



En la ciudad de Morón, en la fecha y horas indicadas en las referencias de firma digital impuestas al pie del presente, reunidos los Sres. Jueces del Tribunal del Trabajo n° 4 de Morón, para dictar SENTENCIA en los autos caratulados: "PORTARO, MATIAS DAMIAN C/ CIA. DE TRANSPORTES VECINAL S.A. S/MEDIDAS PRECAUTORIAS" EXPTE N° 73254, que tramitaron por ante estos Estrados en el marco de la Res. SCBA SPL 15/20 arts. 1 y 4, con los siguientes:

ANTECEDENTES:

El 15 de abril de 2020 se presenta el Sr. Matías Damián Portaro por su propio derecho con el patrocinio letrado de la Dra. Fabiana L. Passini, e inicia demanda ordinaria contra CIA de Transporte Vecinal S.A con el objeto de que se decrete la nulidad del despido dispuesto y se disponga la reinstalación en su puesto de trabajo, así como una medida cautelar anticipatoria. Manifiesta que ingreso a laborar el 21/1/2020, desempeñando tareas como despachante de combustible en el establecimiento que la accionada posee en calle Laureana Ferrari N° 449 de la localidad El Palomar, Prov. de Bs As.. Refiere que el día 1 de Abril del 2020 mientras se encontraba en su domicilio cumpliendo una licencia por enfermedad, se notificó del despido mediante la recepción de la carta documento identificada con el N° CD N° 025147130 remitida a través del Correo Argentino, por la cual se le comunicaba que prescindían de sus servicios laborales por no reunir las condiciones necesarias para desempeñar la tarea para la cual fue contratado.

Sostiene que rechazo el despido mediante TC N° CD 968946689 invocando la prohibición de despido decretada por DNU 329/20. También refiere que le informo al empleador que la notificación fue recibida mientras transitaba una licencia médica por enfermedad, con síntomas posibles de COVID-19, situación que alega haber sido conocida por el empleador que se dedica a la explotación de una actividad esencial. Invoca tener certificados médicos que validan lo alegado y que su

voluntad era retomar tareas en cuanto le dieran el alta médica.

Sostiene que de la normativa de emergencia mencionada se desprende claramente la prohibición de despedir en cabeza del empleador quien ha decidido hacer caso omiso a la imposición de la norma, transgrediendo a conciencia su espíritu e intenta salvar dicho despido argumentando una causa que a todas luces no se sostiene ni configura realidad. Solicita se dicte una medida cautelar de reinstalación. Funda en derecho. Ofrece pruebas y finalmente, solicita se haga lugar a la demanda con costas.

Tras dar cumplimiento el accionante por imperio de lo dispuesto por el Tribunal a lo normado por Res. SCBA SPL 10/20 art.1 punto 2.b.3) y a la Res. SCBA SPL 15/20 Art. 3 segundo párrafo, en materia de postulación procesal, y ampliarse la petición liminar a través de la presentación electrónico del 17/4/2020, el Tribunal de Trabajo resolvió el 21/4/2020 imponer el TRAMITE DE MEDIDA AUTOSATISFACTIVA al presente proceso el que se regirá por las reglas del proceso sumarísimo (art. 232 y 496 CPCC), y citar a la demandada para que a la luz del reclamo impetrado exprese los reparos que pudiere tener frente a la pretensión de reinstalación del accionante.

Corrido que fue el traslado dispuesto, y tras una notificación fallida, la accionada quedo finalmente notificada bajo responsabilidad de la parte actora en el domicilio de la calle Laureana Ferrari 449 de El Palomar, Prov de Bs As el 9/5/2020, dándosele por incontestada la citación y declarándolo incompareciente no rebelde.

Vista la documental agregada y no cuestionada y no habiéndose ofrecido prueba oral el Tribunal declaro el proceso concluso para la definitiva el 18/5/2020 (art. 32 de la Ley 11.653); y pronunciado oportunamente el veredicto, se encuentran estos actuados en estado de dictar SENTENCIA.-

CUESTIONES

PRIMERA: ¿Es procedente la demanda?

SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A LA PRIMERA CUESTION: La Sra. Juez, Dra. María Gabriela Alcolumbre, dijo:

I - En mérito al resultado del acuerdo al que se arribara en el veredicto en relación a las cuestiones primera, segunda y tercera allí abordadas, toda vez que se tuvo por acreditado que el Sr. Portaro fue despedido en forma directa con expresión de

causa durante el periodo de prueba de una relación laboral con contrato de trabajo registrado, y mientras el trabajador se encontrara gozando de una licencia extraordinaria sanitaria en los términos de la normativa de emergencia dictada - por “caso sospechoso de Coronavirus Covid19”-, corresponde en mi opinión determinar en primer lugar si se configura en el caso un despido prohibido en los términos del DNU 329/20.

II – El DNU 329/20, que entró en vigencia el 31/3/2020 (día de su publicación en el B.O.), dispuso en el marco de la emergencia pública en materia sanitaria y social establecida por la Ley N° 27.541 (su ampliación dispuesta por el Decreto N° 260/20 y su modificadorio el Decreto N° 297/20) la prohibición de los despidos sin justa causa.

Para entender la referida prohibición se impone en mi opinión enmarcar la medida a la luz de lo normado por el DNU 297/20 (B.O. 20/3/2020), regla que dictada con anterioridad, persiguió a las claras en primer lugar ante la emergencia sanitaria decretada, salvaguardar el derecho colectivo a la salud pública y los derechos esenciales a la vida y a la integridad física.

Es en dicho marco de emergencia sanitaria, que ha de analizarse la prohibición de despido sin causa establecida por el DNU 329/20, norma que vino a compensar a los trabajadores y las trabajadoras salvaguardándolos de los efectos económicos devastadores que puede sufrir la actividad en la que se desempeñen como consecuencia del aislamiento social obligatorio dispuesto.

El legislador de la emergencia ha buscado en mi opinión ponerlos a resguardo del eventual desempleo causado por los efectos inmediatos derivados de la medida de aislamiento preventivo obligatorio dispuesta por el DNU 297/20; habiendo dispuesto en paralelo establecer una serie de medidas que tienen como objetivo ayudar a las empresas a sobrellevar los efectos de la emergencia.

Cualquier otra causal que no se hallare vinculada a la situación económico-financiera por la que atravesase la actividad como consecuencia del aislamiento, no encuentra en mi opinión amparo bajo el paraguas de la prohibición contenida en el decreto 329/20.

Ello así pues de los propios considerandos del mencionado DNU así se

vislumbran, al hacer referencia el legislador de la emergencia a: "... (en relación al DNU 297/20 que dispusiera el aislamiento social, preventivo y obligatorio) que dicha medida impacta directamente sobre la actividad económica del país y en el sistema de producción de bienes y servicios ..." y luego agrega "... 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. ... "; en tanto que, mas adelante en los considerandos remite al documento emitido por Organización Internacional del Trabajo, el 23 de marzo de 2020, "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, subrayando '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'. (*sic*).

III - Establecido dicho marco interpretativo, cabe en segundo lugar señalar que la prohibición contenida en el DNU 329/20 se encuentra dirigida en mi opinión a salvaguardar la continuidad de toda relación de trabajo de plazo indeterminado, que hubiere ya alcanzado el goce de la estabilidad impropia, pues de otro modo no tendría sentido en mi opinión instalar la prohibición.

Solo puede garantizarse el ejercicio de un derecho a estabilidad en la emergencia, a quien al menos lo haya adquirido en forma relativa. Entender lo contrario importaría que el legislador de la emergencia dotare imperativamente a las relaciones laborales de una estabilidad no pautaada por las partes, vulnerando el acuerdo inicial de voluntades.

Consecuentemente, entiendo que dicha prohibición no habra de afectar el universo de relaciones laborales sujetas al periodo de prueba, en tanto el contrato se hallare debidamente registrado (Cfr art. 92 bis inc 3 L.C.T.) en los términos del art. 7

de la ley 24.013; ello así, se hubiere o no expresado la causal del despido, ya que aun colocados en el supuesto de ausencia de causa invocada, la misma podría ser presumida como vinculada a la falta de calificación profesional para el puesto de trabajo o la falta de apego a los deberes de conducta, etc., dado que la institución ha nacido como la facultad de arrepentimiento que tienen las partes del contrato y en virtud de la cual el consenso contractual originario se entiende otorgado de manera provisional.

A la luz del marco conceptual descripto, entiendo que el despido directo de Portaro dispuesto por la demandada mientras se hallare vigente el período de prueba, no resulta alcanzado por la prohibición establecida por el DNU 329/20.

IV – Descartada así en mi opinión la aplicación al caso de la prohibición consagrada por el DNU 329/20, entiendo sin embargo, que aun sujetas ambas partes del contrato a esa provisionalidad, de ningún modo podría el empleador vulnerar durante dicho periodo derechos fundamentales del trabajador consagrados en normas constitucionales, así como en aquellas de raigambre internacional.

En el caso de marras Portaro ha sostenido en el escrito liminar haber sido víctima de un despido mientras el mismo contara con un diagnóstico de "caso sospechoso de COVID19", alegación que quedo probada en autos por mayoría de votos y que me lleva a subsumir los hechos en el derecho aplicable, por imperio del principio *iuria novit curia*, dado que a los jueces les corresponde calificar jurídicamente las circunstancias fácticas con independencia del derecho que hubieren invocado las partes, en tanto no alteren los hechos (SCBA LP A 75140 RSI-295-19 I 12/06/2019, carátula: Ramos, Virginia Alejandra c/ A.R.B.A. s/ Pretensión anulatoria. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley).

Estimo que están aquí en juego los alcances de distintos principios y libertades fundamentales, por un lado la libertad de contratar previsto en el art. 14 de la Constitución de la Nación, y por el otro, el derecho del trabajador que resulta víctima de un despido en razón de su "estado de salud".

Ningún derecho constitucional reviste carácter absoluto, toda vez que su ejercicio debe ser compatibilizado con los restantes derechos constitucionalmente reconocidos. Al respecto, ha señalado la SCBA que los derechos consagrados por la

Constitución no son absolutos sino que están sometidos a limitaciones indispensables para el orden social y que esa relatividad alcanza al derecho de propiedad (conf. causas Ac. 32.785, "Cinturón Ecológico Área Metropolitana Sociedad del Estado", sent. del 15-V-1985; Ac. 34.592, "Fregonese", sent. del 23-VIII-1985).

Luego, resulta a todas luces evidente que tales derechos no pueden ser invocados para amparar una conducta discriminatoria y palmariamente violatoria de otros derechos constitucionales, como la adoptada en el caso por la demandada.

En el caso se trata de un riesgo actual e inminente (Coronavirus Covid19) para la salud como bien colectivo; y como señalara Germán Bidart Campos en nota a fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina de fecha 13/3/01 sobre dicha cuestión (?La dimensión de la salud como bien colectivo y los servicios de salud?, Revista La Ley, 2001-F, 906), cuando la salud como bien colectivo sufre amenaza o daño, está a la vez comprometida la salud individual del conjunto social al que pertenece y donde se sitúa el bien colectivo (ver cita del profesor Dr. Eduardo Luis Tinant:, *Bioética jurídica, dignidad de la persona y derechos humanos*", 2ª. ed., Dunken., Buenos Aires, 2010, Cap. 9).

En el marco de la emergencia sanitaria decretada, el Estado Nacional en resguardo de la salud como bien colectivo, puso en cabeza del demandado en su calidad de empleador y explotador de una actividad declarada esencial (como lo es la de transporte de pasajeros) la obligación de hacer el seguimiento de aquellos trabajadores enfermos de "casos sospechosos" de Coronavirus Covid19 en los términos de la Res. 202/20 del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social.

Sin embargo, la accionada Cia. De Transportes Vecinal S.A., decidió desamparar al más débil, vulnerar su dignidad humana y restarle las garantías sanitarias que el Estado le reconociera temporalmente y de modo extraordinario - mientras dure la emergencia y se constate su verdadero estado de salud así como el riesgo probable de contagio a terceros-, priorizando su derecho constitucional a contratar previsto por el art. 14 de la C.N.

La tensión entre los derechos fundamentales de ambas partes, me lleva a indagar acerca del contenido del principio de igualdad y prohibición de discriminación y el fundamento de éste, la dignidad de la persona humana; cuestiones estas en mi

opinión, implícitas en el caso de marras.

V – A partir de la modificación del sistema constitucional argentino en 1994, nuestro Estado reafirmó el llamado modelo de Estado Social de Derecho con la constitucionalización de los tratados internacionales, dando inicio así a un nuevo paradigma que traslada el modelo al ámbito de las normas operativas (María Angélica Gelli, Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada, La Ley, Cuarta Edición Ampliada y Actualizada, T.I, p. 16. El origen del Estado Social de Derecho se remonta a 1957 y la incorporación del llamado Art. Nuevo o 14 Bis, pero dicho modelo no había logrado hasta los últimos tiempos trasladarse al ámbito de las normas operativas).

Toma así otra dimensión la vigencia sustancial de los llamados "Derechos Fundamentales"; concepto que constituye la base de la moderna igualdad en derechos y que se inserta en un sistema jurídico para el cual lo que cuenta, será el 'desarrollo humano' y el 'progreso económico con justicia social'.

Tales derechos fundamentales se reconocen universales, vale decir que corresponden a todos los hombres y en la misma medida; y además, son indisponibles e inalienables, lo cual equivale a decir que se hallan sustraídos del mercado (Ferrajoli, Luigi, Derechos y garantías, La Ley del más débil, Trotta, 1999, p.23).

El nuevo sistema jurídico así consolidado, no sólo se basa en la legalidad formal, sino que además se integra con una legalidad sustancial al no hallarse la ley tan sólo sometida a vínculos formales, sino también a principios y derechos fundamentales contenidos en las constituciones.

Esta nueva dimensión que adquiere el concepto de legalidad, ha aportado un cambio paradigmático en mi opinión en el proceso de integración de la ley por el cual se construye el derecho de los hombres, en especial en el ámbito de nuestra rama del Derecho del Trabajo.

Este cambio aportado por la reforma constitucional, no sólo está dirigido al Poder Legislativo por su función normativa, sino que obliga por igual en mi opinión a todos los Poderes del Estado; ya que todos están obligados a asegurar el cumplimiento de los derechos fundamentales a través del proceso de interpretación e integración de normas.

Será en mi opinión el Poder Judicial quien deba velar por garantizar la dimensión de los derechos consagrados por las normas, reconociendo el pleno goce y la efectividad de los derechos fundamentales; pues de nada servirá consagrar la igualdad en derechos para todos los habitantes de la nación argentina, si los pronunciamientos judiciales no contienen o aprehenden previo control de convencionalidad, los axiomas consagrados a proteger la dignidad de la persona humana.

No basta con que las leyes formalmente pregonen derechos fundamentales, sino que los tres Poderes del Estado deben garantizar que en sustancia tales derechos cobren efectividad, de modo tal que no se limiten a ser meras enunciaciones de principios.

VI -Ese nuevo Estado Social de Derecho se basa en sendos principios básicos, a saber el de progresividad y el de igualación sustancial, ambos provenientes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y que reconocen consagración normativa en distintos instrumentos internacionales, partiendo de la Carta de Naciones Unidas firmada en Junio de 1945, en la que se reconocen como basamento los principios de la dignidad y la igualdad inherentes a todos los seres humanos y el compromiso de los Estados Miembros de promover y estimular el respeto universal y efectivo de los derechos humanos.

Siguiendo los lineamientos pautados en la Carta de Naciones Unidas, pocos años después, en mayo de 1948 al celebrarse en Bogotá, Colombia, la IX Conferencia Internacional Americana, los Estados americanos formularon la llamada 'Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre', en cuyos considerandos establecieron:

"Que los pueblos americanos han dignificado la persona humana y que sus constituciones nacionales reconocen que las instituciones jurídicas y políticas, rectoras de la vida en sociedad, tiene como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad.

Que en repetidas ocasiones, los Estados americanos han reconocido que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de

determinado Estado sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana.

Que la protección internacional de los derechos del hombre debe ser guía principalísima del derecho americano en evolución.

Que la consagración americana de los derechos esenciales del hombre unida a las garantías ofrecidas por el régimen interno de los Estados, establece el sistema inicial de protección que los Estados americanos consideran adecuado a las actuales circunstancias sociales y jurídicas, no sin reconocer que deberán fortalecerlo cada vez más en el campo internacional, a medida que esas circunstancias vayan siendo más propicias."

Por su parte, en Diciembre de 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas, adoptó y proclamó la 'Declaración Universal de Derechos Humanos' en cuyo Preámbulo destacan nuevamente:

"Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana;"

"Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad;"

La Declaración Universal de Derechos Humanos en su texto consagra a lo largo de treinta artículos aquellos derechos humanos que se han considerado fundamentales, vale decir, que no están dados por el Estado sino a los que se accede por el solo hecho de ser hombres haciendo foco en la dignidad humana.

Aquéllos van desde el derecho más elemental a la vida, hasta los que hacen a la vida valer la pena, como los derechos a la alimentación, educación, trabajo, salud y libertad.

De igual modo, décadas más tarde en diciembre de 1965 se abrió a la firma de los Estados, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, norma que señala en su Art. 2:

"1. Los Estados partes condenan la discriminación racial y se comprometen a seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a promover el entendimiento entre todas las razas, y con tal objeto:

a) Cada Estado parte se compromete a no incurrir en ningún acto o práctica de discriminación racial contra personas, grupos de personas o instituciones y a velar por que todas las autoridades públicas e instituciones públicas, nacionales y locales, actúen en conformidad con esta obligación;"

Mientras que en diciembre de 1966 la Asamblea General de Naciones Unidas adopta y abre a la firma el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) que en su art. 2.1. establece:

"Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos".

Intención que también se advierte presente concomitantemente en diciembre de 1966 al suscribirse el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ya que en su Preámbulo también se declaró que :

"conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables,"

En la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos celebrada en San José de Costa Rica en noviembre de 1969, se suscribió la Convención Americana sobre Derechos Humanos (conocida como Pacto de San José de Costa Rica), instrumento en cuyo Preámbulo los Estados Americanos signatarios reafirmaron:

"su propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social,

fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre;

Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sin que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos;"

En tanto que convienen en la Parte I, Capítulo I:

"Art.2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el art. 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades."

Y en el Capítulo IV pautan:

"Art. 29. Normas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) Permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;*
- b) Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;*
- c) Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y*
- d) Excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza."*

Como puede apreciarse del detalle que antecede los Estados han reafirmado a lo largo de las décadas en todos los compromisos internacionales suscriptos, tanto el principio de progresividad cuanto el de igualación sustancial, a los que se comprometieron en oportunidad de proclamar la Carta de Naciones Unidas.

Fidelidad que se ha mantenido con posterioridad en otros instrumentos

internacionales, tal como se advierte al suscribir la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer que data de 1979; oportunidad en la que han reafirmado su fe en los derechos humanos fundamentales, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de los derechos de hombres y mujeres; comprometiéndose los Estados Partes a tomar todas las medidas apropiadas incluso las legislativas, para eliminar la discriminación contra la mujer .

De igual modo, en 1989 se celebra la Convención sobre los Derechos del Niño, en cuyo Preámbulo los Estados Partes evocan los principios ya proclamados en la Carta de Naciones Unidas y reafirman que la libertad, la justicia y la paz en el mundo se basan en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana.

VII - Como puede apreciarse, sendos principios, tanto el de progresividad cuanto el de igualación son en sí mismos axiomas, que han captado nuevamente la atención de los juristas para mirar detenidamente la verdad del derecho en alusión a su validez sustancial, es decir, para hacer foco en su contenido más que en su mera validez formal.

Y de dicha evolución normativa internacional no ha sido ajena la OIT, ya que la Conferencia Internacional del Trabajo se abocó a legislar en materia de igualación de oportunidades y de trato, a lo largo del S. XX (en la década del 50), a través de dos Convenios (Convenios OIT 100 y 111) que se han considerado fundamentales por el Consejo de Administración.

Así y en lo que al caso interesa, el Convenio OIT 111 (1958) consagró el principio de igualdad de oportunidades en materia de empleo y ocupación que recién apareciera como tópico de importancia en la Declaración de Filadelfia de 1944, extendiendo las fronteras de la no discriminación más allá de las razones de sexo, y extrapolando la prohibición sin distinción de raza ni de credo.

El principio de igualación aplicado al trato en el empleo y la contratación consagrado por el Convenio OIT 111, lleva ínsita la prohibición de no discriminación; y se configura cuando se hallan presentes tres elementos, a saber: i) un trato diferenciado considerado discriminatorio; II) que el motivo por el cual se entiende que dicho trato es diferencial se encuentre vinculado a la raza color, sexo, religión, opinión

política, ascendencia nacional u origen social del trabajador; y iii) que el resultado de tal diferencia de trato importe la anulación o menoscabo de la igualdad de oportunidades o de trato.

Nótese que si bien este instrumento jurídico en su artículo primero apartados 1° a) y b), no hace mención literal a que el motivo del trato diferencial pueda ser la edad del trabajador, su estado de salud (tal el caso de autos), la discapacidad ni su orientación sexual, estimo que deberá recurrirse a una construcción semántica e interpretativa del plexo normativo en su integralidad (vgr: a la luz de los arts. 1.1.b) y 5.2 del Convenio) o bien a otros instrumentos del Derecho Internacional que consagran el derecho a la salud del trabajador, a saber: Art. I Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, Art. 7.b) P.I.D.E.S.C. Art. 12.1.2.b) c) P.I.D.E.S.C. y Art. 5 Pacto San José de Costa Rica; para fundamentar la alegada discriminación

La salud y la integridad física, psíquica y espiritual del ser humano no constituyen solamente un bien jurídico individual en el marco de la relación entre el paciente y un profesional de la salud o un equipo de salud, sino también un fin valioso en cuya protección está interesado el orden público, en razón de lo cual cabe apreciarlas como un bien jurídico social constitutivo del objeto del derecho social a la salud.

Este pertenece así al grupo de los derechos humanos de "segunda generación" pues, a la luz de la concepción social del constitucionalismo, su centro de gravedad se ha desplazado de lo individual a lo social.

El término "derecho humano a la salud" sintetiza de tal modo un derecho de naturaleza prestacional, pues conlleva una actuación positiva por parte del poder estatal en una dirección dada, es decir, el derecho de los ciudadanos al acceso "in paribus conditio" (en igualdad de condiciones) a servicios médicos suficientes para una adecuada protección y preservación de su salud.

De allí que el estado de salud de una persona no puede limitar el ejercicio de nuestros derechos en igualdad de condiciones con el resto de las personas; consecuentemente, en el caso que nos ocupa, al Sr. Portaro en su calidad de "paciente con caso sospechoso de Coronavirus Covid19" (estado de salud) debiera habersele

garantizado el mismo derecho de accesibilidad a la salud pública que al resto de los trabajadores - hubieren o no adquirido estabilidad impropia en un contrato a tiempo indeterminado -, quienes han de gozar de la diseñada protección Estatal a través, tanto de las acciones impuestas al empleador (mediante Res. MTEySS 202/20 art. 5), cuanto a la ART a tenor de las normas de emergencia dictadas (DNU 297/20 art. 7, DNU 367/20 y Res. S.R.T. 29/20).

No resulta ocioso señalar en mi opinión, que no corresponde distinguir o discriminar negativamente a los trabajadores según el tipo de garantía a la estabilidad de la que gocen, a la hora de garantizárseles la accesibilidad a la salud pública en el marco de la pandemia, ya que el legislador de la emergencia ha priorizado por encima del derecho a la contratación, el derecho a la salud y en definitiva a la vida, al dictar el DNU 297/20 cuyo objetivo es la salvaguarda del derecho a la salud pública.

VIII - Sin perjuicio de la controversia interpretativa que, al decir de Bronstein (Bronstein, Arturo, Derecho Internacional del Trabajo, Editorial Astrea, 2013; pág. 75 a 76.) puede entablarse en torno a la naturaleza jurídica que quepa reconocer a los Convenios OIT como tratados internacionales en el sentido estricto del término y respecto de si sus efectos son comparables a los de aquéllos; voces mayoritarias de la talla de Hitters (Ver la opinión del Juez Hitters que integrara la mayoría en SCBA LP L 93122 in re "Sandes, Hugo Raúl C/Supga S.A. S/Indemnización por despido"; SCBA LP L 101564 S 27/6/2012 in re "Quintana Ana maría C/Disco S.A. S/Despido"; SCBA LP L 101164 S 27/6/2012 en autos "Dorado Oscar C/Disco S.A. S/Despido")- dentro del más alto Tribunal de Justicia de la Prov. de Bs As - entienden que los magistrados deben someter las normas a la inspección o control de convencionalidad y en tal entendimiento sostienen que los convenios OIT deben ser interpretados desde la vertiente de los documentos internacionales, por lo que toda norma de derecho interno debe armonizarse con los postulados que de allí surgen (cfr. art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados).

Las implicancias de dicha caracterización no son menores, pues como podrá advertirse, al reconocérseles rango de tratado internacional las normas del derecho interno de nuestro Estado han de subordinarse necesariamente a las de los Convenios OIT por imperio de lo normado por el art. 27 de la Convención de Viena,

con el fin de lograr establecer una armonización global que dé garantía a todos los trabajadores del mundo en pos de la paz social.

Se instala así en nuestro sistema el imperioso control de convencionalidad, a influjo del cual la judicatura se halla obligada a buscar la compatibilidad entre las normas locales y las supranacionales, no debiendo limitarse solamente a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino también, al resto de los Tratados Internacionales ratificados por la Argentina, al *ius cogens* e, incluso, a la jurisprudencia de los órganos internacionales encargados de su interpretación y aplicación.

IX – Cabe asimismo destacar que la legislación vigente procura establecer un marco más democrático y equitativo en tres niveles de desigualdad existentes: a) Relaciones de género: en orden a la igualdad entre varones y mujeres; b) Relaciones de clase: intentando poner límites a la tremenda brecha económica y social que margina a las personas de menores recursos; c) Situación territorial: atendiendo el precepto de la igualdad real de oportunidades y de trato, entre los que viven en las zonas más desarrolladas y menos desarrolladas del país.

Se trata, pues, al decir de Tinant (Eduardo Luis Tinant Dunken, "*Bioética jurídica, dignidad de la persona y derechos humanos*" Buenos Aires, 1ª ed. 2007. CAPÍTULO VII LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO A LA SALUD) no sólo de derechos sociales (de segunda generación) sino también de derechos humanos de la solidaridad (derechos humanos de tercera generación), tendientes a corregir asimetrías personales y sociales y diversas formas de discriminación, exclusión y marginación que atentan contra la dignidad humana.

Consecuentemente, corresponderá garantizarle a Portaro el derecho a la atención sanitaria en condiciones de igualdad efectiva; igualdad efectiva de todas las personas trabajadoras (que como en el caso resulten ser portadoras de casos sospechosos de Covi19) en las condiciones de asimetría en que se encuentran, con fundamento en el principio constitucional de igualdad ante la ley y las convenciones internacionales a las que la propia Carta Magna asigna jerarquía constitucional (arts. 16, 37 y 75 incs. 19, 22 y 23 CN).

X - Por ende, haciendo una interpretación convencional de las normas de

emergencia insertas en el marco del sistema jurídico argentino, he de colegir que se ha producido en el supuesto de marras un despido prohibido por violación de discriminación en función del estado de salud del trabajador en los términos del art. 1 de la ley 23.592, art. 16, 37 y 75 incs. 19, 22 y 23 de la Constitución Nacional y Conv. OIT 111 art. 1, que justifica la anulación del acto prohibido a los fines de restituir la situación de facto a su estado inmediato anterior al de su comunicación.

XI – Propongo entonces, disponer la ANULACIÓN DEL ACTO ILÍCITO volviendo las cosas al estado inmediato anterior esto es al 1/4/2020 – fecha en que se comunicó el despido y en vigencia del periodo de prueba -, REINSTALÁNDOSE AL SR. PORTARO EN SU PUESTO DE TRABAJO HABITUAL CON GOCE DE LA LICENCIA EXTRAORDINARIA SANITARIA PAGA dispuesta por el MTEySS a través de la Res. 202/20, la cual importa la suspensión del deber de asistencia, hasta tanto el empleador verifique el seguimiento correspondiente de la persona enferma de un “caso sospechoso” de Coronavirus Covid19 en la forma indicada por la autoridad sanitaria.

Otorgada que sea el alta del trabajador por una entidad sanitaria perteneciente al REGISTRO FEDERAL DE ESTABLECIMIENTOS DE SALUD (R.E.F.E.S.) entiendo que quedará reanudado el computo del término del periodo de prueba que se hallare pendiente de agotamiento al momento del acto anulado, de modo de no avasallar el derecho constitucional a la libre contratación del demandado contemplado por el art. 14 de la C.N.

XII – La anulación del acto ilícito y la reinstalación del Sr Portaro en su puesto habitual de trabajo propongo sea acompañada de una sanción conminatoria de astreintes por cada día de demora en caso de incumplimiento, en los términos del art. 804 del C.C.y C., equivalente a la suma diaria de PESOS DOS MIL (\$ 2.000.-), monto que he determinado teniendo en cuenta el salario mensual devengado por el trabajador en el mes de febrero del corriente año.

XIII - Toda vez que el reclamo de salarios caídos no ha integrado la pretensión inicial del accionante, habré de abstenerme de pronunciarme al respecto (art. 34 inc. 4 y art. 163 inc. 6 C.P.C.C.).

XIV - En vista de la regla aplicable en materia de costas, voto por imponer

las mismas al demandado vencido (art. 19 ley 11.653) y regular los honorarios de la Dra. Passini por su actuación en calidad de patrocinante de la parte actora y en mérito a la calidad, extensión, e importancia de las tareas desplegadas, en la suma de VEINTE (20) Jus de conformidad con lo normado por ley 14.997 arts. 16, 22, 24, 29, 30 y conc., con más el 10 % de aportes de ley e IVA en caso de corresponder.

ASI LO VOTO.

A LA MISMA CUESTION: El Sr Juez Dr. Gustavo Victor Hernandez dijo:

Por compartir los fundamentos con mi colega preopinante, voto en idéntico sentido.-

ASI LO VOTO.-

A LA MISMA CUESTION: La Dra. Carolina Noale dijo:

Como señalara en el Veredicto, encontrándose el trabajador en período de prueba, no gozaba el Sr. PORTARO de la plenitud de la protección inherente al contrato permanente. Esta facultad del empleador nace como consecuencia de la ley (art. 92 bis LCT), y de las disposiciones que en materia de autonomía de la voluntad corresponden a las partes y, en el caso concreto del empleador, surgen de los arts. 64 y 65 de la LCT; cierto es que esta facultad se encuentra circunscripta y delimitada por el orden público laboral, proyectándose sobre aquellas acciones - como el caso que nos ocupa -, que dada la situación de público y notorio conocimiento vinculada a la pandemia por la enfermedad provocada por Covid 19, deben ser resueltas con la equidad y prudencia que el caso de autos amerita.-

En efecto, el actor invoca en demanda el Dec. 329/20 que en su art.2º, prohíbe los despidos sin justa causa, como así también por falta o disminución de trabajo o fuerza mayor por un plazo de 60 días a partir de la publicación del mentado DNU en el Boletín Oficial, esto es el 31- III-2020. -

El art. 4º prevé que los despidos y suspensiones (aunque éste último, no es el supuesto de autos), que se dispongan en violación de lo dispuesto en el art. 2º, primer y tercer párrafos, no producirán efecto alguno, manteniéndose vigentes las relaciones laborales existentes y su condiciones actuales.-

Es por ello que el accionante en el entendimiento que se encuentra

protegido al amparo de tal normativa - en razón de haber llegado a su conocimiento la notificación del despido el 1° de abril de 2020 - , solicita la nulidad del mismo y su reincorporación a su puesto de trabajo.-

Analizando los fundamentos del DNU 329/20, surge que el mismo tiene en miras "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 este contexto de emergencia" y a fin que ésta situación no les haga perder a aquellos, sus puestos de trabajo.

Señala por otra parte que "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"; haciendo mención también al documento emitido por la Organización Internacional del Trabajo, el 23 de marzo de 2020, respecto a "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" (Recomendación 166); destacando dicho documento que "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.”.

Recuerda además la afirmación contenida en el fallo AQUINO (F. 327:3753) de considerar el trabajador como sujeto de preferente tutela, debiendo garantizarse por ello "la conservación de los puestos de trabajo por un plazo razonable, en aras de preservar la paz social; encontrándose facultado el Poder Ejecutivo para así disponer, en virtud de lo normado por el artículo 99 incisos 1 y 3 de la CONSTITUCIÓN NACIONAL y la Ley 26.122.-

Así las cosas y constituída la Comisión Bicameral Permanente, en cumplimiento de la manda constitucional mencionada y habiendo tenido el decreto en cuestión estado parlamentario, con el DR-28/20 el Senado de la Nación el día 13 de

mayo de 2020, declaró la validez del mismo, dictado en fecha 31 de marzo de 2020.-

Es por ello que tal como expresara al principiar la cuestión, y no obstante la facultad resolutoria que asiste al empleador -cuyo fundamento reside en el art. 92 bis LCT, bajo las condiciones allí establecidas -, no menos razonables lucen las expresiones brindadas en los fundamentos del DNU 329/20, para prohibir los despidos sin justa causa por un lapso acotado mientras se transita la situación de pandemia que afecta al país. Destaco que la normativa en cuestión no distingue respecto a la antigüedad de los trabajadores en su empleo, entendiendo válidamente que todo el universo de aquellos se encuentra amparado en dicha resolución. Por otra parte, si bien el decreto habla de los despidos "sin justa causa", no menos cierto es que no obstante haber invocado el empleador causal para despedir, luego no la sostuvo frente al traslado que dispusiera el Tribunal.-

Consecuentemente considero apropiado que en el caso de autos, se suspenda el cómputo del plazo restante en relación al art. 92 bis LCT, desde la fecha del dictado de Decreto de Necesidad y Urgencia N° 329/20, hasta el cese del estado de emergencia por pandemia en el país; se tenga por anulado el despido y se reincorpore al accionante - previa revisión médica de la aptitud física del mismo -, a su puesto de trabajo, en las mismas condiciones que las existentes anteriores al distracto.

ASI LO VOTO .-

A LA SEGUNDA CUESTION: La Sra. Juez, Dra. María Gabriela Alcolumbre, dijo:

En mérito al resultado de la votación al que se arribara por mayoría, propongo: 1) HACER LUGAR A LA MEDIDA AUTOSATISFACTIVA incoada por MATIAS DAMIAN PORTARO que no mereciera reparo alguno por parte del demandado CIA. DE TRANSPORTES VECINAL S.A.. 2) DECLARAR LA NULIDAD DEL DESPIDO DIRECTO DISPUESTO POR CIA. DE TRANSPORTES VECINAL S.A. volviendo las cosas a su estado anterior, esto es, al 1/4/2020. 3) ORDENAR LA REINSTALACION del Sr. MATIAS DAMIAN PORTARO en su puesto habitual de trabajo CON LICENCIA EXTRAORDINARIA SANITARIA PAGA cfr. Res. MTEySS 202/20 hasta tanto se verifique el seguimiento correspondiente de la persona enferma de un "caso sospechoso" de Coronavirus Covid19 en la forma indicada por la autoridad sanitaria.; todo ello bajo apercibimiento

de imponer astreintes, por cada día de demora en caso de incumplimiento (cfr. art. 804 C.C. y C.) cuya suma diaria se fija en PESOS DOS MIL (\$ 2.000.-). 4) DISPONER que otorgada que sea el alta del trabajador por una entidad sanitaria perteneciente al REGISTRO FEDERAL DE ESTABLECIMIENTOS DE SALUD (R.E.F.E.S.) quedará reanudado el cómputo del término del periodo de prueba que se hallare pendiente de agotamiento al momento del acto anulado. 5) Imponer las costas de la acción que prospera a cargo de la demandada vencida (cfr. art. 19). 6) Regular los honorarios de la Dra. Fabiana L Passini (CALM T VI F 113) quien ejerciera el patrocinio letrado de la parte actora, teniendo en cuenta el mérito, la calidad, la extensión e importancia de las tareas realizadas, en la suma de VEINTE (20) JUS de conformidad con lo normado por ley 14.997 arts. 16, 22, 24, 29, 30 y conc., con más el 10 % de aportes de ley e IVA en caso de corresponder. 7) REGÍSTRESE, NOTIFÍQUESE CON CARÁCTER URGENTE A LA PARTE ACTORA MEDIANTE FORMATO ELECTRÓNICO y A LA PARTE DEMANDADA CON CARACTER URGENTE Y CON HABILITACIÓN DE DIAS Y HORAS INHÁBILES EN FORMATO PAPEL DÁNDOSE ESTRICTO CUMPLIMIENTO A LAS MEDIDAS SANITARIAS PERTINENTES (Cfr. Res. SCBA SPL 10/20 Art. 1 punto 3. C.2) y oportunamente ARCHIVENSE.

ASI LO VOTO.

Los Sres. Jueces, Dres. Gustavo V. Hernández y Carolina Noale, por compartir los fundamentos, votaron en idéntico sentido.

POR ELLO:

EL TRIBUNAL DEL TRABAJO N° 4 DE MORON

POR MAYORIA RESUELVE

- 1) **HACER LUGAR A LA MEDIDA AUTOSATISFACTIVA** incoada por MATIAS DAMIAN PORTARO que no mereciera reparo alguno por parte del demandado CIA. DE TRANSPORTES VECINAL S.A..
- 2) **DECLARAR LA NULIDAD DEL DESPIDO DIRECTO DISPUESTO POR CIA. DE TRANSPORTES VECINAL S.A.** volviendo las cosas a su estado anterior, esto es, al 1/4/2020.
- 3) **ORDENAR LA REINSTALACION DEL SR. MATIAS DAMIAN PORTARO**

en su puesto habitual de trabajo **CON LICENCIA EXTRAORDINARIA SANITARIA PAGA** cfr. Res. MTEySS 202/20 hasta tanto se verifique el seguimiento correspondiente de la persona enferma de un “caso sospechoso” de Coronavirus Covid19 en la forma indicada por la autoridad sanitaria; todo ello bajo apercibimiento de imponer astreintes, por cada día de demora en caso de incumplimiento (cfr. art. 804 C.C. y C.) cuya suma diaria se fija en PESOS DOS MIL (\$ 2.000.-).

4) **DISPONER** que otorgada que sea el alta del trabajador por una entidad sanitaria perteneciente al REGISTRO FEDERAL DE ESTABLECIMIENTOS DE SALUD (R.E.F.E.S.) quedará reanudado el cómputo del término del periodo de prueba que se hallare pendiente de agotamiento al momento del acto anulado.

5) **IMPONER** las costas de la acción que prospera a cargo de la demandada vencida (cfr. art. 19).

6) **REGULAR** los honorarios de la Dra. Fabiana L Passini (CALM T VI F 113) quien ejerciera el patrocinio letrado de la parte actora, en la suma de VEINTE (20) JUS (cfr. ley 14.997 arts. 16, 22, 24, 29, 30 y conc. 7) con más el 10 % de aportes de ley e IVA en caso de corresponder.

7) **REGÍSTRESE, NOTIFÍQUESE CON CARÁCTER URGENTE A LA PARTE ACTORA MEDIANTE FORMATO ELECTRÓNICO y A LA PARTE DEMANDADA CON CARACTER URGENTE Y CON HABILITACIÓN DE DIAS Y HORAS INHÁBILES EN FORMATO PAPEL DÁNDOSE ESTRICTO CUMPLIMIENTO A LAS MEDIDAS SANITARIAS PERTINENTES** (Cfr. Res. SCBA SPL 10/20 Art. 1 punto 3. C.2), y oportunamente **ARCHIVENSE**.

DRA. MARIA GABRIELA ALCOLUMBRE

JUEZA DEL TRABAJO

DR. GUSTAVO VÍCTOR HERNANDEZ

JUEZ DEL TRABAJO

DRA. CAROLINA NOALE

JUEZ DEL TRABAJO

Ante mi:

DRA. MARIA FLORENCIA BLANCO KUHNE

SECRETARIA

REFERENCIAS:

Funcionario Firmante: 26/05/2020 14:17:33 - ALCOLUMBRE Maria Gabriela
(maria.alcolumbre@pjba.gov.ar) -

Funcionario Firmante: 26/05/2020 14:23:19 - HERNÁNDEZ Gustavo Víctor
(gustavo.hernandez@pjba.gov.ar) -

Funcionario Firmante: 26/05/2020 14:39:42 - NOALE Carolina
(carolina.noale@pjba.gov.ar) -

Funcionario Firmante: 26/05/2020 14:43:42 - BLANCO KÜHNE Maria
Florenia (maria.blancokuhne@pjba.gov.ar) -

249000471016763666

TRIBUNAL DEL TRABAJO Nº 4 - MORON

NO CONTIENE ARCHIVOS ADJUNTOS