial el cambio, jamás puede ser tenido por abusivo, debido a que mejora las condiciones laborales y económicas de las trabajadoras.

Agrega la inexistencia de reducción salarial, por cuanto nada surge del informe pericial contable. Además, sostiene que la Alzada omitió el tratamiento de una cuestión esencial, al no tratar el agravio sobre la aplicación del caso "Rolón", referido a la estructura de la remuneración y la posibilidad de renuncia sobre los adicionales que exceden los mínimos inderogables.

Ello, toda vez que no existió aquí una alteración objetiva y unilateral de una de las condiciones contractuales esenciales, por cuanto las accionantes no solo no vieron disminuida su remuneración por la modificación en el cálculo del adicional sino que, por el contrario, percibieron una remuneración mayor a la que correspondía de haberse aplicado estrictamente lo dispuesto por el C.C.T. 122/75.

Por último, enfatiza que en virtud de la omisión señalada, se ha contrariado la doctrina legal dispuesta en el Acuerdo N° 16/06, dictado en la referida causa "Rolon".

7) A fs.715 el actor -Sr. CARO Jorge Orlando- desiste de la acción y el derecho en los términos de los Arts. 304 y 305 CPCC, remitiéndose los autos a origen a los fines de su consideración.

A fs.725 obra audiencia de ratificación con comparecencia del mencionado, dictándose a fs.726, resolución homologatoria.

II. Que, expuestos los agravios alegados por la quejosa, corresponde analizar si en autos se configuran los vicios de nulidad que alude.

Que, el Art. 18 de la Ley 1.406 establece:



"El recurso de nulidad extraordinario procederá [...] cuando se hubiera omitido decidir cuestiones esenciales sometidas por las partes de modo expreso y oportuno al órgano jurisdiccional [...] no tuviere sustento suficiente en las constancias de autos [...]"

Que, según lo afirmado reiteradamente por este Alto Cuerpo, en el supuesto del recurso extraordinario formulado, deben ponderarse -como mínimo- dos extremos.

Inicialmente, que la invalidez es el último remedio al que debe apelarse entre las múltiples soluciones que brinda el mundo jurídico. Y que, por ello, es pasible de un análisis riguroso a la luz de una interpretación restrictiva.

Y, además que la finalidad misma del recurso extraordinario de nulidad, que consiste en resguardar las formas y solemnidades que constitucionalmente debe observar la judicatura en sus sentencias, de modo tal que ellas no sean deficientes o nulas por poseer algún vicio o defecto procesal que así las torne (errores in procedendo, según la clásica distinción de Calamandrei, cfr. Roberto O. BERIZONCE, "Recurso de Nulidad Extraordinario", en la obra *Recursos Judiciales*, dirigida por GOZAÍNI, Edit. Ediar, 1991, pág. 193).

Siguiendo estas premisas se analizará el recurso deducido por la demandada en cuanto alega arbitrariedad de la sentencia de Alzada por haber omitido decidir sobre una cuestión esencial y no tener sustento suficiente en las constancias de autos.

Respecto de la primer causal, sostiene que se ha omitido toda consideración respecto de la inexistencia de unilateralidad en la variación aplicada sobre los haberes por ella esgrimida y, por otro lado, lo expuesto con relación a que la voluntad colectiva contraría la supuesta configuración de abuso, sin mencionar la existencia de



actos inequívocos de aceptación de aquella modificación por parte de las actoras.

Valga destacar que para que se constate el mencionado vicio de nulidad resulta necesario que concurren dos requisitos: primero, que la cuestión no tratada haya sido oportunamente introducida por el litigante y, segundo, que ella sea decisiva para la solución del litigio.

Es decir, el tribunal de Alzada no está obligado a seguir a las partes en todas sus alegaciones y argumentos, puesto que basta que se haga cargo de aquellas que sean conducentes a la decisión del litigio.

Entonces, para que pueda calificársela de arbitraria en los términos de la jurisprudencia de la Corte, es menester que la omisión de cuestiones que se le atribuye se refiera a aquellas que fueron materia de la expresión de agravios del recurrente, y además que la omisión verse sobre una cuestión sustancial para el pleito. Es que "las pretensiones son consideradas esenciales cuando según la modalidad del caso resultan necesarias para la correcta solución de la controversia, las que están constituidas por puntos o capítulos de cuya decisión depende directamente el sentido y alcance del pronunciamiento, las que en definitiva estructuran la traba de la Litis y conforman el esquema jurídico que la sentencia deberá atender para la solución del diferendo" (Ac. 53.037-S, 15-11-94, citado por Hitters Técnica de los recursos extraordinarios y casación, pág. 644).

En el presente caso, la Cámara de Apelaciones consideró firmes los argumentos centrales del decisorio de Primera Instancia en cuanto al encuadre del Art. 66 de la Ley de Contrato de Trabajo -ejercicio abusivo del *ius variandi* y la falta de consentimiento expreso por parte de los



trabajadores reclamantes. Ello, ante la falta de cuestionamiento de la parte demandada.

Es que, en el fallo de grado se afirma que no puede analizarse el caso sobre la base de justificar la modificación salarial en el acuerdo pluriindividual invocado por la demandada. Ello, por dos razones: a) porque el periodo reclamado es anterior al mentado acuerdo y b), porque la cláusula séptima supeditó el ofrecimiento de modificar el salario a la aceptación de los dependientes. Tal voluntad no fue expresada por los actores (cfr. fs.101vta., 105, 105vta. y 107vta. del expediente administrativo y contestación brindada a fs.589 por el perito contador designado en autos, en su informe técnico.

Luego, entiendo necesario efectuar algunas aclaraciones previas a efectos de decidir sobre la procedencia o no de los vicios denunciados.

En este sentido, cuadra remarcar que el salario del trabajador constituye un elemento esencial del contrato. Y por ello tanto la doctrina como la jurisprudencia se han expedido acerca de la improcedencia de afectar la remuneración del obrero mediante el ejercicio del *ius variandi*.

Sin embargo, se plantean diversas cuestiones -como ocurre en este caso- relacionadas con los derechos que genera para él o la trabajador/a una decisión patronal que tuvo por objeto modificar la remuneración.

Así, puede ocurrir que el empleador, lisa y llanamente, disminuya el salario, sin modificar otro elemento contractual y sin requerir el consentimiento del trabajador.

Sobre el particular, resulta pacífica la jurisprudencia en juzgar la ilegitimidad de tales actos al sostener que:

"... no es admisible el ejercicio del ius variandi cuando se refiere a una disminución de la remuneración de trabajador, ni tampoco cabe inferir el consentimiento



tácito de este desde que el mismo no puede presumirse conforme lo establece el artículo 58 de la L.C.T.". (CNAT, Sala VIII, 18/5/87, "Martinez, Miguel c/ SEGBA S.A." Y EN SIMILAR SENTIDO LA SALA vii, 6/5/88, IN RE "Zangari c/Tintorería Flores S.A.", DT. 1988-B-1292, y sent. Del 7/10/88, en la causa "Latore c/ SEGBA S.A.").

Y, si bien se ha dado una discusión respecto del derecho que mantiene el trabajador que, no obstante la ilegitimidad de la situación, decide continuar con la prosecución del vínculo, la solución fue aportada por un fallo plenario en el sentido que:

"ante la supresión o rebaja de premios y plus acordados al margen del salario establecido por ley o convención colectiva, el trabajador que no disolvió el contrato por injuria tiene derecho a la integración de la remuneración con los rubros excluidos" (Fallo Plenario 161 dictado por la CNAT en la causa "Bonet c/Sadema S.A.", La Ley 144-29).

Mas, la situación difiere cuando existe un acuerdo explícito entre trabajador/a y empresario para rebajar hacia futuro el salario, mengua que en ningún caso puede afectar, en razón de lo prescripto por el art. 12 de la L.C.T., el orden público laboral.

Es decir, que tales acuerdos no pueden ser asimilados y analizados a la luz del *ius variandi*, pues en ellos ha existido, en principio, consentimiento concurrente de las partes, a diferencia de lo que sucede con el *ius variandi*, típico acto unilateral.

En este sentido, tal como remarca Mario ACKERMAN, resulta esclarecedor el pronunciamiento que observó que "mediando un acuerdo de fijación de remuneraciones no es jurídicamente correcto hablar de ejercicio abusivo del *ius variandi*, ya que el artículo 66 de la L.C.T. atribuye al empleador una facultad de ejercicio unilateral, lo que no se



presenta al haber mediado tal convenio (CNAT Sala VIII, 11/8/98, "Martínez c/Importadora S.A. , mencionado por el autor en Tratado de Derecho del Trabajo, Tomo II, Santa Fe, octubre de 2005, Edit. Rubinzal Culzoni, p. 816).

En el presente, ambas decisiones, es decir, tanto la de primera como segunda instancia, coincidieron que no hubo pacto de partes para la modificación del salario de las actoras, ni expreso ni tácito, sino antes bien, decisión unilateral de modificación en detrimento.

Al respecto, pretende la parte asignar valor de aceptación o consentimiento tácito, a la conducta asumida por los accionantes, con respecto a la ausencia de objeción a los montos abonados por su empleadora conforme recibos de haberes oportunamente entregados y suscriptos por ellos.

Empero, contrariamente a lo sustentado por la quejosa, y en virtud de lo normado por el Art. 58° de la Ley de Contrato de Trabajo, la falta de reclamo concreto no importa -en el caso- aceptación de tales condiciones convenidas.

La mencionada norma dispone:

"no se admitirán presunciones en contra del trabajador ni derivadas de la ley ni de las convenciones colectivas de trabajo, que conduzcan a sostener la renuncia al empleo o a cualquier otro derecho, sea que las mismas deriven de su silencio o de cualquier otro modo que no implique una forma de comportamiento inequívoco en aquel sentido".

Asimismo, surge de la cláusula séptima del Acuerdo, que las signatarias, expresamente acordaron que la/los trabajadore/as, prestarían su conformidad en forma expresa, dentro de los 10 (diez) días posteriores a su suscripción, luego, tal conformidad no puede presumirse en la especie.



En efecto, el acuerdo homologado solo resulta aplicable a las partes signatarias y los actores no suscribieron las cláusulas convenidas por la Asociación Gremial y la empresa en el marco de un acuerdo pluriindividual.

Ello ha sido resaltado por el Tribunal de Alzada al decir:

"Sin perjuicio de ello cabe señalar que no puede abordarse la cuestión traída en queja antes esta Alzada (posibilidad de renunciar lo convenido por sobre los mínimos inderogables) toda vez que se encuentra ausente uno de los elementos esenciales: la supuesta renuncia del trabajador. En efecto, no existió acuerdo expreso de partes en tal sentido, y conforme jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, "en virtud del principio de irrenunciabilidad incluido en la L.C.T. no cabe tener como acaecida una novación objetiva de las cláusulas contractuales si el trabajador realizó el correspondiente reclamo al finalizar la relación laboral involucrada, antes que se venciera el plazo de prescripción" (autos "Padín Capella c/ Litho Formas S.A.", 12/03/1987, LL on line AR/JUR/2196/1987)." (confr. fs. 679 y vta.).

Dicho ello, no se advierten conductas por parte de los accionantes, que puedan ser interpretadas en forma "inequívoca" como constitutivas de su voluntad, desde que no surge acreditado algún comportamiento positivo en esa dirección, de parte de quienes hoy objetan tales importes abonados en desmedro de sus remuneraciones.

De consiguiente, no existe omisión de cuestión esencial cuando la sentencia cuestionada aborda el tópico y lo desestima conforme a los fundamentos supra mencionados.

Y en orden al invocado consentimiento tácito, la crítica del recurrente no alcanza a controvertir los



argumentos desarrollados por la Cámara sentenciante para decidir la existencia de un ejercicio abusivo del *ius variandi*.

Al respecto, la impugnante nada dice sobre los explicaciones que abordan la temática de la renunciabilidad o irrenunciabilidad de derechos y aquí se observa el cuestionamiento parcial formulado en el recurso.

Cabe reseñar que llega firme a esta etapa casatoria que el adicional por presentismo se venía calculando en base a un porcentaje sobre el salario básico y la antigüedad de las trabajadoras (40%). Y tal como surge de la pericia contable desde la fecha reclamada por los actores -diciembre 2005- dicho adicional fue abonado en una suma fija.

La demandada insiste que con esa modificación no se disminuyó la remuneración y que ello fue convalidado por los trabajadores. Mas, tal disminución se corrobora al cotejarse los recibos de haberes correspondientes al período reclamado en autos, incorporados por los actores a fs.5/36, 91/130, 199/213 y 293/339, correctamente determinados en los Anexos acompañados a sus escritos de demanda.

Por caso, reiteradamente he sostenido mi postura restrictiva en torno a la apreciación del mentado principio de irrenunciabilidad contemplada en el Art. 12 de la L.C.T. (cfr. Acuerdos Nros.1/11, 3/11, 17/11, 15/12, 7/13 entre otros del Registro de la Secretaria Actuante).

Es que, me enrolo en la corriente que sustentara el Dr. Capon Filas al emitir los fundamentos de su voto en la causa "Bariain" y en cual sostuvo:

"el caso se relaciona con un tema esencial en el derecho del trabajo y es el de los alcances del poder jurídico de la voluntad del trabajador durante el desarrollo de la relación laboral o, lo que es lo mismo, la influencia de la relación de dependencia sobre las decisiones del trabajador referentes a la disponibilidad



de sus derechos". (cit. por Fernández Madrid, Tratado Práctico de Derecho del Trabajo, ED. LA Ley, pag. 249, T°I).

De este modo, descartada la existencia de consentimiento expreso para restarle eficacia jurídica al accionar pasivo de los actores, era innecesaria constatar la presencia de vicios de su voluntad, puesto que - por aplicación del principio bajo análisis - toda convención que importe una disponibilidad en detrimento del dependiente, resulta carente de efectos, más allá de la causa que le diera sustento al accionar del empleador y que provocara el perjuicio del obrero.

Luego, el dictado de la Ley N° 26.574 en cuanto modifica el Art. 12 L.C.T., amplió la tutela, regulando su aplicación -también- en caso que tales mermas deriven de contratos individuales de trabajo.

Después, la falta de cuestionamiento por parte de los dependientes, tampoco puede ser asimilada como un acto que "convalidó" los importes abonados por su empleador, desde que todos, gozaban del plazo que regula el Art 256° de la Ley 20.744 para cualquier reclamo en torno a derechos resultantes del pago de la remuneración.

Y, también resulta aplicable lo preceptuado por el Art 260° L.C.T., al determinar que todo pago insuficiente de obligaciones resultantes de relaciones laborales será considerado como pago a cuenta del total adeuda, aunque sea recibido sin reserva alguna por parte de los trabajadores. Es que:

"La protección del trabajador en situación de acreedor laboral aparece claramente fortificada por el principio protectorio y el carácter irrenunciable de los derechos (Arts. 14, primera parte de la C. N. y 11 Y 12 LCT). Para la cancelación de las obligaciones laborales, se agregan principios o reglas de suficiencia,



completitud y temporalidad. De otro lado, con el mismo fondo y en tanto la mayoría de los créditos laborales están dirigidos a procurar la subsistencia del trabajador, no es posible interpretar que un crédito de tal naturaleza pueda relativizarse o someterse a la conducta del incumplidor". (Cfr. Cesar Arese, Ley de Contrato de Trabajo comentada y concordada, segunda edición, Tº III, pág. 692, ED. Rubinzal - Culzoni).

Lo hasta aquí expuesto, conlleva a declarar improcedente la pretensión recursiva incoada en autos.

Luego, y a mayor abundamiento cabe remarcar que la causa "Rolon" invocada por la recurrente, presentaba una distinta situación fáctica a la aquí debatida, desde que -en el presente caso- la conformación del salario básico inicial no es materia de discusión, y sí lo era -en el antecedente citado- en el que la cuestión central a decidir radicaba en determinar el modo de liquidar el ítem zona desfavorable en el marco del régimen bancario (CCT N° 18/75).

Sobre el particular, ha dicho este Alto Cuerpo que para acreditar la contradicción de la doctrina legal, resulta necesario que se configure una diversa interpretación de una misma regla de derecho; y que tales disímiles interpretaciones legales hayan sido plasmadas en oportunidad de dirimir casos análogos (cfr. Acuerdos Nros. 20/2003 "CRESPO", 56/2013 "A.D.O.S." y 14/2016 "VÁZQUEZ" del Registro de la Secretaría Civil).

Ello así, dado que la aparente contradicción entre las soluciones brindadas en uno y otro caso, bien puede ser consecuencia de diferencias en los supuestos de hecho sometidos a consideración de los distintos tribunales intervinientes. Pues, el acto intelectual de interpretación de la ley se encuentra siempre condicionado por la tarea de fijación de los hechos de la causa.



Es que, para que resulte aplicable en forma directa la doctrina legal, debe tratarse de casos idénticos, o por lo menos de una marcada similitud; pues si las situaciones de hecho son diferentes, el precedente no resulta de aplicación.

Por tanto, la inconsistencia del planteo surge a poco de constatar que la situación fáctica fijada en el caso bajo estudio no es igual al antecedente citado por el impugnante. Y asimismo, sabido es que constituye un requisito legal que la sentencia cuestionada contradiga la doctrina establecida por este Tribunal Superior en el lapso de tiempo de cinco años anteriores a la fecha del fallo recurrido, extremo que tampoco se verificaría en el caso. (cfr. Ac. 10/14 y 7/16 del registro actuarial).

III) Finalmente, corresponde recordar que el recurso de Nulidad Extraordinario no apunta a la revisión de las sentencias que padecen de cualquier error, ni sirve para canalizar las meras discrepancias entre el criterio del apelante y del tribunal del cual recurre, ni para crear una tercera instancia. Porque atiende a cubrir casos en que las deficiencias lógicas del razonamiento o una ausencia de fundamento normativo, impiden considerar el pronunciamiento de los jueces ordinarios como la "sentencia fundada en ley" a que hacen referencia los Art. 17 y 18 de la Constitución Nacional (cfr. doctrina de FALLOS: 324:1378, entre muchos otros) -es decir, como una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias probadas de la causa- y por lo tanto, incumplen la manda del Art. 238 de la Constitución Provincial (cfr. R.I. N° 199/10 del Registro citado), supuestos que no concurren en el *sub-lite*.

En tal sentido y en razón a todas las consideraciones vertidas, la vía recursiva articulada carece de andamiaje y corresponde declarar su improcedencia, confirmándose lo resuelto por la Cámara sentenciante.



IV. Que, con relación a la tercera de las cuestiones planteadas y sometidas a escrutinio en este Acuerdo, las costas de esta instancia serán a cargo de la parte vencida (Art. 12° L.C.).

V. Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo: a) Declarar improcedente el recurso de Nulidad Extraordinario deducido por la demandada. b) Las costas de esta etapa serán a cargo de la recurrente vencida (Art. 12° y 21°, L.C.). c) Confirmar en todos sus términos la sentencia de la Alzada.
VOTO POR LA NEGATIVA.

El doctor **RICARDO T. KOHON**, dice: Comparto los fundamentos y la solución propuesta por el doctor **OSCAR E. MASSEI** en su voto, por lo que expreso el mío en igual sentido.
MI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, de conformidad con la solución propiciada por el Sr. Fiscal General, por unanimidad, **SE RESUELVE:** 1°) **DECLARAR IMPROCEDENTE** el recurso de Nulidad Extraordinario interpuesto, a fs.683/700vta., por la demandada -POLICLÍNICO NEUQUEN S.A.- y en su consecuencia, **CONFIRMAR** el decisorio dictado por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Primera Circunscripción Judicial - Sala I-, obrante a fs.678/681, atento lo considerado y con relación a las actoras Clelia Isabel SEPÚLVEDA, María Ester MARTÍNEZ y Delia del Carmen MUÑOZ. 2°) **IMPONER** las costas de esta etapa a la demandada en su calidad de vencida (Art6. 12° y 21° de la Ley 1.406). 3°) **REGULAR** los honorarios profesionales devengados en esta etapa al doctor -en el doble carácter por las actoras-, y a los doctores: - apoderado de la demandada- yy ... -patrocinantes de la misma parte- en un 25% de la cantidad que corresponda por la actuación en igual carácter que el aquí asumido, en Primera Instancia (Art. 15° y 20 -modificado por Ley N° 2.933- de la Ley de Aranceles). 4°) Disponer la pérdida del depósito



**PODER JUDICIAL
DE NEUQUÉN**

efectuado a fs.704 (Art. 10, L.C.), dándosele el destino fijado por la Ley de Autarquía Judicial. **5)** Regístrese, notifíquese y oportunamente, devuélvanse los autos a origen.

Con lo que se da por finalizado el acto que previa lectura y ratificación, firman los señores Magistrados ante la Actuaría, que certifica.

vap

DR. RICARDO T. KOHON- Vocal
DR. OSCAR E. MASSEI- Vocal-

Dra. MARÍA ALEJANDRA JORDÁN
Subsecretaria