

En la ciudad de San Carlos de Bariloche, Provincia de Río Negro, a los 31 días del mes de octubre de 2005, reunidos en Acuerdo los Sres. Jueces de esta Cámara del Trabajo de la IIIa. Circunscripción Judicial, Dres. Ariel Asuad y Carlos María Salaberry y Juan Alberto Lagomarsino, luego de haberse impuesto individualmente de esta causa caratulada: "TRICOLI, Liliana Laura y Otros C/ ENTRETENIMIENTOS PATAGONIA S.A. S/ Sumario", Exp. N° 17902/05, iniciado el 27-06-2005, y discutir la temática del fallo a dictar -de todo lo cual certifica el Actuario-, los señores jueces emitieron su voto en el orden establecido en el sorteo practicado a fs. 64vta., respecto de la siguiente cuestión a resolver: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? .- - - - -

- - - Practicado el sorteo, el orden de votación resultó ser el siguiente: primer votante, Dr. Juan A. Lagomarsino; segundo votante Dr. Ariel Asuad, y tercer votante, Dr. Carlos M. Salaberry.- - - - -

- - - A la cuestión planteada, el Dr. Juan A. Lagomarsino dijo: - - - - -

- - - I.- Antecedentes.- - - - -

- - - Liliana Laura Tricoli y otros interpusieron demanda contra Entretenimientos Patagonia SA reclamando el pago de diferencias salariales provenientes de no haberse incorporado a su sueldo básico los importes previstos en el decreto 392/03.- - - - -

- - - Entretenimientos Patagonia contestó demanda sosteniendo que pagó los importes establecidos en el decreto como una liberalidad pero no estaba obligada a hacerlo porque la citada norma se aplica a “los trabajadores del sector privado comprendidos en el régimen de negociación colectiva” y la actividad de casinos no se encuentra comprendida por ninguna convención colectiva. Plantea también la inconstitucionalidad del decreto y la falta de legitimación activa de Cintia Márquez porque suscribió un acuerdo conciliatorio pactando que “nada más adeudará el demandado a la actora por ningún concepto derivado de la relación laboral.” - - - - -

- - - Celebrada la audiencia de conciliación se declaró la causa de puro derecho, corriéndose nuevo traslado que fue contestado por las partes y con la providencia de fs. 64 quedaron las presentes actuaciones en condiciones de recibir sentencia.- - - - -

- - - II.- Los hechos.- - - - -

- - - De los escritos de demanda y su contestación surge que los actores trabajan para la demandada en el establecimiento del casino en esta ciudad.- - - - -

- - - La empleadora pagó el monto dispuesto por el decreto 1273/02 pero no cumplió con lo normado en el decreto 392/03 en cuanto disponía su incorporación al sueldo

básico progresivamente, en 8 cuotas mensuales de \$ 28 cada una.-----
--- Conforme al texto de la norma, cada \$ 28 que se incorporan al básico se descuentan de la asignación remunerativa, de modo que no produce otro perjuicio económico a la empresa que su proyección sobre el presentismo, equivalente a \$ 5,60 que incrementan la remuneración de cada trabajador; al mes siguiente se incorporan otros \$ 28, que también se descuentan de la asignación remunerativa y la remuneración del empleado se incrementa en otros \$ 5,60; y así, sucesivamente.----- III.- La decisión.-----

--- Pues bien, cuando el decreto 392/03 establece que se aplica a todos los trabajadores comprendidos en el régimen de Convenciones Colectivas de Trabajo se coloca en el ámbito de aplicación de la Ley de Contrato de Trabajo utilizando similar terminología y criterio que el usado por el art. 2do. de la Ley, conforme al cual su régimen se aplica a todo el trabajo dependiente salvo a “los dependientes de la Administración Pública Nacional, Provincial o Municipal, excepto que por acto expreso se los incluya en la misma o en el régimen de las convenciones colectivas de trabajo, a los trabajadores del servicio doméstico y a los trabajadores agrarios”.-----
--- En este sentido, debe recordarse, que es criterio para la aplicación de las normas interpretarlas integradas a todo el ordenamiento jurídico y no aisladas o sacadas de su contexto.-----
--- Por eso, en el caso que nos ocupa, debe interpretarse el sentido del texto del decreto integrándolo al ordenamiento laboral al que pertenece, y no extirparlo del mismo.-----

--- En este sentido, admitir la interpretación propuesta por la demandada exigiría explicar por qué el legislador pudo haber querido eximir del pago a las empresas destinadas al juego de casino, y a sus trabajadores de la protección adoptada para afrontar la emergencia económica.-----
--- Explica Grisolia que “... el sujeto obligado al pago de este incremento remuneratorio es el empleador. En lo que respecta a los sujetos que deben recibir el pago, el art. 1 decreto 392/2003 se refiere concretamente a "los trabajadores del sector privado, en relación de dependencia, comprendidos en el régimen de negociación colectiva, en los términos de la ley 14250 y sus modificatorias". Esto se encuentra corroborado por el art. 1 de la resolución ST. 64/2003 (B.O. del 29/7/2003), que reitera los términos del artículo antes señalado. Esta expresión (salvo "y sus modificatorias") ya había sido incorporada por el art. 1 inc. a de la resolución ST. 169/2002 y es más

amplia que la prevista originalmente en el decreto 1273/2002 (LA 2002-C-3397) ("trabajadores del sector privado que se encuentren comprendidos en los convenios colectivos de trabajo"), por lo cual no sólo incluye a los trabajadores comprendidos en un convenio colectivo de trabajo, sino también a todos los trabajadores susceptibles de lograr, por vía de sus representantes gremiales, un acuerdo colectivo de trabajo en los términos de la ley 14250 (ALJA 1853-958-1-560) de Negociación Colectiva, aun cuando actualmente carezcan de un convenio por no haberlo celebrado, por haber caducado el oportunamente convenido o por haber sido excluidos del existente. Sólo quedaría fuera de este ámbito de aplicación el personal superior no representado por organizaciones sindicales, es decir, aquellos dependientes que ni siquiera potencialmente podrían obtener un convenio colectivo, generalmente beneficiarios de las retribuciones más altas de la pirámide salarial. (Lexis N° 0003/400161).- - - - -

- - - También debe descartarse la inconstitucionalidad propuesta.- - - - -

- - - De todos los decretos dictados por razones de necesidad y urgencia, pocos como éstos, revisten necesidad y urgencia tan evidente, tan elocuente por sí misma, que justifica la intervención del Poder Ejecutivo para afrontar una situación insostenible para los trabajadores.- - - - -

- - - En efecto, la emergencia social producida con posterioridad al cambio del valor monetario produjo un inmediato y significativo aumento del costo de la vida y consecuentemente del poder adquisitivo del salario. Razón por la cual se requería urgentemente producir un aumento en los salarios que lograrse paliar, aunque más no fuera mínimamente, la desproporción entre las prestaciones de modo que los sectores de poder adquisitivo más bajo pudiesen afrontar el costo de la canasta familiar.- - - -

- - - Convocar a la celebración de convenciones colectivas acarrea un procedimiento de consenso ineficaz para la emergencia, del mismo modo que incluso el procedimiento legislativo.- - - - -

- - - Razones por las cuales, me expido en favor de la constitucionalidad de los decretos de necesidad y urgencia que establecieron incrementos salariales.- - - - -

- - - Costas a la condenada vencida.- - - - -

- - - Mi voto.- - - - -

- - - A la misma cuestión planteada, el Dr. Ariel Asuad dijo: - - - - -

- - - Adhiero al voto que antecede.- - - - -

- - - A igual cuestión, el Dr. Carlos M. Salaberry dijo: - - - - -

- - - Este Tribunal acaba de dictar sentencia en la causa "NECULMAN, Aide C/

EMPRESA DE SERVICIO DE LIMPIEZA RON S.R.L. y Otro S/ Sumario”, (Exp. N° 17676/05), donde sostuve al votar en primer término que el Decreto Ley 392/03, en su artículo primero "dispone claramente un incremento -a partir del 1 de julio de 2003- de "la remuneración básica, a todos los efectos legales y convencionales, de los trabajadores del sector privado, en relación de dependencia, comprendidos en el régimen de negociación colectiva, en los términos de la Ley N 14.250 y sus modificatorias, en la suma de PESOS VEINTIOCHO (\$ 28.-) por mes, durante el lapso de OCHO (8) meses, hasta adicionar a su remuneración vigente al 30 de junio de 2003, un importe total de PESOS DOSCIENTOS VEINTICUATRO (\$ 224.-)".- - - - -

- - - En idéntico sentido se expresó la CNTRAB (“Basso Paula Marina c/ Sena & Berton Moreno Soc. Civil y otros s/despido” -27/09/2005-) “Todo trabajador en relación de dependencia se encuentra comprendido dentro del régimen de negociación colectiva establecido por la ley 14250, independientemente de que se encuentre o no se encuentre expresamente amparado por una convención colectiva de trabajo y, en consecuencia, también está incluido en los decretos que dispusieron el pago de las asignaciones no remunerativas.” - - - - -

- - - “La sucesión normativa convalida la aplicabilidad de los decretos dictados por el Poder Ejecutivo Nacional que dispusieron el pago de asignaciones no remunerativas a todos los trabajadores en relación de dependencia, comprendidos o no en un convenio colectivo de trabajo (excluidos únicamente los expresamente enunciados). Es preciso reconocer que las últimas redacciones subsanaron la deficiente redacción del decreto 1273/02 que requirió del dictado de normas reglamentarias y aclaratorias ante sus diversas interpretaciones.” - - - - -

- - - También en la oportunidad señalada expresé que "Podrá discutirse o no la constitucionalidad de la norma, pero lo cierto es que no admite ninguna interpretación contraria a la de su expresión gramatical. Tanto que el art. 5, en su segundo párrafo, ratifica la decisión de aumentar los básicos de convenio al disponer que "los empleadores deberán abonar a los trabajadores ingresados con posterioridad al 1 de julio de 2003, una remuneración equivalente a la percibida por un trabajador, ingresado con anterioridad a la vigencia del Decreto N 905/03, que realice igual tarea a las órdenes de dicho empleador".- - - - -

- - - Dejando a salvo entonces la interpretación que merece la norma en crisis y su alcance, como acertadamente lo proponen mis colegas preopinantes, corresponde analizar como segunda cuestión el planteo de inconstitucionalidad del Decreto 392/03.

Recientemente, en autos "COOPSER c/ P.E.N. y otro s/ Amparo" (Sentencia Número 384/05, del 03/10/2005, publicado en el Dial.com del 13 de Octubre de 2005), la CAMARA FEDERAL DE APELACIONES DE ROSARIO trató una cuestión con idéntico planteo argumental al que desarrolla el demandado al fundar la inconstitucionalidad. -

- - - Habida cuenta de la claridad conceptual estimo oportuno su transcripción casi integral: - - - - -

La Dra. Liliana Arribillaga dijo:

Vienen los autos a conocimiento del Tribunal con motivo del recurso de apelación interpuesto por la demandada (fs. 139/150) contra la resolución n° 224 del 21 de abril de 2005, en cuanto declara la inconstitucionalidad del Dec. 392/03 y la Res. 64/03 del Ministerio de Trabajo; hace lugar a la acción de amparo disponiendo que tales normativas son inoponibles a la parte actora, con costas a la demandada (fs. 133/137).-
.....

Y CONSIDERANDO, que:

1.- Se agravia la demandada, en primer término, porque entiende que es improcedente la vía elegida por la contraria, desde que no se advierte en el Dec. 392/03 arbitrariedad o ilegalidad manifiestas y, además, se requiere para la declaración de inconstitucionalidad perseguida, mayor amplitud de debate y prueba.-

Que el nuevo art. 43 de la Constitución Nacional no () ha modificado la situación del amparo, resultando incuestionable la premisa antedicha a los fines de acreditar la existencia de arbitrariedad o ilegalidad invocadas.-

Considera que el acogimiento de la acción intentada comprometería el desenvolvimiento de actividades esenciales del Estado, de la política social implementada por el Poder Ejecutivo Nacional en orden a ala delegación establecida en el art. 1° de la Ley 25.561 (de Emergencia Pública y de Reforma del Régimen Cambiario), lo que implicaría la intromisión del Poder Judicial en facultades propias del Poder Ejecutivo, siendo que en forma reiterada la jurisprudencia ha sostenido que las razones de mérito, oportunidad y conveniencia

no son, en principio, justiciables.-

Que en el presente, surge nítida la inadmisibilidad del amparo por afectar el desenvolvimiento de las actividades esenciales del Estado, cual es la implementación de políticas sociales ante la emergencia.-

Que en el caso de los actos de gobierno, que gozan de presunción de legitimidad y su consecuente ejecutoriedad, la arbitrariedad o ilegalidad deben ser manifiestas, de ahí la mayor estrictez que debe guiar la apreciación de admisibilidad.-

Que ninguna norma prohíbe la fijación de una asignación remunerativa de carácter alimentario como la dispuesta por el Dec. 392/03, el que se dictó a fin de tomar medidas urgentes para paliar las vicisitudes de los sectores asalariados más castigados, adoptando la medida dispuesta de carácter remuneratorio, secuenciado, escalonado de julio a febrero de 2004, a fin de garantizar la subsistencia de los trabajadores.-

Que tal normativa fue dictada por las facultades conferidas por la Constitución Nacional al Poder Ejecutivo en su art. 99 inc. 3°, siendo, además, plenamente coherente con la declaración de emergencia pública dispuesta por el art. 1° de la ley 25.561. Que los tiempos del trámite legislativo ordinario hubieran impedido poner en vigencia a la brevedad los fines perseguidos por ésta última ley.-

Que la falta de creación de la Comisión Bicameral Permanente y la inexistencia de la ley que debe regular el trámite y los alcances de la intervención del Congreso, no implica que éste haya perdido la facultad de controlar la concurrencia de las circunstancias justificantes del ejercicio por parte del Poder Ejecutivo de las facultades excepcionales otorgadas por el inc. 3 del art. 99 de la Constitución Nacional; o bien derogar, coincidir o sustituir las medidas adoptadas por el Poder Ejecutivo en los términos del art. 75 de la Constitución Nacional. Recalca, asimismo, el control de constitucionalidad y razonabilidad de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Que el criterio del Congreso debe ser expresado en

forma, y hasta tanto ello no suceda el decreto mantiene plena vigencia teniendo en cuenta la inexistencia de la Comisión antedicha.-

Se agravia por entender que la declaración de inconstitucionalidad de las normas atacadas es meramente enunciativa, en tanto no se señalan los supuestos perjuicios que la misma irrogaría. Manifiesta que el amparo es inadmisibile cuando afecta el desenvolvimiento de las actividades esenciales del Estado (art. 2 inc. c) de la ley 16.986). En cuanto a la ilegitimidad es menester que la misma sea de una entidad tal que resulta inapropiado discutirlo por vía del amparo, teniendo en cuenta el trámite breve que el mismo supone.- Realiza consideraciones sobre la verosimilitud del derecho invocado.-

2.- Entiendo que no asiste razón al apelante, y que, consecuentemente, debe confirmarse la sentencia recurrida.-

En relación al cuestionamiento sobre la vía elegida, en términos generales, ésta resulta adecuada para resolver sobre la inconstitucionalidad de las normas planteada y, en particular, el argumento de la necesidad de mayor debate y prueba a la que alude el apelante no puede así afirmarse en tanto surge de la propia causa la producción de la pericial contable como suficiente para avalar los extremos afirmados en la demanda y la recurrente consintió tal producción.-

3.- Respecto del planteo de inconstitucionalidad del Decreto 392/03, la Constitución Nacional, en su art. 99 inc. 3 es clara en cuanto a que el Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso emitir disposiciones de carácter legislativo, salvo cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la misma para la sanción de las leyes y bajo ciertas condiciones y límites que ésta impone.-

Asimismo, dispone que se someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, la cual no fue aún creada.-

Tal omisión no implica que el Poder Ejecutivo esté autorizado a recurrir a los decretos de necesidad y urgencia en forma

indiscriminada, en tanto se estaría desvirtuando el límite impuesto por la reforma de 1994.-

En el caso a estudio, no se dieron en el dictado del decreto cuestionado los requisitos necesarios para la convalidación: "El camino que la Constitución impone transitar al Poder Ejecutivo para legitimar su actuar cuando recurre a la figura del decreto de necesidad y urgencia, impone satisfacer, de manera esencial, exigencias materiales ineludibles. Primeramente aparecen tres inevitables: 1) que concurran circunstancias excepcionales; 2) que sea imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la C.N. para la sanción de leyes; 3) La existencia de la Comisión Bicameral Permanente. A dicha numeración cabría agregar otro tipo de recaudos que son producto inescindible de la materia en tratamiento: a) Que el Congreso se encuentre en receso, y b) Que la materia objeto del decreto de necesidad y urgencia no haya recibido tratamiento legislativo (del voto del Dr. Fernández) en autos "Alvarez, J.A. c/ P.E.N." CFSS, Sala II, sentencia N° 82.386, N° Expte. 45.269/00.- Asiste razón al sentenciante en cuanto afirma que al momento del dictado del decreto aquí cuestionado, el Congreso se encontraba en pleno período de sesiones ordinarias (julio de 2003, art. 63 CN);; y que regía en materia salarial para el sector privado el Decreto 905/03, el que, incrementaba las asignaciones, sin afectar el básico del convenio, siendo además de destacar la circunstancia de que el decreto instaba a negociación colectiva a fin de que las partes pudieran llegar a un acuerdo sobre la atribución a las asignaciones del carácter de remunerativas.-

Nada dice el apelante en relación a estos extremos afirmados en la sentencia y que resultan decisivos.-

No se presentan entonces en autos los requisitos necesarios para justificar el dictado del decreto cuestionado, de conformidad con las pautas en las que los enmarca la Constitución Nacional a los denominados "de necesidad y urgencia".-

.....

El Dr. Carlos F. Carrillo dijo que:

Con base en la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en su fallo del 7.12.04 en autos: "Leguizamón Romero, Abel y otra c/ INSSJP s/ ordinario" (L.1567. XXXVIII) adhiero a las conclusiones del voto de la Dra. Arribillaga, aunque sin compartir totalmente la cita que efectúa de una sentencia de la Cámara Federal de la Seguridad Social.-

Sólo corresponde agregar que el decreto 392/03 no justifica en sus considerandos las exigencias del art. 99 inc. 3 de la Constitución Nacional respecto al carácter excepcional de la situación ni a la imposibilidad de transitar los mecanismos legislativos normales, puesto que a tal efecto no puede reputarse suficiente la sola expresión de la existencia de circunstancias de tal carácter que hacen imposible seguir los trámites ordinarios previstos constitucionalmente para la formación y sanción de leyes ni la genérica alusión a la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria declarada mediante la ley 25.561. Menos aún cuando, como se destaca en el primer voto, el Congreso nacional se hallaba en pleno período ordinario de sesiones y el Decreto 905/03 instaba a las partes a negociar colectivamente con el objeto de llegar a un acuerdo sobre la atribución de carácter remunerativo a las asignaciones en cuestión.-

- - - En definitiva, la norma en crisis estableció, de manera escalonada y progresiva, que la asignación alimentaria otorgada por los Decretos N 2641/02 y N 905/03 adquiera carácter remunerativo y permanente, integrando a todos los efectos legales y convencionales, la remuneración del trabajador, conduciendo de ese modo a un sinceramiento salarial.- - - - -

- - - Esto no implicaba directa e inmediatamente un aumento de la remuneración de manera significativa como para acudir a la excepción legislativa.- - - - -

- - - Sin perjuicio de ello, al cabo de los 12 meses debió generar desequilibrios evidentes, en tanto existen salarios convencionales que tienen un básico con escasos o un único adicional, como puede ser la antigüedad, y otros, que -además- prevén numerosos adicionales, como pueden ser: presentismo, caja, productividad y, como es habitual en la región, el de zona. Provocando de tal manera mayores aumentos en estos últimos, en desmedro de los primeros, sin tener en cuenta el tipo de actividad y

rentabilidad empresarial.- - - - -

- - - Por irritante o incómodo que resulte desbaratar las legítimas expectativas de los trabajadores, estimo que existen valores superiores que deben ser atendidos con prioridad.- - - - -

- - - Si no resulta lícito operar en contra de la ley sustancial, justamente porque ella existe para ser cumplida y no para ser desobedecida, con mayor razón se debe el respeto a la normativa constitucional que -como en el caso- prevé una excepción al principio establecido para el dictado de las leyes, pilar de la división de poderes y del sistema democrático. Y es esta última razón la que exige un mayor y estricto control jurisdiccional.- - - - -

- - - En virtud de ello sostengo que las disposiciones del Decreto 392/03 deben ser declaradas inconstitucionales.- - - - -

- - - Mi voto.- - - - -

- - - Por todo lo expuesto, la Cámara del Trabajo de la IIIa. Circunscripción Judicial -

- - - RESUELVE: - - - - -

- - - I) DECLARAR la constitucionalidad de los decretos de necesidad y urgencia que establecieron incrementos salariales.- En consecuencia condenar a Entretenimientos Patagonia S.A. a abonar a los actores las diferencias salariales correspondientes, conforme liquidación que se practicará en la etapa de ejecución.- - - - -

- - - II) COSTAS a la condenada vencida.- - - - -

- - - III) DIFERIR la regulación de honorarios hasta que exista base para ello.- - - - -

- - - IV) REGISTRESE, protocolícese, notifíquese y oportunamente archívese.-

CARLOS M. SALABERRY ARIEL ASUAD JUAN A. LAGOMARSINO
Juez de Cámara Presidente Juez de Cámara