

## Ius Variandi Ejercicio Abusivo

### JURISPRUDENCIA

### Ius variandi. Ejercicio abusivo

Se confirma la sentencia que

entendió que la decisión de una empresa provincial de agua de quitar el pago de un adicional por no verificarse el cumplimiento de condiciones nunca antes exigidas implicó una disminución salarial y un ejercicio abusivo del ius variandi. Santiago del Estero, 30 de septiembre de 2015. El Dr. Llugdar dijo: Vistos: Para resolver en los autos del epígrafe el recurso de casación interpuesto por el apoderado de la parte actora a fs. 864/869 en contra de la resolución de la Excma. Cámara de Apelaciones del Trabajo y Minas de Primera Nominación de fecha 14 de Noviembre de 2013, obrante a fs. 853/858. Considerando: I) Que el casacionista se agravia de la resolución venida en recurso por cuanto la misma hace lugar a la apelación interpuesta por los demandados a fs. 821/825 y revoca la sentencia de fecha 12 de marzo de 2012 obrante a fs. 808/816 la que hacía lugar a la acción meramente declarativa de certeza que afirmaba que Aguas de Santiago S.A. liquidaba conforme a derecho el adicional dos séptimos (Adicional 2/7) fijado por Acta Acuerdo Nacional entre la Fe.N.T.O.S (Federación Nacional de Trabajadores de Obras Sanitarias) y O.S.N (Obras Sanitarias de la Nación). Manifiesta que la resolución de la Excma. Cámara de Apelaciones de Trabajo y Minas de Primera Nominación adolece de errores in iudicando al declarar ilegítimamente que la firma Aguas de Santiago S.A. liquida erróneamente o apartado a derecho un concepto salarial, sometiéndola en el caso de quedar firme la resolución, al eventual reclamo de los empleados, reclamo que sería injusto o ilegítimo configurándose eventualmente en el futuro un enriquecimiento sin causa por parte de estos últimos. Asimismo se agravia de la sentencia en cuanto resuelve considerando que la firma Aguas de Santiago S.A. introdujo modificaciones no razonables en el salario de los empleados, infiriendo que realizó un ejercicio abusivo del Ius Variandi (arts. 66 y cctes. de la LCT), ya que por el contrario refiere que su parte instó el presente proceso a fin de esclarecer una situación en la que se encontró producto de un error excusable, cuyo fundamento radicó en haber recibido la transferencia de la empresa y proseguir con la liquidación de un rubro equivocadamente. Se queja de que el Tribunal de grado funda equivocadamente su decisorio al sostener que, declarando fundada a derecho la liquidación del adicional 2/7, se conculcaría el derecho de propiedad de los trabajadores. Manifiesta que para que nazca tal derecho al cobro y su correlativa obligación de abonar dicho adicional, se deben dar las condiciones establecidas por la norma (cumplimiento de más de dos horas extras de trabajo y que estén autorizadas por un superior jerárquico inmediato), lo cual en los hechos no acontece. Afirma que pretender desconocer ello, bajo el argumento de una práctica de liquidación equivocada, implicaría desconocer la validez y eficacia del instrumento suscripto entre la parte sindical y patronal, y por otra lado desechar e ignorar la verdadera causa del nacimiento del beneficio adicional 2/7. Sostiene que el fallo atacado devine arbitrario por cuanto no refleja de parte de los sentenciantes un análisis lógico y jurídico de los elementos fácticos como de la prueba producida, a fin de llegar a una solución justa, legítima y equitativa de la cuestión. Tacha de arbitraria a la sentencia por carecer de una adecuada y suficiente motivación al utilizar de manera simplista el argumento de que "la patronal no sería excusable por la brecha de tiempo existente entre el comienzo de la práctica de liquidación equivocada y la modificación de dicha liquidación, pasando a efectuarla conforme la norma convencional que la consagra, sosteniendo que la costumbre y los actos de la patronal importan una derogación tácita de aquella fuente convencional en vigencia". Por último, pide que se tenga por interpuesto en tiempo y forma el recurso de casación, que se haga lugar al mismo, con costas, y formula expresa reserva del Caso Federal. II) A fs. 875 la Excma. Cámara de Apelaciones del Trabajo de Primera Nominación declara admisible formalmente el recurso de casación planteado. III) A fs. 883/886 los demandados fundamentan el rechazo del recurso interpuesto, refiriendo que el error en que incurre la actora es no tener presente que las condiciones laborales previstas en los convenios colectivos de trabajo constituyen un mínimo pero no un máximo, pues cuando la patronal asigna al trabajador mejores condiciones laborales o salariales que las previstas en los convenios, leyes, etc. esas mejores condiciones acordadas y lo que es más aún gozadas, pasan a integrar el patrimonio del trabajador y no pueden ser modificadas unilateralmente por la patronal. Asimismo sostienen que su fundamento radica en el art. 73 de la Ley 6.225, regulatoria de la concesión del servicio de aguas que establece que "el concesionario deberá garantizar que la transferencia se realice sin afectar su categoría profesional o situación de revista y remuneraciones, sin perjuicio de los mayores beneficio que pudieran serle otorgados". Afirma que antes de la transferencia de los servicios, en la Dipos se liquidaba el suplemento 2/7 a todo el personal comprendido como P7 -Personal de Conducción- sin que haya sido nunca necesario ni exigible las condiciones que ahora pretende exigir la empresa actora. Este beneficio acordado y respetado durante muchos años se incorporó al patrimonio y al plexo de derechos laborales adquiridos por los trabajadores comprendidos y no puede ser válidamente coartado o disminuido por la empresa, son condiciones de trabajo que la empresa no puede alterar. Manifiesta que los empleados que no fueron transferidos y permanecieron en la órbita de la Diosse, no tuvieron alteración alguna en el pago del beneficio adicional en debate, ya

que el mismo es abonado por dicho organismo a todo el Personal de Conducción P7 sin otra condición que la de pertenecer a ese agrupamiento, respetándose de esa forma las condiciones laborales anteriores a la transferencia. En ese orden, manifiesta que la actitud de la empresa es inconstitucional y violatoria del derecho de propiedad y debe ser descalificada judicialmente ordenando restituir las sumas indebidamente deducidas. Por último solicita se rechace el recurso interpuesto y se ratifique íntegramente la sentencia en crisis. IV) A fs. 892/893 el Sr. Fiscal General estima que debe rechazarse el recurso interpuesto por considerar que el empleador al quitar el pago del adicional 2/7 incurrió en un ejercicio abusivo del Ius Variandi contemplado en el art. 66 de la LCT.

V) Quedando los autos en estado de dictar sentencia y previo al estudio de los agravios que sustentan la casación interpuesta, corresponde en este estadio procesal expedirse en primer término sobre la admisibilidad formal de la apelación extraordinaria bajo estudio (art. 181 y ctes. Ley 7049). En ese afán y advirtiendo que de las constancias de la causa, el recurso de casación ha sido deducido en el plazo fijado a tal fin (fs. 864/869 y cargo de Mesa de Entradas de fs. 869) y contra sentencia definitiva (fs. 853/858 notificada por cedula a fs. 859 vta.). En lo que respecta al depósito genérico previo exigido por el art. 188 de la ley 7049 se advierte que el recurrente le ha dado cumplimiento a fs. 872/873. Superado dicho valladar procesal debe este Alto Cuerpo abocarse al tratamiento de las impugnaciones que motivan la casación. VI) En lo que interesa a los fines de resolver el recurso bajo examen, es determinar si la decisión tomada por Aguas de Santiago S.A. en marzo de 2005 de ajustar el pago del adicional 2/7 al estricto cumplimiento del Acta Acuerdo Nacional entre la Fe.N.T.O.S (Federación Nacional de Trabajadores de Obras Sanitarias) y O.S.N (Obras Sanitarias de la Nación) de fecha 21/07/1990, pudo haber vulnerado derechos generados a los trabajadores desde su implementación en el año 1991 hasta marzo del 2005, fecha en que la empresa modifica la forma en que se venía liquidando dicho beneficio. En efecto, a fin de determinar si un beneficio es liquidado conforme a derecho resulta conveniente en primer lugar establecer si es liquidado en correspondencia con la norma que lo ha instituido. Conforme lo prescribe el Acta Acuerdo por el cual se instituye el adicional, éste se aplica al Personal de Conducción P7 que se encuentra en ejercicio efectivo del cargo, cuando la extensión de la jornada de labor se extienda en dos horas más de las siete previstas por el art. 8 del CCT 57/75, ya sea se preste en forma continua o discontinua, y eso sea autorizado por el superior jerárquico inmediato. Asimismo, el cálculo de este adicional resulta de sumar todos los conceptos remunerativos, multiplicar el resultado por dos y dividirlo por siete. Siendo eso así, téngase presente que el adicional 2/7 se ve incrementado ante aumentos salariales. El texto de la norma es claro y no presenta discrepancias en cuanto a su interpretación por ninguna de las partes. Ahora bien, la cuestión traída a estudio excede la interpretación literal de la norma, ya que involucra la valoración de otros factores que pudieron haber generado derechos a favor de los trabajadores -cuya consideración no puede omitirse- los que efectivamente fueron incorporados a su patrimonio y que hacen a las condiciones esenciales del contrato de trabajo como lo es el salario. Es por ello que la normativa no es la que genera la controversia, sino los hechos que se sucedieron al implementarla. Pues bien, a diferencia de lo establecido en el Acta Acuerdo ante la sola constatación de revestir el trabajador el cargo de Personal de Conducción P7 se le abonaba el adicional en cuestión. Ello aconteció desde 1990, cuando los trabajadores prestaban servicios para el Estado y continuó con posterioridad a la transferencia del servicio mediante concesión a la actual empleadora accionante hasta marzo de 2005. Desde esa fecha, la empleadora arguye que, al advertir el error en la forma de liquidación anterior, decide unilateralmente comenzar a aplicar los 2/7 ajustando su liquidación al cumplimiento de los tres requisitos previstos en el Acta Acuerdo. A la vez dispuso pagar a todo el segmento de trabajadores que venía percibiendo el adicional 2/7 una suma fija cuyo importe se corresponde con el valor liquidado por tal rubro a marzo de 2005, excusándose en que de esta forma no se modificaban las expectativas de cobro. En los hechos y conforme a las constancias de autos (recibos), esto se tradujo en que el Personal de Conducción P7 percibió bajo este concepto desde abril 2005 un importe fijo o congelado, en tanto, según los expone la actora desde esa fecha ninguno de los dependientes cumplió con la extensión horaria exigida en la norma convencional. Ahora bien el error en que el casacionista pretende justificar la falta de pago del adicional en cuestión para apartarse de las condiciones y metodología utilizadas desde 1990 a 2005, no puede considerarse un error excusable. En orden a ello, es importante tener en cuenta que la actora al realizarse la transferencia del servicio de manos del estado a privadas no objetó dicha práctica, es decir la forma en que se realizaban las liquidaciones de lo adicionales cuestionados. Máxime cuando la transferencia se llevó a cabo mediante una licitación pública en la que las partes cuentan con todos los instrumentos formales que detallan en forma acabada todas las cuestiones que en tal operación se ven involucradas -entre ellas la de particular importancia como son las de las condiciones de trabajo y rubros de pago de salario de los empleados- a fin de poder realizar cualquier examen o análisis de las cuestiones que considere oportunos. En consecuencia, de haber obrado con la normal diligencia por haber tenido la posibilidad real y efectiva de comprender las condiciones de trabajo de los trabajadores que le eran transferidos, el error no resulta excusable bajo ningún concepto. VII) Al respecto, resulta importante destacar el dilatado lapso de tiempo (8 años) y la habitualidad en que ese beneficio fue efectivamente gozado por los trabajadores comprendidos en el segmento Personal de Conducción P7, sin exigírsele otra condición más que pertenecer a esa categoría de empleados; lo que evidenció que dicha práctica enmarcada en la voluntad de

empleador Aguas de Santiago S.A resultó plenamente válida para generar un mejor beneficio que incorpora un derecho al patrimonio de los trabajadores, insusceptible de unilateral revocación. En consecuencia, es habitual que las condiciones referidas por el Acta Acuerdo en cuanto a la procedencia del pago del Adicional 2/7 resulten abrogadas por la costumbre y por la propia conducta de la empleadora que nada hizo para resguardar el cumplimiento de dichos requisitos para la viabilidad del pago de tal beneficio. No debe olvidarse que los usos y costumbres "secundum legem" y "proater legem" constituyen fuentes del derecho del trabajo en la L.C.T. (arts. 1 L.C.T. y 17 del Cód. Civil) y también las "contra legem", siempre que sean debidamente demostradas como práctica habitual. Cabe recordar que la voluntad unilateral del empleador es fuente de derecho con relación a él mismo y de esta forma queda comprendida en el concepto más amplio de "la voluntad de las partes" como una de las fuentes de regulación del contrato y la relación de trabajo que establece la Ley de Contrato de Trabajo (art. 1 inc. d; en sentido análogo SD N° 71646 del 31/5/96 "Maone, Domingo y otros c. Autolatina Argentina SA", CNTrab. Sala III). Por otra parte, el ordenamiento laboral faculta al empleador a establecer derechos más favorables para los trabajadores que los previstos en la legislación o aun en las convenciones colectivas de trabajo (art. 7 LCT). Por ello, resulta aplicable al caso la condición más beneficiosa", la cual, según Américo Plá Rodríguez, es aquélla que supone la persistencia de una situación concreta, anteriormente reconocida y determina que ella debe ser respetada, en la medida que sea más favorable al trabajador. VIII) Nuestro sistema legal, arcaico por cierto, solo hace una mención admitiendo la forma de retribución en el artículo 104 que dispone: "Formas de determinar la remuneración. El salario puede fijarse por tiempo o por rendimiento del trabajo, y en este último caso por unidad de obra, comisión individual o colectiva, habilitación, gratificación o participación en las utilidades e integrarse con premios en cualquiera de sus formas o modalidades". Desde antaño se habían dictado normas como el Plenario Piñol que dispuso: "Las gratificaciones otorgadas en forma habitual dan derecho, en principio, a reclamar su pago en períodos sucesivos y, por consiguiente autorizan a recurrir a la vía judicial para exigir las compulsivamente; salvo que se acredite, por quien lo afirma, que se reconocieren como causa servicios extraordinarios o que no se han cumplido las condiciones sobre cuya base se liquidaron en otras oportunidades" (CNAT, en pleno, 13/09/1956, Piñol, Cristóbal Antonio c. Genovesi S.A). Por lo tanto este derecho adquirido resultante de las condiciones exigibles para la procedencia de este adicional de carácter salarial, no puede ser alterado en tanto las modificaciones que se introduzcan lo sean para futuro e importen modificaciones razonables para la composición del salario. La modificación realizada por Aguas de Santiago S.A. a partir de abril de 2005 de no abonar el adicional 2/7 por no verificarse el cumplimiento de condiciones nunca antes exigidas, implicó una disminución salarial, ya que el monto fijo liquidado bajo esta nueva modalidad no resulta alcanzada por los incrementos salariales. En consecuencia, resultan acertados los fundamentos del tribunal de grado al considerar que la forma en que se modificó la liquidación del adicional 2/7 constituye una modificación unilateral de la empleadora en perjuicio del trabajador y un ejercicio abusivo del Ius Variandi, en tanto modifica una condición esencial del contrato, como lo es el salario. Al respecto el convenio 95 de la OIT sobre la protección del salario dispone en su art. 1 que "...el término salario significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar." Asimismo en su art. 14 establece que "Se deberán tomar medidas eficaces, cuando ello sea necesario, con objeto de dar a conocer a los trabajadores en forma apropiada y fácilmente comprensible: a) antes de que ocupen un empleo o cuando se produzca cualquier cambio en el mismo, las condiciones de salario que habrán de aplicárseles; b) al efectuarse cada pago del salario, los elementos que constituyan el salario en el período de pago considerado, siempre que estos elementos puedan sufrir variaciones". Desde dicha perspectiva normativa y teniendo en cuenta que el Convenio 95 expresado fue aprobado en 1949 y ratificado por nuestro país a través del decreto ley 11594/56, reviste la categoría de suprallegal de conformidad con lo establecido por el inc. 22 del art. 75 de la CN en cuanto asigna al Congreso Nacional la facultad de "aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales". Sobre tal base, y no obstante sus diferencias con los tratados, puede afirmarse válidamente que los convenios de la OIT ostentan igual jerarquía que los tratados (excepto los enumerados taxativamente por el art. 75 inc. 22 que tienen nivel constitucional) en tanto que la OIT constituye un organismo internacional. Recuérdese que a partir de la reforma constitucional del año 1994 se ha conformado el denominado en doctrina "bloque de constitucionalidad federal" que está integrado no sólo por nuestra constitución nacional formal o escrita, sino también por el mentado convenio de la OIT, ratificado por nuestro país. Bajo estos lineamientos esta Sala ha sentado su criterio en que si bien la Ley le otorga al empleador la facultad de variar, alterar o modificar unilateralmente las modalidades de la prestación de trabajo a sus dependientes, para que esa potestad sea legalmente admisible se tendrá que llevar a cabo dentro de los límites que dé la razonabilidad y respetando que no se alteren aspectos sustanciales del contrato de trabajo, el cual debe mantenerse indemne. Asimismo dichas modificaciones no podrán producir perjuicio de ningún tipo para el trabajador. Como consecuencia de las facultades de dirección que se acuerdan al empleador en el art. 66 de la LCT, éste tiene posibilidad de

modificar unilateralmente la forma y las modalidades no esenciales de la prestación de trabajo. Las condiciones a las que está sujeto el ejercicio legítimo del Ius Variandi son: 1) razonabilidad, es decir, debe responder a una motivación funcional; 2) no alteración esencial del contrato, pues no puede alterarse lo sustancial del contrato como el salario, o la calificación profesional, y 3) no causar perjuicio moral y material al trabajador. Así se coloca un valladar al ejercicio del "Ius Variandi", que cuenta como antecedente, en nuestro sistema jurídico, al instituto del abuso del derecho, incorporado a nuestro Cód. Civil, mediante la reforma que a su artículo 1071, segundo párrafo, introdujera la ley 17.711. Tal valladar consiste en que: a) el mismo no importe un ejercicio irrazonable de esa facultad, b) ni altere modalidades esenciales del contrato de trabajo, c) ni cause perjuicio material o moral al trabajador. La determinación en cada caso concreto, cuándo los cambios que introduzca el empleador se encuentran dentro de los límites de la norma legal en consideración y cuándo exceden los mismos, es una cuestión que se debe analizar teniendo en cuenta las particularidades del mismo y las circunstancias que lo rodean. (ST 24039 Regatuso Carlos Antonio c. Sanatorio 9 De Julio S.A. y/o Responsables s/ Diferencias Salariales, Etc. - Casación Laboral". IX) Expuesto lo anterior, cabe ahora considerar si el impugnante ha logrado demostrar que la valoración de los hechos y la prueba llevada a cabo por el tribunal a quo, está viciada de absurdo o arbitrariedad. Para ello, resulta imperioso recordar el carácter extraordinario de la vía casatoria y el criterio restrictivo con el que este Alto Cuerpo como tribunal del recurso revisa los pronunciamientos de mérito de los tribunales inferiores, la que se acentúa mas aún a la luz de la nueva organización del fuero laboral dispuesta por la ley 7049, que implementara el sistema de la doble instancia, mediante la creación de las Cámaras de Apelaciones con competencia para entender en los recursos ordinarios de apelación que posibilitan la revisión amplia de las sentencias de primera instancia en lo que hace a aspectos fácticos del decisorio. Quedan de ese modo en el ámbito de la casación sólo las impugnaciones de orden jurídico o las que denuncien, expongan y acrediten de modo acabado, que la resolución recurrida ha incurrido en evidente arbitrariedad, esto es, en quebrantamiento palmario de las leyes de la lógica, apartamiento de las constancias de autos y/o grosera desinterpretación material de alguna prueba con la consecuente denuncia de infracción a las normas que la rigen, en consecuencia la arbitrariedad no solo debe ser alegada sino también probada por la parte que la invoca. Se debe mostrar en forma acabada que lo resuelto escapa a las leyes de la lógica y del buen entendimiento o que resulta imposible o inconcebible a la luz de la razón, por constituir un desvío notorio y una grosera desviación interpretativa que demuestra que la sentencia impugnada no constituye una conclusión razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa. Sin embargo, el recurrente no logra cumplir satisfactoriamente dicho requisito, reduciéndose su exposición a una simple invocación de aquel vicio sin que logre rebatir con sus argumentaciones los fundamentos dados por el Tribunal a quo en la sentencia recurrida. No pone de manifiesto en forma palmaria la incongruencia, absurdidad o arbitrariedad atribuidas al decisorio, ni la falta de logicidad que alega caracteriza al razonamiento expuesto en el mismo. "En materia de prueba la materia se complica más para el recurrente, ya que en relación con la pretendida revisión de su apreciación, las dificultades del impugnante se ven multiplicadas, habida cuenta que los cuestionamientos de esa índole, por vincularse con un tema como es el de la amplitud de las facultades de los jueces de instancia para seleccionar y valorar las pruebas rendidas ante ellos, atañen a aspectos que resultan gobernables por aquellos y -por vía de principio- ajenos al carril extraordinario de la casación. Por consiguiente, las discrepancias del recurrente con el criterio seguido por los jueces en la selección y valoración de las pruebas, no sustenta la tacha de arbitrariedad en que se pretende fundar una casación aún cuando se invoque error en la solución que se impugna" (Obs. del Sumario: La Casación-Un modelo eficiente- Augusto Morello- Edit. Platense- Edic. 1993 p.183- STJ S 27-10-2004, "Conferencias Sras. San Vicente Paul c. Bonacina Juan Manuel y Otros s/ Desalojo- Casación"- Fte. JUSE; STJ Sgo. del Estero, Expte.15.275/04: "Ibañez, Raúl Eduardo y Otros c. Produo S.A. y/o Responsable s/ Jornales Impagos, etc." - Casación Laboral - Sent. de Oct/05). El tribunal de grado entendió en forma atinada que el empleador al quitar el pago del adicional 2/7 en cuestión incurrió en un ejercicio abusivo del Ius Variandi. Establecer si en un caso concreto lo que existió fue un razonado ejercicio del Ius Variandi o no, en cuanto a los hechos, es materia reservada al tribunal de la instancia ordinaria y su revisión sólo puede hacerse en sede casatoria si se comprueba que la decisión fue consecuencia de un razonamiento absurdo. (ST 24039 "Regatuso, Carlos Antonio c. Sanatorio 9 de Julio S.A. y/o Responsables S/ Diferencias Salariales, etc. - Casación Laboral". En ese sentido se advierte que el casacionista no logra demostrar el vicio que denuncia, limitándose a exteriorizar una mera discrepancia subjetiva, proceder que no es idóneo para demostrar la existencia de absurdo, conforme a las características que reiteradamente ha delineado este Superior Tribunal al respecto. Por lo expuesto, Voto por: I) Rechazar el Recurso de Casación interpuesto por el apoderado de la actora Aguas de Santiago S.A. a fs 864/869. II) En su mérito confirmar la resolución de la Excma. Cámara de Apelaciones del Trabajo y Minas de Primera Nominación de fecha 14 de Noviembre de 2013, obrante a fs. 853/858 III). Con Costas al recurrente. El Dr. Herrera dijo: Vistos: Para resolver en los autos del epígrafe el recurso de casación interpuesto a fs. 864/869 por la actora contra la sentencia de la Excma. Cámara de Apelaciones de Trabajo y Minas de Primera Nominación, de fecha 14 de noviembre de 2013, cuya copia certificada obra a fs 853/858. Considerando: I) Adhiero y remito por razones de brevedad a los puntos I), II),

III), IV) y V) del voto del Sr. Vocal que me antecede en el orden, así como a la decisión a la que arriba, mas me permito realizar las siguientes consideraciones en fundamento al rechazo del recurso a estudio. II) En primer término, es de señalarse que en fundamento a su casación, el recurrente alegó que el tribunal de segunda instancia, aplicó erróneamente el art. 66 de la LCT y que incurrió en arbitrariedad al revocar la sentencia de primera instancia, y declarar que la actora no estaba liquidando el rubro 2/7 conforme a derecho. Sin embargo en apoyo a ello, abundó en consideraciones genéricas, de orden doctrinario, expresiones meramente dogmáticas que no rebaten directamente, de modo puntual y fundado los argumentos que cimientan la sentencia que lo agravia. Reprodujo en forma casi literal, a lo largo de todo el escrito introductorio, los fundamentos con los que rebatiera el recurso de apelación deducido por la demandada (fs. 850/852) lo cual dista de ser una crítica cabal, concreta y de entidad, de los puntos en los que la sentencia de segunda instancia se basara esencialmente. Al fundar la arbitrariedad invocada (fs. 687/688), se limitó esgrimir consideraciones que no revelan -más que dogmáticamente- supuesto de arbitrariedad que permita a este Alto Cuerpo, revisar lo decidido por el tribunal de apelación, sin señalar sólidamente en qué consistía concretamente dicho vicio ni justificó con solvencia su posición frente a la declaración que discute, por lo que en principio correspondería sin mas su rechazo por inadmisibile. III) Sin embargo, entiendo que no obstante la deficiencia argumentativa de la impugnación, del escrito recursivo surge claramente el planteo de naturaleza jurídica que trae a la actora hasta esta instancia extraordinaria, toda vez que en sí misma, la pretensión declarativa que dedujera (art. 3 inc. c del CPL y en el 326 del CPCC) encierra una cuestión de derecho, que no puede ser soslayada, atento la trascendencia de los intereses en juego. En esa línea, y siendo que la actora objeta la decisión del a quo de "declarar que no liquida conforme a derecho el adicional dos séptimos 2/7" (fs. 858), resulta necesario señalar que ésta última, en su pretensión inicial persiguió que se determine "cuándo -oportunidad- debe liquidarse el adicional 2/7, forma o modo de hacerlo, y si la empresa lo está practicando conforme a derecho" (fs. 688), esto es, que el órgano jurisdiccional suprima un estado de incertidumbre respecto de -en este caso- una situación jurídica íntimamente relacionada con la interpretación y modalidad de ejercicio de un derecho concreto derivado u originado en una relación jurídica determinada, un interés susceptible de protección legal "puesto que de lo contrario sufriría un daño material, espiritual, extrapatrimonial o moral (cf. CHIOVENDA, G. en MORELLO-SOSA-BERIZONCE, Cód. Procesal...t. IV A p. 406). IV) Sentado ello, y conforme se desprende de los términos de la demanda (fs. 685/ 691) la empleadora alegó haber abonado hasta marzo del año 2005 el concepto salarial Suplemento 2/7 establecido por Acta Acuerdo Nacional celebrada entre FE.N.T.O.S. Y Obras Sanitarias de la Nación (21/7/90), en el marco del Convenio Colectivo de Trabajo 57/75, sin requerir ni verificar el cumplimiento de la extensión horaria en mas de dos horas que las fijadas en el art. 8 del citado convenio, bajo el argumento que se trató de una incorrecta liquidación del rubro, por "desconocimiento de la normativa vigente" (párrafo 6 fs. 686). Con fundamento en ello, justificó la decisión de -una vez detectado lo que calificó de error- dejar de abonarlo, para hacerlo únicamente en el caso que se verifique en cada situación en particular el supuesto de hecho antes indicado. En ese marco, el planteo encierra en esencia una cuestión de derecho y su fuente causal y de regulación, por cuanto, de su entramado surgen claramente dos situaciones diferenciadas pero que a la vez convergen en determinados aspectos que son los que crean el conflicto a resolver. Siendo ello así, resulta necesario en primer término recordar que el art. 1 de la LCT, establece las fuentes del derecho que han de regir los contratos de trabajo "para sumar reglas, niveles, contenidos y límites a los derechos y deberes que las partes contraen y adquieren en este tan particular vínculo" (Miguel Angel Maza, p. 20). Entre ellas, menciona no solo a la propia ley 20.744, sino además a leyes y estatutos profesionales, así como a las convenciones colectivas de trabajo, laudos arbitrales, voluntad de las partes; y usos y costumbres. Establece asimismo que cuando una cuestión no pueda resolverse por aplicación de las normas que rigen el contrato de trabajo o por las leyes análogas, se decidirá conforme a los principios de la justicia social, a los generales del derecho del trabajo, la equidad y la buena fe (art. 11 LCT y art. 2 de la Constitución Provincial). Dicha enumeración o listado, formulado de modo enunciativo, deja claro que "las reglas de los contratos de trabajo no se espera que surjan de modo normal y habitualmente de la negociación de las partes de dicho vínculo sino que el armazón de esa vinculación está a cargo de la ley y de las convenciones colectivas, sin perjuicio de la labor normativa complementaria y mejorada que se deja a las partes (MAZA, Miguel Angel -Ley de Contrato de Trabajo- Comentada y Concordada- Segunda Edic. Act. Edic. 2011 - Tomo I - p. 21). Ello por cuanto el derecho del trabajo se explica en la necesidad de proteger al trabajador ante una realidad y situación de desigualdad que existe previo al inicio de la relación laboral y hasta con posterioridad a su extinción, y en ese contexto el principio protectorio -de raigambre constitucional (art. 14 bis CN) se reconoce como fundamento de toda la organización jurídico laboral. Así en el caso "Aquino" la CSJN señaló que "es manifiesto que el art. 14 bis de la Constitución Nacional no ha tenido otra finalidad que hacer de todo hombre y mujer trabajadores, sujetos de preferente tutela". En ese contexto, es de señalarse que el Acta Acuerdo Nacional celebrada entre FE.N.T.O.S. y Obras Sanitarias de la Nación (21/7/90) celebrada en el marco del CCT 57/75 en la que se pactara el pago del suplemento 2/7; y cuyo desconocimiento alega la empleadora, corresponde a la fuente enunciada en el inc. c del art. 1 de la ley 20.744: convenciones colectivas de la ley 14.250. Dichos acuerdos o convenios, celebrados como contratos pero que rigen como

leyes, son pactos llevados a cabo en forma escrita entre un empleador o un grupo de ellos (o asociación) con una asociación profesional de trabajadores con personería gremial, con el objeto de fijar condiciones de trabajo; y una vez homologados por el Ministerio de Trabajo de la Nación, son obligatorios no solo para los firmantes sino para todos los sujetos comprendidos dentro del ámbito personal y espacial de aplicación. "Nacen y se negocian como contratos, pero rigen erga omnes, como leyes particulares en el ámbito de actividad, oficio o la empresa" (MAZA, Miguel Angel -Ley de Contrato de Trabajo - Comentada y Concordada- Segunda Edic. Act. Edic. 2011 - Tomo I - p. 23). V) Ahora bien, nuestro sistema normativo le otorga a los convenios colectivos de trabajo la función de mejorar e incrementar los derechos -niveles de beneficios- que los establecidos en las leyes y en los contratos individuales de trabajo. Ello se desprende claramente de los arts. 8 de la LCT, y 7 y 8 de la ley 14.250. Pero a la vez, y pese a ello nada impide al empleador -en expresión de autonomía de su voluntad- conceder mejores derechos a los trabajadores, que los que se acordaron en los CCT, por cuanto la razón de ser del derecho del trabajo, radica en perseguir constantemente el beneficio del dependiente en la relación laboral, que se desenvuelve sobre un terreno de desigualdad estructural asumida legislativamente (art. 14 bis CN). La autonomía de voluntad de las partes en la relación de trabajo se haya sujeta o condicionada a lo regulado por dichas normas, las que constituyen estandartes mínimos o derechos de mínima, por debajo de los cuales está prohibido concertar. "...La voluntad que pueden expresar las partes del contrato o relación individual de trabajo se encuentra contenida dentro de un marco obligatorio formado por normas imperativas y sujetas a modificaciones cambiantes. El contrato se adecua a ellas, con arreglo al principio de buena fe, siempre que las partes no dispongan condiciones más beneficiosas. Pero en este contrato, constituye una cláusula implícita que las normas heterónomas (ley u convenio colectivo) no pueden esgrimirse en perjuicio del trabajador (FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos - Ley de Contrato de Trabajo - Comentada y Anotada - Edit. La Ley). VI) Asimismo, en ese marco, resulta frecuente también que cierto contenido del contrato de trabajo o alguna condición o modalidad en su ejecución respondan a un uso o práctica habitual, constante y abarcativo de un grupo o sector más o menos amplio o generalizado de trabajadores, por decisión de la empleadora. Entre ellas, se encuentran las denominadas gratificaciones (art. 104 LCT) que otorga la patronal en forma unilateral de manera reiterada y que beneficia a los trabajadores comprendidos dentro de un segmento general, incluso a quienes se vayan incorporando a la empresa aunque no se haya acordado en forma expresa ni individual en el respectivo contrato. La habitualidad que determina el derecho en sucesivos periodos, está dada por la práctica reiterada de su otorgamiento. La repetición y uniformidad de las conductas adoptadas por el empresario -y aceptadas implícitamente por el trabajador- "hace nacer un derecho no escrito dentro de la empresa, régimen de la empresa, susceptible de crear derechos y obligaciones, objetivamente para el personal y la empresa de tal suerte que también los trabajadores que ingresen pueden confiar en la existencia y vigencia de ese sistema" (FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos - Ley de Contrato de Trabajo - Comentada y Anotada - Edit. La Ley). Así el comportamiento del empleador de pagar una gratificación todos los años conlleva su intención de mantener dicha prestación, atento que es un valor entendido entre las partes, que deben actuar de buena fe, por lo cual resulta inadmisibles pensar que un buen empleador (art. 63 LCT) ignore que la reiteración de su comportamiento crea dicha convicción. El pago en forma periódica y consecutiva de las gratificaciones, "sin ninguna aclaración ni reserva por parte del empleador, da derecho a reclamarlas en periodos sucesivos, y cesa si se acredita por el empleador que reconocieron como causa servicios extraordinarios o que no se han cumplido sobre cuya base se liquidaron los recibos" (Aut. y Ob. cit. p. 1165). VII) En esa línea conceptual, el rubro salarial nominado y abonado en los recibos de haberes hasta marzo de 2005 como "Suplemento 2/7", que reconoce o tiene como causa fuente "un uso (art. 1 inc. e) de la empresa" introducido en ejercicio de la autonomía de voluntad de las partes -en el caso el empleador-, consiste en el pago de un adicional (monto que resulte de la suma de todos los rubros remunerativos de cada trabajador, multiplicada por dos y a dicho resultado dividirlo entre siete) al personal de conducción P7 por el solo hecho de encontrarse comprendido en dicha categoría. Ese derecho, que difiere y resulta más beneficioso que el establecido en el Acta Acuerdo Nacional celebrada entre FE.N.T.O.S. y Obras Sanitarias de la Nación el 21/7/90 (Convención colectiva de trabajo art. 1 inc.), cuyas condiciones o recaudos para su goce son distintas por cuanto este requiere la comprobación del cumplimiento de una jornada mayor -dos horas- que la establecida en el art. 8 del CCT 57/75, pasó a conformar el denominado "núcleo del contrato" (remuneración) en los términos desarrollados en el Considerando VI de la presente. El suplemento 2/7 que se abonó hasta marzo de 2005, es un beneficio o derecho distinto y mejor que el que fija el Acta Acuerdo a la que se viniera haciendo referencia, aun cuando en su denominación, ámbito personal de aplicación y forma de liquidación pudieren resultar similares. Sin embargo, el primero -a diferencia del segundo- no se encuentra condicionado al cumplimiento de la extensión horaria en más de dos horas de las previstas en el art. 8 del CCT 57/75, resultando cualitativamente mejor derecho que este último. Dicho esto, y en función de los argumentos en los que la patronal fundamentó y definió su pretensión declarativa de certeza, cabe establecer que: El derecho de naturaleza salarial denominado "suplemento 2/7" abonado hasta marzo del 2005, consiste en el pago de un adicional -gratificación- calculada en la forma determinada en el párrafo 1º del Considerando VII de la presente, derecho laboral que reconoce como fuente causal y de regulación la voluntad del empleador y

los usos de la empresa (art. 1 LCT). Ese concepto remunerativo incorporado al núcleo estructural del contrato de trabajo dejó de abonarse conforme a derecho en los términos antes señalados, a partir de abril de 2005, por cuanto para su pago, comenzó a requerirse al personal de conducción P7, de modo excluyente, la comprobación del cumplimiento de una jornada mayor a la fijada en el art. 8 del CCT 57/75. Dicha modificación importó variación unilateral del salario -contenido estructural del contrato de trabajo (art. 21 LCT)- en perjuicio del trabajador, incurriendo así en violación del art. 66 de la LCT que fija los límites dentro de los cuales el empleador puede modificar el contenido o las modalidades del contrato de trabajo. En efecto, dicha modificación no se encuentra comprendida dentro del llamado *Ius Variandi* (facultad del empleador de modificar unilateralmente los contenidos de la relación laboral), por cuanto el salario en tanto elemento sustancial y constitutivo del contrato de trabajo, no puede ser variado por decisión unilateral del empleador en perjuicio del trabajador, atento que desnaturaliza la vinculación existente entre las partes. El derecho a modificar (art. 66 LCT) "consagra el principio de indemnidad que se apoya en tres elementos esenciales cuales son la razonabilidad de la decisión patronal, la alteración no sustancial de los términos de ejecución contractual y la ausencia de daño al trabajador, sean de tipo moral o material, que necesariamente han de confluir en la decisión modificatoria para que sea legítima, de modo que la ausencia de cualquiera de ellos pondrá en evidencia la incompatibilidad de la medida con el ordenamiento legal" (OJEDA, Raúl Horacio - Ley de Contrato de Trabajo Comentada y Anotada - Edic. 2011 - Segunda actualizada - Tomo I - p. 43). Por otro lado, y sin perjuicio de lo hasta aquí concluido, no es en vano recordar que el desconocimiento de la ley (CCT 57/75 y Acta de Acuerdo Nacional celebrada entre FE.N.T.O.S. y Obras Sanitarias de la Nación) no puede ser invocado como excusa o justificativo para haber adoptado la decisión de dejar de abonar en la forma que se lo hacía, el "suplemento 2/7", por cuanto, la alegación de ignorancia de la ley -a la luz del nuevo Cód. Civil y Comercial (art. 8) (al igual que el anterior)- es inexcusable. A mas de ello, en el caso en particular y como se señalara, se está frente a derechos distintos, por lo cual, el desconocimiento del uno, no comprende ni conlleva el del otro, respecto del cual, la parte tampoco alegó ni invocó circunstancia o hecho alguno que se traduzca en la existencia de un posible vicio en la voluntad (error de hecho) que pudiere dar lugar a concluir que el pago del suplemento o adicional que se abonó hasta marzo de 2005, haya sido producto o consecuencia de dicho supuesto. Por lo expuesto, y oído que fuere el Sr Fiscal General. Voto por: I) Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs 864/869 por el apoderado de la actora Aguas de Santiago S.A. II) En su mérito confirmar la resolución de la Excma. Cámara de Apelaciones del Trabajo y Minas de Primera Nominación de fecha 14 de Noviembre de 2013, obrante a fs. 853/858. III) Con costas. El Dr. Suárez dijo: Que comparte los argumentos esgrimidos por el Vocal preopinante, Dr. Gustavo Adolfo Herrera, emitiendo su voto en idéntico sentido. En mérito al resultado de la votación que antecede, la Sala Criminal, Laboral y Minas del Excmo. Superior Tribunal de Justicia, resuelve: I) Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs 864/869 por el apoderado de la actora Aguas de Santiago S.A. II) En su mérito confirmar la resolución de la Excma. Cámara de Apelaciones del Trabajo y Minas de Primera Nominación de fecha 14 de Noviembre de 2013, obrante a fs. 853/858. III) Con costas. Protocolícese, expídase copia para agregar a autos, hágase saber y oportunamente archívese. Eduardo J. R. Llugdar. Gustavo A. Herrera. Armando L. Suárez.

029524E