

CAMARA DE APELACIONES DEL TRABAJO SALA II

Av. Evangelina Botta de Nicolai s/n - Anexo I - Ciudad Judicial - Salta

.MDEL.2117848.

EXP 46699 / 20

A., R. G.C/ F. S.A. S/ MEDIDA AUTOSATISFACTIVA

_____Salta, 24 de julio de 2020. _____

_____AUTOS Y VISTOS: Estos autos caratulados: “A., R. G. C/F. S.A. S/MEDIDA AUTOSATISFACTIVA”, EXP-46699/20; originario del Juzgado de Primera Instancia del Trabajo N° 1, para resolver la apelación interpuesta a fs. 25/36, y _____

_____C O N S I D E R A N D O _____

_____ ***La Dra. Mirta Inés Regina dijo:*** _____

_____I. Suben estos autos a la Alzada, en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte actora a fs. 25/36, en contra de la sentencia dictada en primera instancia. _____

_____El primer agravio refiere a las críticas que hace a la sentencia de primera instancia, sobre todo a la frase que dice el a quo “no encuentro la casi certeza del planteo formulado en autos” que aunque dicho argumento contenga algún elemento que puede llevar a engaño si no se esta suficientemente atento, por lo tanto no serán válidas sus conclusiones. Cita doctrina. _____

_____Agrega que, el problema se presenta cuando, a pesar de lo citado, de manera absolutamente incongruente realiza una interpretación en contra del derecho que pretende aplicar, desconociendo la gravedad de la situación planteada en autos. _____

_____Insiste que, el hecho que el sentenciante “no encuentre” los elementos para la procedencia de la medida solicitada en autos, es porque no buscó apropiadamente, o lo hizo cegado de la realidad, porque en el marco señalado, donde claramente el DNU 329/20 prohíbe los despidos (todos), el peligro inminente de sufrir un daño irreparable puede advertirse por el carácter

definitivo de la decisión rupturista patronal. _____

____ Segundo agravio, refiere a la expresión del a quo “en esta línea de análisis cabe señalar además que el período de prueba no es una modalidad contractual autónoma, sino mas bien una especie de tiempo de carencia respecto del derecho de estabilidad y del goce pleno de las normas protectorias que corresponden a vínculo con plazo indefinido...”, indica que, la sentencia extravió el camino para el análisis de la medida solicitada, y se fue para un lado que ni siquiera resulta demasiado claro. Cita doctrina. _____

____ Expresa que, la realidad es que en virtud del art. 90 LCT, y como una cuestión básica y elemental, se tiene que saber que el contrato de trabajo siempre se entiende celebrado por tiempo indefinido (salvo las dos circunstancias mencionadas en el mismo artículo que no aplican al caso). _____

____ Aclara que, el contrato que tenía el actor es un contrato de tiempo indeterminado, y que el goce de los derechos y garantías protectorias era pleno, no existe una carencia del goce pleno de las normas protectorias. Afirmar eso es una falsedad absoluta. _____

____ Continúa diciendo que con el análisis de los fundamentos de la sentencia, también afirma, luego de reiterar que el trabajador durante el período de prueba carece de estabilidad (lo que es correcto, porque todos los contratos laborales carecen de estabilidad), que el art. 92 bis de la LCT prescribe que cualquiera de las partes podrá extinguir la relación sin expresión de causa. _____

____ Indica que, ciertamente el DNU 329/2020 no deroga el art. 92bis, como así tampoco deroga el 218, 219, 220, 221, 222, 223, 245, 247 entre otros, porque tampoco no lo ha expresado así la norma, también es cierto que lo establecido por el decreto, está vigente en virtud de la crisis sanitaria que el a quo menciona y reconoce. _____

____ Tercer agravio, manifiesta que el a quo desconoce que la norma que rige un contrato de trabajo al momento de la celebración, puede diferir a la vigente a la fecha de la extinción. Si fuera cierto lo que el a quo concluye (contra todo el derecho positivo), para despedir un trabajador que ingreso en el año 1980, el empleado debería remitirse a la normativa vigente al momento de la

celebración, tampoco la doble indemnización del decreto 34/19, sería viable para los contratos celebrados anteriores a su dictado. _____

_____En conclusión, al trabajador lo despiden estando prohibido ese acto, luego emplazó fehacientemente a la empleadora para que lo restituya a su puesto, en forma inmediata recurrió al órgano jurisdiccional laboral competente, por lo que al día de la fecha, en medio de la pandemia y crisis ocupacional de público y notorio, sigue sin poder procurarse el sustento para el y su familia. _____

_____Hace reserva del caso federal. _____

_____A fs. 45 se llaman autos para resolver, providencia que se encuentra firme y consentida. _____

_____II Los agravios del apelante cuestionan la fundamentación dada por el Sentenciante para el rechazo de la medida intentada. _____

_____Sostiene que los contratos se celebran por tiempo indeterminado según el art. 90 LCT, y que el actor tenía todas las garantías y derechos plenos protectorios sin ninguna carencia. _____

_____Considera que el DNU 329/2020 no deroga el art.92 bis, tampoco lo hace respecto a los arts. 218, 220, 222, 245, 247 entre otros, teniendo vigencia en virtud de la crisis sanitaria que el a quo menciona y reconoce. _____

_____En primer lugar cabe señalar que el D.N.U., N° 329/2020 destaca en sus considerandos que “Que por la Ley N° 27541 se declaró la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social. Que la crisis económica en que se encontraba el país se vio agravada por el brote del nuevo Coronavirus, que diera lugar a la declaración de pandemia por COVID -19, por parte de la ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS). _____

_____Que en dicho contexto, se dictó el Decreto N° 260/20 por el que se amplió la emergencia pública en materia sanitaria establecida por la citada ley, por el plazo de UN (1) año a partir de la entrada en vigencia del mencionado decreto, con el fin de preservar la salud de la población. _____

_____Que con el objeto de atemperar el efecto devastador de dicha pandemia

observado a nivel mundial y con el objeto de salvaguardar el derecho colectivo a la salud pública y los derechos subjetivos esenciales a la vida y a la integridad física, se dictó el Decreto N° 297/20 por el que se dispuso el “aislamiento social, preventivo y obligatorio” de la población. _____

_____ Que dicha medida impacta directamente sobre la actividad económica del país y en el sistema de producción de bienes y servicios, cuestión que ha sido considerada por este Gobierno conforme lo dispuesto en los decretos dictados en el día de la fecha, en forma concomitante con el presente, como el que dispone la constitución de un Fondo de Afectación Específica en el marco de la Ley N° 25300 y sus modificatorias, Fondo de Garantías Argentino (FoGAR), con el objeto de otorgar garantías para facilitar el acceso por parte de las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas a préstamos para capital de trabajo y pago de salarios, y el decreto que crea el Programa de “Asistencia de Emergencia al Trabajo y la Producción” para empleadores y empleadoras y trabajadores y trabajadoras afectados por la emergencia sanitaria y la coyuntura económica; así como por el Decreto N° 316/20 que prorroga el Régimen de Regularización tributaria establecido en el último párrafo del artículo 8° de la Ley N° 2754 1, entre otras de las muchas normas ya dictadas.

_____ Que, en esta normativa se estableció una serie de medidas que tienen como objetivo ayudar a las empresas a sobrellevar los efectos de la emergencia entre ellas, la postergación o disminución de diversas obligaciones tributarias y de la seguridad social, la asistencia mediante programas específicos de transferencias de ingresos para contribuir al pago de los salarios y la modificación de procedimientos para el acceso a estos beneficios, en función de la gravedad de la situación del sector y del tamaño de la situación actual. _____

_____ En su artículo 2 el citado DNU prohíbe los despidos sin justa causa y por las causales de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor por el plazo de 60 días. _____

_____ Ahora bien, cabe determinar si el despido fue ajustado a derecho o no, puesto que se materializó dentro del período de prueba del trabajador. _____

_____La previsión del art. 92 bis es una norma de carácter general plasmada en la LCT, aplicable para todos los casos ocurridos en tiempos normales, mientras que el DNU 329/2020, con plena vigencia y jerarquía equivalente a las Leyes -conforme art. 17 de la Ley 26.122- califica como especial frente a la Ley de fondo, destinada a paliar los terribles efectos de la pandemia sobre el ya golpeado mercado de trabajo; y su finalidad no refiere a cuestiones sanitarias (generales), sino justamente a la protección del empleo en estas especiales condiciones que afectan al mundo del trabajo. _____

_____La voluntad plasmada en el DNU N° 329/2020 es la de proteger los puestos de trabajo existentes, y aunque con ello se impone al empleador la obligación de retener a un trabajador sobre la cual no ha podido evaluar acabadamente su desempeño o habiéndolo hecho no le resultó satisfactorio -sin adentrarse en las motivaciones del despido-, en un contexto extraordinario su sostenimiento resulta el mal menor para la comunidad toda. _____

_____Corresponde tutelar en forma directa a los trabajadores y a las trabajadoras como correlato necesario a las medidas de apoyo y sostén para el funcionamiento de las empresas, en el contexto de emergencia económica y sanitaria que atraviesa el país; así, la crisis conlleva la necesidad de adoptar medidas de idéntica índole asegurando a los empleados que esta situación de emergencia no les hará perder sus puestos de trabajo, ya que el desempleo conlleva a la marginalidad de la población. _____

_____Encuentro que la previsión del art. 92 bis, -en este contexto- es una norma de carácter general plasmada en la LCT, aplicable para todos los casos ocurridos en tiempos normales. Mientras que el DNU 329/2020, con plena vigencia y jerarquía equivalente a las leyes -conforme art. 17 de la Ley 26122- califica como especial frente a la Ley de Contrato de Trabajo. _____

_____De su espíritu no quedan dudas – no porque no haya distinguido contratos nuevos de contratos antiguos – sino porque en el marco de la crisis económica que el país venía arrastrando y las distintas normas que se venían sancionando destinadas a la preservación del empleo, el DNU es sin lugar a dudas una Norma Especial y obviamente posterior destinada a paliar los

terribles efectos de la pandemia. _____

_____De acuerdo al axioma donde la ley no distingue no corresponde hacer distinciones, los jueces pueden interpretar una norma legal cuando la misma es oscura o sus dictados son insuficientes para resolver un caso determinado, pero en modo algún puede sustituir un texto claro cuyo imperio debe prevalecer en todas las circunstancias sobre todo cuando el bien jurídico protegido es la preservación y conservación del empleo. _____

_____El actor fue despedido el 07/05/2020 sin causa en los términos del art 92 bis LCT, no obstante la vigencia del DNU 329/2020, por lo que el mentado despido deviene nulo. _____

_____Por lo expuesto voto por hacer lugar al recurso de apelación de la parte actora y en su merito revocar el punto I de la sentencia de primera instancia haciendo lugar a la medida autosatisfactiva de Reinstalación incoada por el Sr. R. G. A. y consecuentemente ordenar a F.SA la reincorporación del actor en el plazo de 2 días de notificada la presente, en las mismas condiciones en las que se hallaba antes de ser despedido. Asimismo deberá la accionada abonar los salarios caídos desde la fecha del despido, con costas al vencido. _____

_____Debiendo expedirme sobre el porcentaje correspondiente a los honorarios de los abogados intervinientes en esta instancia, y conforme la vigencia de la ley 8035, corresponde en esta oportunidad y atento el resultado del recurso aplicar el art 15 de la mencionada normativa y determinar un 40% de lo que corresponda por honorarios en primera instancia.

_____ **María de las Mercedes Domecq dijo:** Comparto lo analizado y el resultado del voto de la Señora Vocal preopinante. _____

_____No obstante ello, quiero agregar que las condiciones para la procedencia de la medida autosatisfactiva son la acreditación de una fuerte probabilidad de un derecho, la demostración prima facie de una situación de urgencia, prescindencia de un proceso y ausencia de provisionalidad: siendo esto así derivo que esta resulta la vía idónea para solicitar la reinstalación del trabajador, medida que debe ser dictada en forma urgente porque de lo contrario acaecería la irreparabilidad del daño que se trata de evitar en la coyuntura de la

pandemia._____

_____La doctrina mas caracterizada en esta materia ha dicho que: "...la especial naturaleza de los derechos que derivan de las relaciones laborales, ha justificado la aparición del Derecho del Trabajo. Lo mismo justifica que los conflictos derivados de la aplicación de sus disposiciones sean resueltas por órganos judiciales especializados... a través de un proceso especial apto para dar una respuesta jurisdiccional eficiente. El Derecho Procesal es dinámico e instrumental. Es decir que no debe sujetarse a ritos caprichosos ni constituye un fin en sí mismo: sirve únicamente en la medida que se lo utilice como un mero instrumento para la concreción de los derechos que otorga la legislación sustancial... Entre esas herramientas se destaca la medida autosatisfactiva que, en este caso, el actor considera adecuada para la tutela de sus derechos y pone en movimiento..." (Silvia L. Esperanza-"El derecho del Trabajador y una aplicación plausible de la medida autosatisfactiva", obra Medida Autosatisfactiva, 2ª edición ampliada y actualizada, tomo II Director Jorge Peyrano, Pag. 315)._____

_____Por su parte, en un reciente fallo dictado en un caso con características análogas al presente ("Yori, Melisa c. Adecco Argentina S.A", Juez. de distrito Lab. n° 4 de Santa Fe]) el 28 de abril de 2.020, se sostuvo: "...en cuanto a la vía elegida por la trabajadora, la medida solicitada cumple con los requisitos desarrollados por la doctrina en cuanto a su procedencia. Estos son la verosimilitud del derecho -dado que la norma es clara y aplicable- el peligro en la demora y la irreparabilidad del daño. Por lo que encontrándose liminarmente configurados estos, la medida conforme ha sido peticionada deviene procedente", agregando también lo que resulta muy ilustrativo que: "Asimismo, una vez reinstalada la trabajadora en su puesto, el empleador cuenta con todos los recursos procesales para revisar la orden judicial. Mientras que de no hacerlo, la pérdida del puesto de trabajo se torna irreversible y el daño irreparable, tornándose abstracta una sentencia de nulidad de despido y/o reinstalación dictada en el plazo en que habitualmente transcurren los trámites ordinarios"._____

_____A lo dicho quiero agregar que la O.I.T., el 23 de marzo de 2.020, ha emitido un documento denominado “Las normas de la OIT y el Covid-19 (Coronavirus)”, el que es elocuente en torno a la preocupación mundial y 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, recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo: ello dota de mayor sustento a la solución propiciada.

_____Tiene, por otra parte, razón el apelante al destacar el carácter de sujeto de preferente tutela ante una situación de crisis como la que motivó el dictado de las medidas de emergencia (referidas en el voto anterior), lo que hace aplicable para el sub lite lo analizado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Aquino”, Fallos 327:3753, considerando 3°._____

_____Que con arreglo a lo sintéticamente desarrollado concluyo que 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 y que 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._____

_____Como última reflexión, destaco que los jueces al momento de fallar, según el capítulo V (al referirse a la justicia y la equidad) del Código de Ética Judicial Iberoamericana al cual adhirió expresamente, nuestra Corte de Justicia de Salta (acordada 12.128), marca algunas pautas, de las que el art. 35: “El fin último de la actividad judicial es realizar a la justicia por medio del Derecho”, el art. 37: “El Juez equitativo es el que, sin transgredir el derecho vigente, toma en cuenta las peculiaridades del caso y lo resuelve basándose en criterios coherentes con los valores del ordenamiento y que puedan extenderse a todos

los casos sustancialmente semejantes” y el art. 38 que establece que “En las esferas de discrecionalidad que le ofrece el Derecho, el juez deberá orientarse por consideraciones de justicia y equidad”._____

_____Reitero por ello mi adhesión al voto._____

_____Por ello,_____

_ CAMARA DE APELACIONES DEL TRABAJO SALA II

_____ F A L L A _____

_____I) HACIENDO LUGAR al recurso de apelación de la parte actora y en su merito revocar el punto I de la sentencia de primera instancia haciendo lugar a la medida autosatisfactiva de Reinstalación incoada por el Sr. R. G. A. y consecuentemente ordenar a F.SA la reincorporación del actor en el plazo de 2 días de notificada la presente, en las mismas condiciones en las que se hallaba antes de ser despedido. Asimismo deberá la accionada abonar los salarios caídos desde la fecha del despido, con costas al vencido. _____

_____II) NOTIFICANDO que la presente medida durara mientras se mantenga la situación prevista en los DNU 329/20, 487/20 y por las prórrogas que posteriormente se dispongan. _____

_____III) DETERMINANDO los honorarios por la labor profesional desarrollada en esta instancia en un 40% de lo que se regule en primera en relación a lo que ha sido materia de agravio. _____

_____VI) ORDENANDO copie, registre, notifique y bajen los autos al Juzgado de origen.- _____

Cámara de Apelaciones del Trabajo Sala II de la Provincia de Salta. Vocales: Dras Mirta Inés Regina y María de las Mercedes Domecq. Tomo III-Sentencias-Folios: 1052-1056. 24/7/2020.