Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO - SALA VIII

Expte. Nº 17507/2020

JUZGADO Nº 28.-

AUTOS: "GALVAN MAIRA AILEN C/ BURGER NY SRL S/ MEDIDA CAUTELAR"

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los 06 días del mes de noviembre de 2020, se reúnen en acuerdo los jueces de la Sala VIII de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo para resolver la causa del epígrafe, y, de acuerdo con el resultado del sorteo realizado, proceden a votar en el siguiente orden:

LA DOCTORA MARÍA DORA GONZALEZ DIJO:

I.- Llegan las presentes actuaciones para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada mediante presentación digital -que mereciera réplica de la contraria - contra la decisión de grado de fecha 3/09/2020 que hizo lugar a la medida cautelar peticionada por la actora.

II.- De la lectura digital de las constancias de la causa, surge que la Sra. Galván solicita una medida medida cautelar autosatisfactiva a fin de que se declare la nulidad del despido incoado por su empleadora, se proceda a efectivizar la reinstalación en su puesto de trabajo, con más el pago de los salarios adeudados desde el mes de marzo, devengados y/o por devengarse, hasta la efectivización de la medida y por haberse producido durante la vigencia del DNU Nro. 329/2020 y sus prorrogas.

La Sra. Juez de grado mediante resolución de fecha 3/09/2020 admitió la pretensión solicitada y ordenó la reincorporación de la actora en su situación de revista y el pago de los haberes que hubiere dejado de percibir hasta el agotamiento de las medidas dispuestas por el decreto citado en el párrafo anterior. Para así decidir, ponderó que el distracto se produjo durante la vigencia temporal del DNU Nº 329/20 y sus prórrogas, que prohíbe los despidos sin causa (CD del **16/04/2020**); la falta de percepción del salario por parte de reclamante que no tiene consonancia con lo dispuesto por los Dec. 297/2020 y 329/2020 y que las distintas normativas dictadas por el PEN frente al estado de emergencia sanitaria mundial, no efectúa distinción alguna respecto de la facultad extintiva, todo lo

cual tornan viable la medida cautelar que ordena. Y, contra dicha resolución se alza la demandada y llega a conocimiento de este Tribunal.

En la especie, de las manifestaciones vertidas por la actora en el escrito inaugural como de los agravios vertidos por la quejosa en el memorial recursivo surge que las cuestiones debatidas en la causa giran en torno a la extinción decidida unilateralmente por la empleadora en los términos del art. 92 bis de la LCT (cfr. CD del **13/04/2020**, aportados digitalmente).

Sobre esta cuestión, se expidió recientemente esta Sala con voto mayoritario -en un caso de aristas similares al presente- en el sentido que *"... la extinción decidida unilateralmente por el empleador, no se asimila al despido incausado. En efecto, se trata de un modo de extinción autónomo que se configura por la operatividad del plazo suspensivo, cierto y determinado por el art. 92 bis LCT..."* (*in re "MUÑIZ CARLOS GABRIEL C/ SEGURIDAD INTEGRAL EMPRESARIA S.A. S/ MEDIDA CAUTELAR", Expte. Nro. 10818/2020, Sentencia del 12/08/2020*, entre otros).

En el caso, la estabilidad reforzada otorgada por el DNU Nº 329/20 (y sus sucesivas prórrogas) no había sido adquirida por la reclamante porque no llegó a cumplir el plazo señalado por el art. 92 bis LCT, circunstancias que surgen invariablemente del relato inicial y de la documental digitalizada que se tiene a la vista (fecha de ingreso 21/02/2020 y egreso 16/04/2020).

Dicho esto, cabe reseñar que el art. 2 del DNU Nº 329 dispone *"Prohíbanse los despidos sin justa causa y por las causales de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor por el plazo de SESENTA (60) días contados a partir de la publicación del presente decreto en el Boletín Oficial"*. Es decir, que la norma excepcional veda de manera taxativa la posibilidad de extinguir el vínculo laboral en virtud del contexto de pandemia por el COVID 19 -que transita nuestro país y el mundo entero- y se refiere al ilícito contractual como consecuencia del despido arbitrario y cuya sanción conlleva a la indemnización prevista en el art. 245 LCT, estableciendo una estabilidad absoluta en el empleo por el tiempo que dure la vigencia del decreto y sus prórrogas. Sin embargo, la norma no prevé otros supuestos legales tanto extintivos como de condición temporal, tal es el caso del supuesto de extinción del contrato notificado durante el período de prueba sin expresión de causa y sin derecho a indemnización pero con obligación de preavisar según lo establecido en los arts. 231 y 232 de la LCT (art. 92 bis ya cit), como sucede en el presente. Al respecto, cabe señalar que el instituto del período de prueba que supone a todo contrato de

duración indefinida como celebrado a prueba por los tres primeros meses, es aquél establecido por el legislador a los fines de satisfacer las expectativas que cada una de las partes pusieron en su relación y que implica que el trabajador pueda acceder al estándar de protección establecido para el ámbito privado por la normativa vigente. Por su parte, en cuanto al carácter alimentario de la remuneración mensual, no basta para obviar el tratamiento de otras facetas que resultan determinantes para la consideración de una medida de carácter innovativa (CSJN, doct. Fallos 316:1833), tal como acontece en el caso, por lo que tampoco se patentiza el requisito de peligro en la demora (cfr. criterio adoptado en *"MUÑIZ CARLOS GABRIEL C/ SEGURIDAD INTEGRAL EMPRESARIA S.A.",* ya cit).

En este orden, como lo ha expresado el ex Fiscal General ante la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Dr. Álvarez, en casos de aristas similares donde se peticionan este tipo de medidas y con criterio que comparto, "*las pretensiones innovativas que agotan el interés jurisdiccional en su dictado, exigen una muy intensa acreditación del derecho que le da sustento y deben ser analizadas con criterio restrictivo, en particular si se tiene en cuenta que implican la imposición de una conducta que debería ser, en principio, el resultado de un proceso jurisdiccional pleno" (ver entre otros Dictamen Nº 39129 del 15/10/04 y 47157 del 30/10/08).*

III.- Conforme lo expuesto, propongo en este voto: Admitir los agravios vertidos por la demandada y dejar sin efecto la resolución recurrida, sin que ello implique sentar posición acerca de lo acontecido y sin perjuicio de lo que pudiera llegar a decidirse de variar las pruebas y las constancias de la causa, en una temática que, por su esencia, no causa estado, con costas en el orden causado atento las particularidades de la cuestión sometida a decisión (art. 68 CPCCN).

EL DR. VICTOR ARTURO PESINO dijo:

Discrepo del voto de mi colega preopinante respecto del criterio en torno al art. 92 bis LCT.

Las razones que llevaron al Poder Ejecutivo a dictar el Decreto de Necesidad y Urgencia 329/90, fueron, entre otras, que la "…crisis excepcional conlleva la necesidad de adoptar medidas… asegurando a los trabajadores y a las trabajadoras que esta situación de emergencia no les hará perder sus puestos de trabajo, ya que el desempleo conlleva a la marginalidad de la población".

"Que en el marco de las obligaciones asumidas por la República Argentina en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y con el objetivo de preservar la paz social, corresponde adoptar medidas transitorias, proporcionadas y razonables, con el fin de garantizar el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante su trabajo, que le asegure condiciones de existencia dignas para ellas y para sus familias".

"Que, a su vez, el artículo 14 bis de la Constitución Nacional impone una protección específica al trabajo en sus diversas formas y en la coyuntura, deviene indispensable la preservación de los puestos de trabajo".

"Que la Organización Internacional del Trabajo, el 23 de marzo de 2020, ha emitido un documento "Las normas de la OIT y el Covid 19 (Coronavirus)" que revela la preocupación mundial y alude a la necesidad de que los gobiernos implementen medidas dirigidas a paliar los efectos nocivos en el mundo del trabajo, en particular en lo referido a la conservación de los puestos de labor y en tal sentido recuerda la importancia de tener presente la Recomendación 166, que subraya "que todas las partes interesadas deberían tratar de evitar o limitar en todo lo posible la terminación de la relación de trabajo por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos, sin perjuicio para el funcionamiento eficaz de la empresa, establecimiento o servicio, y esforzarse por atenuar las consecuencias adversas de toda terminación de la relación de trabajo por estos motivos, para el trabajador o trabajadores interesados.".

"Que una situación de crisis … autoriza a colegir que cabe atender el principio establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en "Aquino", Fallos 327:3753, considerando 3, en orden a considerar al trabajador o trabajadora como sujetos de preferente tutela, por imperio de lo ordenado por la Constitución Nacional."

"Que con arreglo a dichas pautas, resulta imprescindible habilitar mecanismos que resguarden la seguridad de ingresos de los trabajadores y trabajadoras, aun en la contingencia de no poder prestar servicios, sea en forma presencial o en modos alternativos previamente pactados.".

"Que, asimismo, resulta indispensable garantizar la conservación de los puestos de trabajo por un plazo razonable, en aras de preservar la paz social y que ello solo será posible si se transita la emergencia con un Diálogo Social en todos los niveles y no con medidas unilaterales, que no serán más que una forma de agravar en mayor medida los problemas que el aislamiento social, preventivo y obligatorio, procura remediar.".

En resumidas cuentas, lo que buscó el DNU aludido es preservar las fuentes de trabajo, con el fin de garantizar la paz social y como herramienta para mantener la dignidad de los trabajadores, sujetos de preferente tutela, ante la grave emergencia existente en materia de salud.

La herramienta elegida fue la prohibición de "los despidos sin justa causa".

El artículo 92 bis de la L.C.T. comienza diciendo que "El contrato de trabajo por tiempo indeterminado… se entenderá celebrado a prueba durante los primeros 3 meses de vigencia. **Cualquiera de las partes podrá extinguir la relación durante ese lapso sin expresión de causa,** sin derecho a indemnización con motivo de la extinción, pero con obligación de preavisar según lo establecido en los artículos 231 y 232".

Un viejo adagio latino dice que "ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus" y fue traído a colación por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al resolver la causa "SOLDATI SANTIAGO TOMAS (TF 17172-I) c/ DIRECCION GENERAL IMPOSITIVA" (Sentencia del 15/10/2013, con cita de Fallos 304:226), al sostener que es inaceptable el argumento que importa efectuar distinciones donde la norma no lo hace.

Pues bien, el DNU 329/2020 solo se refiere a los despidos "sin justa causa" y no hace ninguna distinción, fundada en la antigüedad de los trabajadores. En el régimen general se puede despedir, sin causa, tanto a una persona que está transitando el período de prueba, como el que tiene una cierta antigüedad, con la única diferencia de que, en el primer caso, no se generará, en favor del trabajador derecho a la indemnización del artículo 245 de la L.C.T.

Ello no puede hacer perder de vista que, en ambos casos, estamos frente a un despido sin causa.

Ahora bien, es cierto que, en los hechos, el de prueba funciona como un período durante el cual el empleador puede despedir sin derecho a indemnizar la

antigüedad (no así el preaviso, si no lo otorga) y que no es necesario para él invocar como causa que el trabajador no superó la "prueba".

Sin embargo, como sostiene Fernández Madrid (Ley de Contrato de Trabajo Comentada, T° II, pág. 1053, Erreius, 2018) "…el empleador debe evitar todo abuso de derecho… (y) el empresario debería tener en cuenta la finalidad del instituto", agregando que es el empleado "…quien debería acreditar que hubo abuso de derecho y se obró de mala fe, utilizando fraudulentamente el instituto del período de prueba".

Sin entrar a analizar esta cuestión, que realmente es de fondo, lo cierto es que, a mi modo de ver, excluir a los trabajadores de la protección que les brinda el Decreto 329/2020, por el solo hecho de no haber superado los tres meses, es una postura reduccionista que no tiene en cuenta el objetivo final, que es el de evitar dejar en el desamparo a los trabajadores y ello sin dejar de aclarar que el Estado contribuye al pago de sus remuneraciones a los efectos de minimizar lo máximo posible los efectos que la situación acarrea a los empleadores.

Parafraseando los términos usados por el Máximo Tribunal en el precedente citado, no se puede excluir a los despidos durante el período de prueba de la protección, sin efectuar una categorización que pueda dar sustento a aquella exclusión. Y, como dije, un despido sin causa durante el período de prueba, valga la redundancia, es un despido sin causa.

En el artículo 4, el Decreto 329/2020 establece que los despidos que se dispongan en violación de lo dispuesto en el artículo 2 y primer párrafo del artículo 3, no producirán efecto alguno, manteniéndose vigentes las relaciones laborales.

Esta disposición, a mi juicio, resulta suficiente para tener por configurada la verosimilitud en el derecho, resultando el peligro en la demora, de la circunstancia de que durante el tiempo que se prolongue el juicio el trabajador se verá privado de percibir sus remuneraciones, de neto carácter alimentario.

Por ello, soy de opinión que, cautelarmente, corresponde ordenar la reincorporación del actor a su puesto de trabajo con el cobro de los haberes que se vio impedido de percibir a raíz de la decisión de su empleadora.

Ello así porque, en mi criterio, la solicitada no constituye una medida autosatisfactiva, en tanto la pretensión no ha tenido en cuenta las diferentes cuestiones que podría plantear la accionada al momento de contestar el traslado que habrá de corrérsele y que no pueden considerarse alcanzadas por el análisis efectuado en los párrafos precedentes.

Expte. Nº 17507/2020

EL DR. LUIS ALBERTO CATARDO DIJO:

Por compartir sus fundamentos, adhiero al voto de la Dra. María Dora González.

IV.- Por ello, el **TRIBUNAL RESUELVE:**

1) Revocar la resolución recurrida.

2) Imponer las costas de Alzada por su orden.

3) Proceder a la remisión virtual de las actuaciones al Juzgado de origen.

Regístrese, notifíquese cúmplase con lo dispuesto en el artículo 4º de la Acordada de la C.S.J.N. Nº 15/13 del 21/05/13 y oportunamente devuélvase.-

Ante mí:

Xfb 11.08

MARÍA DORA GONZALEZ
JUEZ DE CAMARA

VICTOR A PESINO
JUEZ DE CAMARA

LUIS A CATARDO
JUEZ DE CAMARA

SANTIAGO DOCAMPO MIÑO
SECRETARIO