

EL DECRETO 329/20 Y LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN LA JURISPRUDENCIA

Carina Noemí Guevara y Ana María Salas¹

Sumario: I. Introducción. II. El derecho de emergencia . III. La respuesta jurisprudencial a la violación de la prohibición de despido establecida por DNU 329/2020. IV. Conclusión.

Palabras clave: DNU 329/20 - Emergencia - Pandemia - Covid - Despido - Reinstalación - Vulnerabilidad .

I.- Introducción

La tutela judicial efectiva es un derecho humano fundamental de raigambre constitucional que integra la concepción del Estado de Derecho y a la justicia como valor fundamental.

Es un derecho autónomo, independiente y transversal al derecho sustancial que se encuentra en juego. Es un derecho fundamental reconocido por el art. 18 de la CN, posicionándose entre los derechos humanos internacionales fundamentales luego de la reforma constitucional del año 1994, donde se incorporaron Convenios internacionales en los que media una especial regulación de él(art. 75, inc. 22 de la CN)².

La citada reforma constitucional significó un avance en el tránsito del Estado de Derecho hacia el Estado de Justicia y la ratificación de los convenios internacionales indicados implica el compromiso asumido por el Estado a fin de evitar que el derecho fundamental reconocido se traduzca en meros enunciados o postulados ilusorios sin efectividad plena y eficacia práctica.

Por ello la CIDH afirmó que *"... la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido, debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente*

¹ Carina Noemí Guevara: Abogada y Escribana (UNC); Especialista en Mercosur Aspectos Jurídicos-Económicos (UNC);Diplomada en Derecho Procesal del Trabajo (Universidad Siglo XXI); miembro activo de la Sala de Derecho Laboral y Derecho Procesal Laboral, Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas Universidad Blas Pascal; Directora de la investigación "Medidas Preparatorias y Cautelares en el Proceso Laboral en Córdoba (Universidad Siglo XXI) Prosecretaría Letrada de la Asesoría Letrada del Trabajo y Concursante posición número 3 en OMP Concurso de Secretarios de Conciliación Capital y posición número 1 en Jesús María del Poder Judicial de Córdoba. Conferencista y publicista. Mail: cariguev@gmail.com
Ana María Salas: Jueza de la Séptima Cámara del Trabajo de Mendoza; Especialista en Derecho Laboral (U. N. Cuyo y UN Litoral); Profesora de Derecho del Trabajo de grado y posgrado (Universidad Mendoza y UNCuyo); autora de artículos y trabajos de la especialidad en obras colectivas e individuales. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8490-1134> mail: amsalas9295@gmail.com.

² Es caso de la Convención Americana de Derechos Humanos - Pacto de San José de Costa Rica- aprobado por ley 23054 (B.O., 27-03-84) -arts. 8.1 y 25.1); la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobado por Resolución 217 A (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas (París 10-12-48) art 10-; la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, aprobada por ley 17.722 (B.O., 08-05-68) -art. XVIII- y el Pacto Internacional de Derechos Cíviles y Políticos aprobado por el art. 14 ley 23313 (B.O., 13-95-86).

admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla...¹³.

En similares términos la Corte Federal ha reconocido que "... las declaraciones, derechos y garantías no son- como puede creerse- simples fórmulas teóricas pues cada uno de los artículos y cláusulas que las contienen poseen fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la Nación...¹⁴.

El derecho a la tutela judicial efectiva comprende un triple e inescindible enfoque, que se concreta en fases sucesivas: 1) La libertad de acceso a la justicia, eliminando los obstáculos procesales que pudieran impedirlo; 2) La obtención de una sentencia de fondo, es decir motivada y fundada, en un tiempo razonable, más allá del acierto de dicha decisión y 3) La ejecutoriedad del fallo que lleve a asegurar que la sentencia se cumpla.

Nos avocaremos al análisis del segundo enfoque o fase de este derecho fundamental a los fines de definir si el debate y decisión de los casos planteados en violación al DNU 329/2020 ha respondido al derecho vigente en contexto de emergencia y ha permitido arribar a soluciones fundadas o motivadas en condiciones y objetivos de equidad

II. El derecho de emergencia

La declaración de emergencia constituye un mal endémico en nuestro país. Por ello se ha naturalizado el dictado de leyes en la materia (vg. ley 23697, 25561, 27541) dando lugar al llamado derecho de la emergencia.

La emergencia significa reconocer un estado de situación fuera de lo común, anormal o extraordinaria. Al respecto de la CSJN ha afirmado: "*Se trata de una situación extraordinaria, que gravita sobre el orden económico social, con su carga de perturbación acumulada, en variables de escasez, pobreza, penuria o indigencia, originada en un estado de necesidad al que hay que ponerle fin...*"¹⁵

En el año 2020 además de la emergencia económica local reconocida por ley 27541, se debió hacer frente a una emergencia natural de carácter sanitario global a partir del día 11-03-2020 en el que la Organización Mundial de la Salud (OMS), declaró el brote del nuevo coronavirus, COVID-19, como una pandemia.

Los organismos internacionales de protección de derechos humanos advirtieron sobre la necesidad de adoptar medidas para paliar el impacto que el aislamiento necesario para evitar el avance del virus y las previsibles consecuencias que ello generaría en el empleo⁶ y en las condiciones laborales. En respuesta de ello nuestro país adoptó políticas dirigi-

3 CIDH, Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8º, Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, Serie A N° 9, párr. 24. Esta opinión ha sido reiterada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los casos Velásquez Rodríguez, Fairén Garbí y Solís Corrales, y Godínez Cruz.

4 CSJN Caso " Angel Siri p/ Acción de amparo", 27-12-57, Fallos:239:461 Id SAIJ: FA57997827. En el precedente la Corte hizo suya la opinión de Joaquín V. González expuesta en el "Manual de la Constitución argentina", en "Obras completas", vol. 3, Buenos Aires, 1935, núm. 82; confr., además, núms. 89 y 90.

5 SCJN "Peralta, Luis A y otro c. Estado Nacional, Ministerio de Economía y BCRA", 27-12-90.

6 Ver pronunciamientos de ONU, Oficina del Alto Comisionado en Derechos Humanos, "Directrices relativas a la COVID-19", 14/4/2020, en: <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/COVID19Guidance.aspx>; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Declaración sobre la pandemia de COVID-19 y los derechos económicos, sociales y culturales", 6/4/2020, versión avanzada sin editar (E/C.12/2020/1), en: <https://undocs.org/es/E/C.12/2020/1>; CIDH, Resolución 1/20, "Pandemia y Derechos Humanos en las Américas", 10/4/2020, en: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>; Corte IDH, "Covid-19 y Derechos Humanos: los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales", en: http://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_27_2020.pdf.

das a proteger el empleo y las remuneraciones de las trabajadoras y trabajadores, tales como subvención de los salarios, de desgravaciones fiscales o de programas complementarios de seguridad social, etc.⁷

En forma especial por el DNU 329/2020 se dispuso la prohibición de despidos sin justa causa y por las causales de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor a partir del 31 de marzo del 2020, lo que fue objeto de prórroga por decretos posteriores.

Esta norma fue precedida por la citada ley de emergencia 27.541, el DNU 34/19 (B.O., 13-12-19) por el que se declaró la emergencia pública en materia ocupacional; el DNU 260/2020 (B.O., 12-03-2020) por el que se amplió la emergencia pública en materia sanitaria establecida por Ley N° 27.541, por el plazo de un año a partir de su entrada en vigencia; el DNU 297/2022 (B.O., 20-03-2020) por el que se dispuso el “aislamiento social, preventivo y obligatorio” (ASPO). En razón de él las personas debieron permanecer en sus residencias y abstenerse de concurrir a sus lugares de trabajo, así como desplazarse por rutas, vías y espacios públicos, todo con el objeto de prevenir la circulación y el contagio del virus y la afectación de la salud pública. La prohibición de circulación reconocía como excepción las actividades y servicios calificados como esenciales, según el listado establecido por el mismo DNU.⁸

El ASPO fue reemplazado por el “distanciamiento social, preventivo y obligatorio” (DISPO) en un todo conforme los términos y parámetros epidemiológicos y sanitarios establecidos en el DNU 125/2021 (B.O., 28-02-21).

Por tanto la situación laboral en el sector privado quedó definida por dos prohibiciones: la de circular y consiguientemente, de trabajar -con excepción de las actividades y servicios declarados esenciales- y la de suspender o despedir sin justa causa o por las causas de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor.

De esta forma el Poder Ejecutivo Nacional incrementó el nivel de tutela a los trabajadores frente al despido arbitrario y elevó el umbral de protección desde la instancia del “acto ilícito válido que genera el deber de indemnizar”, a la instancia de “acto inválido”. Esta prohibición de despedir, en los supuestos referidos, conlleva la antijuricidad de tal rescisión, le resta toda eficacia y provoca la restitución del estado de cosas anterior al distracto. Se trata de un régimen de excepción al sistema de estabilidad impropia, que apunta a evitar situaciones disvaliosas.⁹

Con posterioridad el DNU 266/21 (BO 22-04-21) y 413/21 (BO 28-06-21) exceptuaron las contrataciones celebradas con posterioridad a la entrada en vigencia del DNU 34/19 por lo que el ámbito de tutela establecido se limitó a las contrataciones existentes al 13-12-19 y no a las posteriores.

Los despidos producidos en violación de esta norma por el período de su vigencia de-

7 A título meramente ejemplificativo se pueden mencionar el “Programa de Asistencia de Emergencia al Trabajo y la Producción” (ATP); el “Programa de Recuperación Productiva” (REPRO), consistente en un sistema integral de prestaciones por desempleo y la asistencia a través (Decreto 332/2020 (B.O. 01/04/2020). Ampliado por Decreto 376/2020 (B.O. 20/04/2020) y por Decisión Administrativa 1133/2020 (B.O. 27/06/2020)) el “Programa Nacional de Inclusión Socio-Productiva y Desarrollo Local “Potenciar Trabajo” (Resolución 121/2020, Ministerio de Desarrollo Social (B.O. 20/03/2020)-, entre muchos otros.

8 Este DNU fue sucesivamente prorrogado mediante los decretos 325/20, 355/20, 408/20, 459/20 y 493/20 y, con ciertas modificaciones según el territorio, por los decretos Nros. 520/20, 576/20, 605/20, 641/20, 677/20, 714/20, 754/20, 792/20, 814/20, 875/20, 956/20, 1033/20, y 67/21 hasta el 28 de febrero de 2021, inclusive.

9 Expte. N° 9287780, caratulado: “González Rodrigo Felipe C/ Pléyade S.A. - Medida autosatisfactiva”, Juzgado de Conciliación y Trabajo de 9° Nominación, sentencia de fecha 25-06-2020, citado por Marconetto, María Teresa, “Medidas Autosatisfactivas dictadas en Pandemia en la Provincia de Córdoba” <file:///C:/Users/Ana%20Maria/Downloads/286-Texto%20del%20art%C3%ADculo-897-2-10-20211221.pdf>.

terminaron, en muchos casos, su necesaria judicialización. La postura de los tribunales frente a los despidos que transgredieron esa prohibición constituye el tema de análisis del presente trabajo.

III. La respuesta jurisprudencial a la violación de la prohibición de despido establecida por DNU 329/2020

En el tema se impone distinguir las decisiones que se han expedido sobre los aspectos procesales y sustanciales de las demandas interpuestas

1. Aspectos procesales

Las vías procesales adoptadas por los trabajador/as afectado/as se concretaron esencialmente en dos: medidas autosatisfactivas y demandas de amparos o acciones sumarísimas con medidas precautorias o cautelares de no innovar.

Corresponde destacar que sólo se tratarán aquellas acciones que tuvieron por objeto cuestionar el despido producido por las causales establecidas en el DNU 329/2020, ello es, despido sin causas o fundada en falta o disminución de trabajo o fuerza mayor.

A los despidos dispuestos con fundamento en una causal -justa o no-, en términos generales se les dio el trámite del proceso de conocimiento o debate pleno y no se los encuadró en el DNU por entender que éste responde a una situación excepcional y que debía configurarse la situación de "tipicidad" establecida por la norma, por lo que se impuso una interpretación restricta en su aplicación.¹⁰

A. Medidas autosatisfactivas¹¹

Algunos tribunales se expidieron respecto de la improcedencia de este trámite en los casos donde se reclamó la reinstalación del trabajador afectado por el despido.

Se consideró que la pretensión del trabajador no debió haber sido canalizada como una medida propiamente "autosatisfactiva" dado que ésta sólo podía funcionar cuando se tratara de "...derechos evidentes", "ostensibles", "patentes", porque el proceso concluye con el

10 El Juzgado de Primera instancia CyC y Conciliación de 1º Nominación. Oficina Única de Conciliación de Bell Ville, en los autos: "L., L. E. c/ G. e H. S.A. - Medida autosatisfactiva", sentencia del 10-11-2020, aplicó el DNU 329/2020 a un supuesto de despido dispuesto por abandono de trabajo. En la causa se comprobó que no se efectuó el emplazamiento previo dispuesto por el art. 244 de la LCT por lo que quedó asimilado a un despido sin causa. En el mismo sentido la Sala I, en el Expte. N° 44579/2021, caratulado: "Burgos, Natalia Elizabeth c/ Consorcio de propietarios Calle Cuenca 2379 s/medida cautelar", 24-08-22, donde se hizo lugar a la reinstalación requerida no obstante tratarse de un despido con causa. El Tribunal consideró que la eventual causa expresada en la comunicación del despido enfrentaría aristas debatibles que, una vez más, exceden el prieto marco de análisis cautelar. Destacó, además que, la restricción a la facultad de despedir se ciñe a la situación excepcional de pandemia, que exige la adopción de medidas de corte también excepcional que aseguren a las personas que trabajan que, en principio, esta situación de emergencia no les hará perder sus puestos de trabajo. De lo contrario, se enfrentarían con la consecuente pérdida del ingreso económico -de subsistencia-, en el marco de las medidas de aislamiento impuestas por el Estado, ante una coyuntura que evidencia la escasa probabilidad de que obtengan un nuevo empleo en sustitución del puesto del que la accionada pretende desplazarla -en el caso, encargada con vivienda-.

11 Roland Arazi explica la confusión que se genera entre el anticipo de tutela, la medida autosatisfactiva, el proceso urgente e, incluso, la acción preventiva prevista en los artículos 1711 y concordantes del Código Civil y Comercial de la Nación. Esta última se ejerce mediante un proceso de conocimiento pleno que culmina con una sentencia definitiva con autoridad de cosa juzgada; tiene por objeto evitar un daño, su continuación o agravamiento; el peligro reside en la posibilidad de producir o agravar un daño en el sentido previsto en el artículo 1737 del citado Código. Las medidas cautelares son siempre provisionales y el peligro que justifica su dictado es la demora; el artículo 1713 del CCyCN dispone que la sentencia que se dicta en la acción preventiva debe disponer en forma definitiva o provisoria obligaciones de hacer o no hacer, pero en este caso la provisionalidad no es de carácter procesal, como sucede con las cautelares, sino que el juez, apreciando cual es el daño que se tiende a evitar, puede establecer un límite temporal al mandato hasta que desaparezcan las causas que pueden originarlo o agravarlo. En las medidas cautelares en general y de la innovativa en particular, puede coincidir total o parcialmente con el objeto principal del proceso y no es de la esencia de las medidas preventivas que ellas deben dictarse inaudita parte pues cuando el conocimiento previo de la contraria no frustra la eficacia de la cautela el juez puede oír la otorgando un traslado por un plazo razonable o citándola a una audiencia, valorando las circunstancias del caso y la urgencia. La medida de innovar puede ordenar volver a una situación de hecho o de derecho anterior incluso de la demanda, o crear una nueva situación que no existía con anterioridad. En el caso de la tutela otorgada en forma anticipada, puede que la misma sea de carácter irreversible. Lo importante es que se conceda si la demora puede ocasionar una lesión grave a derechos fundamentales de las personas y hay una fuerte verosimilitud del derecho. Ello no impide que la respectiva resolución sea revisada mediante el ejercicio de los recursos respectivos o al dictarse sentencia definitiva en el expediente principal. <https://fundesi.com.ar/medida-autosatisfactiva/>

dictado de la resolución, consume la pretensión y torna abstracto cualquier debate ulterior.

Por tanto, este recurso procesal sólo resulta procedente cuando el derecho y la urgencia se encuentren debidamente acreditados o su elucidación no supone una cuestión fáctica, probatoria o jurídica compleja o cuando se hubiere probado el reconocimiento del derecho del actor por parte del demandado

Por ello se consideró que la admisión de ese tipo de peticiones por parte de los Tribunales debe ser decidida con suma prudencia y en forma residual (cuando no existen otras vías más eficaces), en razón de su carácter definitivo, no precautorio ni subordinado a otro proceso que presenta.

Consecuentemente la reinstalación requerida, con fundamento en la legislación de emergencia sanitaria, requiere de un análisis jurisdiccional específico después de haber oído al demandado.¹²

Esta solución encuentra respaldo en la doctrina de la Corte Nacional quien desde el año 2005 las descalificó por cuanto entendió que no es posible otorgar una medida con carácter definitivo sin respetar el principio de bilateralidad.¹³

En igual sentido la doctrina ha afirmado que la medida autosatisfactiva, ordenada sin audiencia de la contraria, es una tutela cautelar anticipada que no se agota con su despacho favorable. El proceso debe continuar hasta la sentencia que ponga fin al conflicto de manera definitiva.¹⁴ Porque si la medida se agota con el simple despacho favorable de la jurisdicción caen con todo su peso aquellos principios que sostienen el debido proceso.¹⁵

Otros tribunales admitieron su procedencia para lo cual se requirió la sola acreditación del vínculo laboral y del despido sin causa o por razones económicas dentro del período de vigencia del DNU 329/20. Con ello se consideró cumplidos los presupuestos necesarios para su despacho favorable.

En su virtud se declaró nulo el despido y se ordenó la reinstalación del trabajador/ra afectado, con el pago de los salarios caídos, además de imponer al demandado el apercibimiento de aplicar astreintes en caso de mediar incumplimiento de la orden judicial.¹⁶

B. Demanda de amparo o acciones sumarísimas con medidas precautorias o caute-

12 Conf. CSJM, Expte. CUIJ: 13-05398332-9/1((010406-161189)), caratulado: "Tolcon SA en Juicio n° 161189 "Moya José Luis Angel c/ Tolcon SA p/ Medida precautoria o cautelar" p/ Recurso Extraordinario Provincial", 27-02-2021 (voto de la mayoría); Expte. 9361895, caratulado: "Ruartes, Lucas Ezequiel C/ Chexa S.A. - Medida autosatisfactiva", 29-07-2020. Juzgado de Conciliación y Trabajo de 5ª Nominación confirmado por la Sala 10ª de la Cámara del Trabajo de Córdoba en fecha 10-09-2020; Expte. N° 9290279, autos: "Arias, Francisco Esteban c/ Tecma SRL- Medida autosatisfactiva" del Juzgado. de Conciliación y Trabajo de 2ª Nominación de Río Cuarto, 20-08-20; Expte. 9361637, autos "García Gustavo Emanuel C/ Ingeniería SRL e Ing. Roberto Y Carlos Trujillo SRL - UTE - Cuerpo de Apelación", Sala 1 de la Cámara Única del Trabajo Córdoba, 20-08-2020; Expte. 9325234, carátula: "Sequeira, Alberto C/ Balestrini Roberto, Balestrini Carlos Y Balestrini Pablo SH - Medida autosatisfactiva", 13-07-2020. Juzgado de Conciliación y Trabajo de 7ª Nominación; Expte. 9322669, carátula: "Andrade, Hernán Ezequiel C/ Consultores de Empresas - División Industrial S.R.L. - Medida autosatisfactiva", 04-08-2020. Juzgado de Conciliación y Trabajo de 8ª Nominación; Expte. N° 9290387, carátula: "Moya, Víctor Manuel C/ ZF Argentina S.A. Y Otro - Ordinario - Despido", 09-10-2020, Juzgado de Conciliación y Trabajo de San Francisco.

13 CSJN Fallos 322:4520; 327: 4495; 330: 5251; 331: 2287; 327 4495, entre muchos otros.

14 Falcón, Enrique M. "Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial", Rubinzal-Culzoni, 2006, tº IV, p. 887.

15 Rojas, Jorge A. "Sistema cautelares atípicos", Rubinzal-Culzoni, 2009, p. 219.

16 Expte. N° 9197978 caratulado: "Zampetti Allende, Rubén Dario c/ JBG Group S.A. - Medida autosatisfactiva" del 24º Juzg. de Conciliación y Trabajo de 10ª Nominación, 19-05-2020 y Expte. N° 9197977, caratulado: "Peretti, Agustina c/ JBG Corp S.A. - Medida autosatisfactiva", sentencia de la misma fecha. Expte. n° 9257133, caratulado: "Sánchez, Candela Amalia c/ Lapenta S.R.L. - Medida autosatisfactiva", del Juzg. de Conciliación y Trabajo de 8ª Nominación, 05-06-2020.

lares de no innovar

En términos generales los Tribunales hicieron lugar a las medidas cautelares de no innovar con fundamento en la doctrina establecida por la Corte Federal en los casos "Camacho", "Barrera", entre otros¹⁷.

En esos precedentes se afirmó que podían admitirse medidas cautelares innovativas que coincidan total o parcialmente con lo que es o puede ser motivo de debate en una acción principal, por cuanto la decisión que pudiera recaer al respecto no implica prejulgamiento y que, cuando la tutela efectiva de los derechos así lo requiere, es admisible viabilizar medidas de carácter anticipatorio. Para ello será necesario comprobar que se cumpla en forma objetivamente clara los recaudos de procedibilidad referidos a la verosimilitud del derecho y al peligro en la demora¹⁸.

2. Aspectos sustanciales

En este capítulo analizaremos los planteos efectuados respecto de estatutos especiales y modalidades contractuales:

a. Estatutos especiales

* Estatuto de la construcción:

El estatuto que más debate generó es el del Empleado de la Construcción, regulado por ley 22.250.

La solución vino de la mano de los DNU 266/21 (B.O., 22-04-21) y 413/21 (B.O., 28-06-21) los que expresamente exceptuaron de la prohibición establecida en el DNU 329/2020, al personal comprendido en este régimen legal

No obstante, hasta el dictado de esos decretos mediaron situaciones donde se contravirtió la procedencia del despido de lo/as trabajadore/as incluidos en su ámbito.

La improcedencia de la aplicación del DNU 329/2020 reconoció como principal fundamento la característica propia del estatuto que consiste en el carácter temporario del vínculo, por ello se consideró que la aplicación del decreto desnaturalizaría este régimen especial.

Otros fundamentos se encontraron en el derecho administrativo en base a la doctrina establecida por la Corte Federal en la causa "Ramos". Se afirmó que en el caso de los contratados por la administración pública que contaron con una legítima expectativa de permanencia laboral sólo se les reconoció el derecho a recibir una indemnización por ex-

17 CSJN, "Camacho Acosta, Maximino c/ Gráfico Graf SRL y otros", 07-08-97. Se trató de una tutela anticipada que como medida cautelar innovativa, fue solicitada en el proceso principal y se ordenó anticipar parte del reclamo del actor antes de dictada la sentencia definitiva. En igual sentido se puede ver el precedente "Barrera Echavarría María y otros c/ Lotería Nacional Soc. del Estado s/ Acción de amparo", 29-08-17 (Fallos 340:1136).

18 En este sentido se expide el Juzgado Nacional n° 54 en la causa n° 26454/2020, caratulada "Magrino, Martín A. c/ Jockey Club Asociación Civil", 24-11-2020 que fue dejada sin efecto por mayoría por la CNAT Sala II, 16-12-21, por tratarse de un contrato celebrado con posterioridad al 13-12-19 conforme DNU 413/21. Se puede citar como ejemplo la resolución dictada por el Juzgado Federal de Resistencia n°2, en el Expte. N° FRE 1343/2020, caratulado: "Ojeda Benegas, Julio Rodrigo c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/ Medida cautelar", 07-04-2020. ; y las distintas Salas que componen la CNAT, tal es el ejemplo de la Sala de Feria, Expte. N° 9732/2020, caratulado: "Grasso Viola, Melisa Daniela c/ Chevron Bussines Support Center SRL s/ acción de amparo", 13-05-2020; Sala I, Expte. N° 10520/2020 carátula: "Quiñones Menezes, Andrés Eduardo c/ 25 HORAS SA y otro s/ medida cautelar", sentencia del 29-06-2020; Sala III, Expte. N° 11076/2020, carátula: "Santos, Bárbara Anabella c/ Maxsegur SRL s/ medida cautelar", sentencia de fecha 22-06-2020; Sala IV, Expte. N° 10474/2020/CA1, carátula: "Pérez, Manuel c/ Fibro SRL s/ sumarísimo", sentencia del 16-07-2020, Sala IV, Expte. N° 10744/2020, carátula: "Bianchi, María Julieta c/ Newcycle SRL s/ medida cautelar", sentencia del 17-07-2020; Sala VII, Expte. N° 10026/2020, carátula: "Pereira Erika Joseline c/ c/ Pérez Guerrero, Andy Jacqueline s/ medida cautelar", sentencia del 03-06-2020, Expte. N° 10.409/2020, carátula: "Bernal Betancourt, Douglas José c/ NORPROX SA s/ medida cautelar", sentencia del 24-06-2020, Expte. N° 10495/2020, carátula: "Jimenez Tovar, Karen Vanessa c/ 25 HORAS SA y otro s/ medida cautelar", sentencia del 03-07-2020 y Sala IX, Expte. N° 10206/2020, carátula: "Chávez, Bianca Magalí c/ 25 HORAS SA s/ medida cautelar", sentencia de fecha 18-06-2020; Sala VIII "González, Verónica Andrea vs. Marketing Research And Merchandising S.A. y otro s. Medida cautelar", 26-08-2020, entre otros.

tinción de la vinculación y no su reinstalación, por lo que no se observó como razonable reconocer ese derecho en la industria de la construcción.

El derecho colectivo también fue utilizado como argumento al afirmar que ni a los representantes sindicales, cuando sus mandatos han finalizado, se les ha reconocido el derecho a la reinstalación, razón por la cual no encuentran razón que justifique el reconocimiento de ese derecho en este estatuto.

Por otra parte, se aseguró que la reinstalación pretendida provocaba el consiguiente derecho al goce de haberes sin contraprestación, por ejemplo, en el supuesto de finalización de la obra que dio causa a la extinción del contrato y que impide al empleador otorgarle ocupación efectiva. Y ese derecho ni siquiera es reconocido al trabajador que ejerce legalmente su derecho a huelga.

Se aseguró que la interpretación en contrario afectaba las propias bases sobre las que se apoya la libertad de contratar (art.14 de la Constitución Nacional)

Puede afirmarse que con la letra expresa del DNU 266/2021 (B.O. 22/04/2021) que, posiblemente para salvar cualquier discusión al respecto, excluyó de la protección del DNU 329/2020 a *"...quienes se encuentren comprendidos o comprendidas en el régimen legal de trabajo para el personal de la industria de la construcción de la Ley N° 22.250..."* (art. 5; ad. v. DNU 345/2021, art. 5 y DNU 413/2021, art. 5).

Por ello se destacó que es deber de los jueces computar los preceptos en forma armónica con el resto del ordenamiento y la Constitución Nacional, prefiriendo siempre la solución que favorezca y no la que dificulte los fines perseguidos por la legislación que alcanza el punto en debate (conf. C.S.J.N., Fallos: 323:1374; Fallos: 329:695, entre muchos).¹⁹

También se afirmó que el art.15 de la ley 22.250 expresamente dispone que el sistema reemplaza al régimen de preaviso y despido contemplados por la ley de contrato de trabajo. De ello se sigue que en el estatuto bajo análisis no hay ni preaviso ni despido, sino que lo que acontece es la extinción o finalización del vínculo. Y en siguiendo la misma lógica, la ley 26.494 tiene un régimen jubilatorio diferencial propio. De ello se deriva que, en este caso, la ley distingue, lo que obliga a los/as operadores/as del derecho del trabajo a distinguir. La distinción está planteada en la generación de un sistema diferente, donde no existe estabilidad, ni relativa ni absoluta, o ni propia ni impropia.²⁰

Otros Tribunales se expidieron a favor de la protección y reinstalación de los trabajadores de la industria de la construcción. En estos casos se afirmó que el DNU 487/2020, que fue a su vez prorrogado por D.N.U. 624/2020, entre cuyos fundamentos estableció mantener *"...vigentes las relaciones laborales existentes y sus condiciones actuales. Que esta crisis excepcional exige prorrogar la oportuna adopción de medidas de idéntica índole asegurando a los trabajadores y a las trabajadoras que esta emergencia no les hará perder sus*

19 Conf. CSJM, Expte. CUIJ: 13-05398332-9/1((010406-161189)), caratulado: "Tolcon SA en Juicio n° 161189 Moya José Luis Angel c/ tolcon SA p/ Medida recautoria o cautelar" p/ Recurso Extraordinario Provincial", 27-02-2021 (voto de la mayoría).

20 Expte. 9361637, carátula: "García Gustavo Emanuel C/ Ingeniería SRL e Ing. Roberto y Carlos Trujillo SRL - UTE - Cuerpo de apelación", 20-08-2020 de la Sala 1° de Cámara Única del Trabajo, Córdoba (voto del Dr. Rolón); Exp. N° 9351909 y su relacionado N° 9266777, caratulado: "Mainini, Alberto Mauricio C/ Boetto y Buttigliengo SA - Medida autosatisfactiva - Cuerpo de apelación", 21-08-2020, de la Sala 6° de la Cámara del Trabajo de Córdoba, confirmado por el STJ; Expte. 9249861, carátula: "Villaruel, Sebastián Enrique C/ Boetto y Buttigliengo SA-Medida autosatisfactiva", 16-06-2020, del Juzgado de Conciliación y Trabajo de 10° Nominación, revocado por la Sala 1° de la Cámara Única del Trabajo, Córdoba (voto del Dr. Rolón)

puestos de trabajo...”, por ello nada impide que las relaciones laborales comprendidas en este estatuto que se encontraban vigentes al momento de la normativa de emergencia se encuentren comprendida entre los contratos cuya extinción está prohibida por disposición del DNU 329/2020. El Decreto 266/2021 no hace más que confirmar que con anterioridad se encontraba incluido el personal de la industria de la construcción.

Se entendió que la proscripción que allí se establecía no repugnaba ningún precepto constitucional en atención a su escasa vigencia y en un escenario que aún hoy se está recuperando de la profunda crisis económica desencadenada por la pandemia mundial.²¹

Además, se aseguró que la redacción de la norma es clara y no consagra excepciones de ningún tipo, por lo que no es posible interpretar que algún colectivo de trabajadores/as se encuentre excluido de su ámbito de aplicación.²²

Se destacó en forma especial la necesidad de tener en cuenta el sentido teleológico de las normas de emergencia, en cuanto tienden a paliar los efectos nocivos de la pandemia en el plano laboral, procurando la protección del empleo en estas especiales circunstancias. Por ello frente a este escenario, los presupuestos axiomáticos y axiológicos de nuestra disciplina jurídica se acrecientan, entre ellos el principio protectorio y su rol fundamental para la interpretación y aplicación del derecho. Por lo tanto, de dos interpretaciones posibles, se impone la de mantener el contrato durante el periodo de prohibición aún en la hipótesis de un trabajador de la industria de la construcción, siendo aplicable la regla de interpretación imperativa que consagra el art. 9 LCT.²³

En un contexto de emergencia sanitaria y económica, las políticas de Estado son las que definen las prioridades. Por tanto en una dicotomía entre la protección del empleo y el poder de dirección y organización de la empresa se ha optado por lo primero, aunque con apoyos económicos, fiscales y financieros al sector productivo.

Es que el pago del fondo de cese laboral constituye sin dudas un aporte para sobrellevar temporariamente la crisis, pero de ninguna manera compensa el mantenimiento del cargo efectivo, que conlleva no solamente previsibilidad salarial sino también cobertura de enfermedad inculparable, obra social personal y del grupo familiar, además de la continuidad de capitalización del ya referido fondo de cese para su disponibilidad cuando el contrato se extinga legítimamente.

Si se interpreta en sentido contrario se llevaría a desactivar la normativa de emergencia con el simple pago de una indemnización, lo que no ha sido la voluntad del legislador²⁴, dado que lo que se pretende es asegurar el salario y no la indemnización.²⁵

21 STJ Córdoba, Causa n° 9351909, caratulado "Mainini, Alberto Mauricio c/ Boetto y Buttigliengo SA - Medida Autosatisfactiva - Cuerpo de apelación", 11-04-22; CNAT, Sala I, "González, Héctor Fabián vs. Geo & S - Gerenciamiento de Obras y Servicios S.A. s. Medida cautelar", 19-03-2021; Juzg. Nac. Trab. N° 23: "Castellis, Brian Fabián y otros vs. Aligieri S.A. s. Acción de amparo", 22-05-2020

22 Voto de la minoría de la CSJM, Expte. CUIJ: 13-05398332-9/1(010406-161189), caratulado: "Tolcon SA en Juicio n° 161189 "Moya José Luis Angel c/ Tolcon SA p/ Medida recautoria o cautelar" p/ Recurso Extraordinario Provincial", 27-02-2021; Expte.N° 9306528, carátula: "Toledo, Diego Martin Del Valle C/ Boetto y Buttigliengo S.A. Medida autosatisfactiva" del Juzgado de Conciliación y Trabajo de 9° Nominación confirmado por la Sala 2 de la Cámara Única del Trabajo de Córdoba, 12-02-21; CNAT Sala VII "González c/ Omalco" 19-08-2020; Cám. Apel. de la provincia de La Pampa, "Monzón c/ Innokonst SA", 14-08-2020; Juzgado de 1° Inst. en lo Laboral de Rosario "Leguizamón c/ Milicic SA", 17-07-2020.

23 Expte.N° 9306528 ya citado del Juzg. de Conciliación y Trabajo de 9° Nominación, confirmado por la 2° Sala de Cámara Única del Trabajo, Córdoba; Expte. 9249861, caratulado "Villarrol, Sebastián Enrique C/ Boetto y Buttigliengo S.A. - Medida autosatisfactiva" de la Sala 1° de la Cámara del Trabajo de Córdoba (voto del Dr. Giletta).

24 Expte. 9263226, carátula: "García, Gustavo Emanuel C/ Ingeniería SRL e Ing. Roberto y Carlos Trujillo SRL - UTE - Medida autosatisfactiva", del Juzgado de Conciliación y Trabajo de la 8° Nominación, 18-06-2020. Confirmado por la Sala 1° Cámara del Trabajo de Córdoba.

25 Expte. 9361637, carátula: "García Gustavo Emanuel C/ Ingeniería SRL e Ing. Roberto y Carlos Trujillo SRL - UTE - Cuerpo de Apelación -", Sala 1° de

b. Modalidades contractuales

* Contrato de trabajo eventual

En el supuesto de trabajadores eventuales se ha sostenido que más allá de lo que pueda decirse sobre la cuestión de fondo en cuanto a la extensión del decreto 329/2020, se advierte que en el caso se trata de una trabajadora despedida, en época de pandemia y de aislamiento social, preventivo y obligatorio, sin otra fuente de recursos. Además de la íntegra lectura del decreto surge que lo que se pretende impedir es la consumación de despidos durante el transcurso de la situación sanitaria imperante, ello en defensa de los puestos de trabajo y de los propios trabajadores, sin observarse -a priori- otro tipo de distinción al efecto, por lo que se resolvió la procedencia de la aplicación del citado decreto.²⁶

* Contrato de trabajo de plazo fijo

En esta modalidad contractual en el fallo de instancia se afirmó que el decreto 329/2020 no expresa ninguna distinción y, como bien se sabe, en materia interpretativa no cabe distinguir si la ley no lo hace, a lo cual se agrega el principio *pro operario* (art. 9, LCT). Todo ello, despeja cualquier duda debiendo interpretarse a favor del trabajador la aplicación de la norma de emergencia lo que concuerda con el propósito del legislador de promover la progresividad de los derechos sociales.

Lo expuesto fue revocado por el Superior Tribunal porque se trató de una contratación efectuada en fecha 21-01-2020, lo que determinaba la aplicación del DNU 266/21 y sus prórrogas.²⁷

* Contrato a prueba (art. 92 bis de la LCT)

Estos contratos son los que han generado mayor debate, con resultados dispares.

Algunos Tribunales han considerado que resulta procedente la aplicación del DNU 329/2020 por cuanto éste sólo se refiere a los despidos "sin justa causa" y no hace ninguna distinción, fundada en la antigüedad de los trabajadores.

En el período de prueba el empleador puede despedir sin derecho a indemnizar la antigüedad (no así el preaviso, si no lo otorga) y por tanto no es necesario para él invocar como causa que el trabajador no superó la "prueba", pero excluir a los trabajadores de la protección que les brinda el decreto 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.²⁸

No obstante ello, se ha limitado la aplicación del decreto a sus límites de extensión. Por ello se ha afirmado que la norma de emergencia no ha dejado sin efecto lo previsto en el art. 92 bis de la LCT, tampoco han previsto los efectos que la aludida prohibición de extinguir vínculos podría tener sobre la adquisición del derecho a la estabilidad, ni la consecuente extensión del mencionado período de prueba en igual medida que se extienda la imposibilidad de hacer uso de esa facultad. A fin de armonizar ambos institutos, el

Cámara del Trabajo de Córdoba, 20-08-2020 (voto del Dr. Giletta).

26 CNAT, Sala VII. "Guzmán, Dora Pamela vs. OMINT S.A. s. Acción de amparo" de fecha 25-03-2021.

27 SCJM, Expte. N° 13-05339627-9/1, caratulada: "Mediterránea Clean SRL en J° 160.795 Cufre Gazal Laura Julieta c/ Mediterránea Clean SRT p/ Acción de Reinstalac. en el trabajo p/REP", 08-09-21.

28 CNAT, Sala VIII, "Perella, Sergio Oscar vs. 25 Horas S.A. y otro s. Medida cautelar", de fecha 24-08-2020 (voto del Dr. Pesino); Sala V, "Ciocoletto Zulian, Facundo vs. Megamental S.A. s. Acción de amparo", 05-08-2020; Juzg. Nac. Trab. N° 69, "Luna, Neri Alejandro vs. Solutions Group S.A. s. Medida cautelar", 12-06-2020;

despido del actor resultará ineficaz y se mantendrá la vigencia de la relación laboral exclusivamente mientras se extienda la imposibilidad de concluir el vínculo por invocación del período de prueba, esto es durante la vigencia del DNU 329/2020, y sus prórrogas.²⁹

Para otros el decreto 329/2020 no alcanza a estos contratos, sosteniéndose que el trabajador carece de derecho a estabilidad en el empleo y, por consiguiente, a ser reinstalado en la empresa.

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 de la LCT. Por ello la estabilidad reforzada otorgada por el DNU 329/2020 no había sido adquirida por el actor porque no llegó a cumplir el plazo señalado por la normativa citada en primer término.³⁰

Ese decreto dispuso la prohibición temporal de disponer despidos, y aludió expresamente a "los despidos sin justa causa y por las causales de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor", por lo que no restringió la facultad contenida en el art.92 bis de la Ley de Contrato de Trabajo.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el marco del Derecho Público, supeditó la adquisición de la estabilidad en el empleo "...a que se acrediten condiciones de idoneidad durante el período de prueba..." (del Dictamen de Procuración que la Corte hizo propio en autos "Schneiderman", Fallos: 331:735) y que en el mismo sentido se pronunció la Sala X de la C.N.A.T. cuando sostuvo que el período de prueba "...constituye un tiempo establecido en el sistema jurídico laboral por el legislador, que debe transcurrir para hacerse efectiva la indeterminación del plazo del vínculo.

Se trata de un espacio temporal destinado a satisfacer las expectativas que las partes han puesto en su relación y así acceder el trabajador al estándar total de protección que el ordenamiento ha fijado para el empleo privado y que el D.N.U. 329/2020, prorrogado por su similar 487/2020, resulta taxativo en su texto al prohibir los despidos sin justa causa y por las causales de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor, sin incluir expresamente otros supuestos legales, tanto extintivos como de condición temporal (art. 2)..."(C.N.A.T., Sala X, sent. del 16/06/2020 "Salazar, Jesús Gabriel c/25 HORAS SA y otro s/medida cautelar", e.o.)."

Admitir lo contrario llevaría a desentenderse de derecho consagrado en el artículo 14 de la Constitución Nacional.³¹

IV. Conclusión

En tiempos de emergencia la tutela judicial efectiva del derecho vulnerado, en el caso el mantenimiento del contrato de trabajo por el lapso temporal establecido por el DNU 329/2020 y sus prórrogas, debe entenderse como un derecho humano fundamental de los trabajadores a los fines de obtener una sentencia fundada.

A nuestro entender para que ello se concrete se requiere de razonamientos que resulten

29 Juzg. Nac. Trab. N° 16, "López Vázquez, Patricia Coromato vs. Wellness Argentina S.A. s. Juicio sumarísimo" de fecha 10-06-2020; ídem en la causa "Bartoli Suárez, Giovanni Rubén vs. Rosales, Marcos s. Medida cautelar", de fecha 27-05-2020; CNAT Sala VII, "Jiménez Tovar, Karen Vanessa vs. 25 Horas S.A. y otro s. Medida cautelar", 03-07-2020; ídem "Bernal Betancourt, Douglas José vs. Norprox S.A. s. Medida cautelar", 24-06-2020.

30 CNAT, Sala VIII, "Perella, Sergio Oscar vs. 25 Horas S.A. y otro s. Medida cautelar", 24-08-2020 (voto de la mayoría)

31 SCJM "Farre Silvia Ines en J° 161158 Farre Silvia Ines c/ Mamba SA. p/ Accion de Reinstalac. en el trabajo (medida autosatisfactiva) (161158) p/ REP" de fecha 08-09-21. Cabe advertir que el caso se trató de una trabajadora contrada en el año 2020.

superadores de los análisis meramente formales o dogmáticos y que lleven a la resolución del caso con perspectiva de vulnerabilidad.

Sobre el tema la CIDH ha considerado que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos.

No es suficiente que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre.³²

La perspectiva de vulnerabilidad a la que nos invita el Tribunal Internacional lleva al juzgador a aplicar reglas de interpretación donde se ponderen los valores en juego, más allá de la aplicación dogmática y descarnadas de normas, lo cual conduce no sólo a la simplificación de los procesos sino también a la flexibilización de las formas, siempre respetando la garantía constitucional del debido proceso legal (art. 18 de la CN).

En ese orden de ideas no cabe duda alguna que el trabajador que es despedido se encuentra en una situación de emergencia que se ve agravada en el contexto sanitario que dio lugar al dictado del DNU 329/2020.

En dicho contexto, la urgencia de los reclamos efectuados por los trabajadores determina la necesidad que adoptar vías procesales más expeditivas³³ y el dictado de resoluciones donde se eviten razonamientos formales, sólo acertados para circunstancias normales, pero descontextualizados en situaciones de emergencia, que lleven a soluciones donde "el vulnerable" resulte realmente protegido³⁴.

Ello se llevará a cabo aplicando normas internacionales, nacionales y provinciales que garanticen el acceso a justicia y la tutela judicial efectiva, sustituyendo la clásica manera de peticionar y resolver las medidas mencionadas por mecanismos procesales modernos ágiles y eficaces, evitando la demora de los juicios y el daño que puede ocasionarse sino se resuelve rápidamente y con perspectiva de vulnerabilidad. También teniendo en cuenta las Reglas de Brasilia, dadas por el conjunto de reglas prácticas de actuación para el acceso a la justicia de las personas vulnerables, entre ellos, identificar el expediente en un lugar visible, dar prioridad en la atención a las personas vulnerables, evitar el rigor formalista y concentrar la mayor cantidad de actos procesales.

32 CIDH, sentencia "Ximenes Lopes v. Brasil", 04/07/06.

33 Marcellino, Verónica, "Ponencia oficial a las XI Jornadas del Centro de la República - 14 y 15 de junio de 2012, Tema III: El proceso laboral procesos urgentes: despacho interino de fondo y medida autosatisfactiva".

34 Por ejemplo lo resuelto en "Grenetier, Diego Matías c/ Previsión ART S.A. - Ordinario -Accidente (ley de riesgos)" - exp. 9303684 ", caso de prueba anticipada, sentencia 95 del 8/9/20, Juzgado de Conciliación y Trabajo de Octava Nominación a cargo de la Dra. Verónica Marcellino, en la cual se admite la misma por los problemas de salud y de extrema vulnerabilidad del solicitante y en autos "ZURITA, MIKAELA ELENA C/ CHEXA S.A. - Medida autosatisfactiva" EXP: 9281522 ", sentencia 43 del 26/6/20, resuelta por el Juzgado de Conciliación y del Trabajo de 4ta. Nominación a cargo del juez Juan Facundo Quiroga Contreras, en el cual se dispuso declarar la nulidad del despido y la restitución de la actora trabajadora embarazada aplicando las Reglas de Brasilia y resolviendo con Perspectiva de vulnerabilidad y de género.