

Yori, Melisa vs. Adecco Argentina S.A. s. Medidas cautelares y preparatorias

Juzg. Lab. 4ª Nom., Santa Fe, Santa Fe; 28/04/2020; Rubinzal Online; RC J 1820/20

Sumarios de la sentencia

Período de prueba - Prohibición de despedir - DNU 329/2020 - Nulidad del despido - Reincorporación del trabajador - Salarios caídos - Medida autosatisfactiva - Carácter temporal - Coronavirus COVID - 19 - Pandemia COVID19 - Legislación de emergencia

Se hace lugar a la medida autosatisfactiva de reinstalación incoada por la actora, se declara nulo el despido cursado durante el período de prueba y se ordena a la demandada su reincorporación en las mismas condiciones en las que se hallaba antes de ser despedida, debiendo abonar los salarios caídos desde la fecha del distracto. Se establece que la presente medida durará sesenta días o el plazo mayor que dure la situación de emergencia prevista en el DNU 329/2020. En el caso, la actora comenzó a laborar para la firma demandada en fecha 27/01/2020, desempeñándose como directora de la sucursal de la empresa en la ciudad de Santa Fe, pasando a desempeñarse desde su casa bajo la modalidad "home office" desde el 16/03/2020 por la situación de pandemia causada por el brote de COVID-19. En fecha 09/04/2020 la demandada le notifica que a partir del día 08/04/2020, se la desvincula por finalización del período de prueba. La previsión del art. 92 bis, LCT -en este contexto- es una norma de carácter general plasmada en la LCT, aplicable para todos los casos ocurridos en tiempos normales. Mientras que el DNU 329/2020, con plena vigencia y jerarquía equivalente a las leyes -conforme art. 17, Ley 26122- califica como especial frente a la Ley de Contrato de Trabajo. De su espíritu no quedan dudas "no porque no haya distinguido entre contratos nuevos de contratos antiguos" sino porque en el marco de la crisis económica que el país venía arrastrando y las distintas normas que se venían sancionando destinadas a la preservación del empleo, el DNU es sin lugar a dudas una Norma Especial y obviamente posterior destinada a paliar los terribles efectos de la pandemia sobre el ya golpeado mercado de trabajo. Y su finalidad no refiere a cuestiones sanitarias (generales)

sino justamente a la protección del empleo en estas especiales condiciones que afectan al mundo del trabajo. Porque si bien, la crisis económica y la desocupación son situaciones normales en nuestro país, semejante contexto no se había atravesado jamás.

Período de prueba - Coronavirus COVID - 19 - Pandemia COVID19 - Legislación de emergencia

No cabe otra interpretación de la voluntad del "legislador" que no sea en otra dirección que la de proteger los puestos de trabajo existentes. Y aunque con ello se impone al empleador la obligación de retener a una trabajadora sobre la cual no ha podido evaluar acabadamente su desempeño o habiéndolo hecho no le resultó satisfactorio -sin adentrarnos en las motivaciones del despido- en un contexto extraordinario como el presente se entiende que su sostenimiento resulta el mal menor para la comunidad toda. Entre la opción de respetar el sagrado principio de libertad de contratar o el derecho alimentario de las personas, se ha optado por el segundo -en un plazo limitado- ya que otra solución implica arrojar a la trabajadora al vacío. Lo que por otra parte responde también a las directivas del art. 9, LCT, en cuanto ordena que en caso de duda sobre la norma que se debe aplicar o al momento de interpretar su espíritu, todo ello debe hacerse en el sentido que más favorezca a la trabajadora.

Texto completo de la sentencia

VISTOS estos caratulados "YORI, Melisa c/ ADECCO ARGENTINA S.A. s/ Medidas Cautelares y preparatorias" (C.U.I.J. N° 21-04664132-6), que tramitan ante este Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Laboral de la Cuarta Nominación de ésta ciudad, venidos a los fines de decidir sobre la medida peticionada en autos y, CONSIDERANDO:

I. Que la actora MELISA YORI (C.U.I.L. N° 27-34360104-8), domiciliada en calle Rivadavia N° 2765 Depto. "A" de la Ciudad de Santa Fe - con patrocinio letrado - por derecho propio y en representación de su hija menor, promueve demanda de MEDIDA AUTOSATISFACTIVA DE URGENCIA consistente en una Orden judicial destinada a que la firma ADECCO ARGENTINA S.A. (C.U.I.T. N° 30-65676017-2) con domicilio en calle San Jerónimo N° 2791, deje sin efecto el despido incausado dispuesto contra la actora en fecha 09/04/2020 ordenándose

la inmediata reincorporación al empleo en los mismos términos y condiciones que las que poseía al día 08/04/2020 -esto es- vigente la relación laboral y sus condiciones a la mencionada fecha y durante la vigencia del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 329/2020.

II. Dice que el acto impugnado es actual y le genera un grave perjuicio económico a ella y su grupo familiar, siendo su remuneración el único ingreso del grupo. Además, perjuicios irreparables generando peligro en la salud de la firmante al quedar sin ninguna cobertura de salud en medio de una pandemia.

Relata que comenzó a laborar para la firma ADECCO ARGENTINA S.A. en fecha 27/01/2020, desempeñándose en el cargo de "DIRECTOR/A DE SUCURSAL" teniendo a su cargo la dependencia que la demandada posee en la ciudad de Santa Fe, sita en calle San Jerónimo N° 2791, en una jornada laboral habitual de lunes a viernes de 08 a 17 hs.

Alega que desde fecha 16/03/2020, en el marco de la pandemia (declarada como tal por la OMS en fecha 11/03/2020) causada por el brote de COVID 19, la firma determinó implementar como política preventiva, el cierre de todas sus sucursales en el país, procediendo la trabajadora a prestar tareas de modo habitual bajo la modalidad "HOME OFFICE". Ello en apoyo de las Resoluciones emitidas por el Ministerio de Trabajo de la Nación Nros. 202/2020 y 207/2020 -hoy ya derogadas-.

Que a partir del día 20/03/2020, debido al agravamiento de la situación epidemiológica a escala internacional y como medida inmediata para paliar la realidad que aqueja al país, entró en vigencia mediante el DNU 297/2020 el "aislamiento social, preventivo y obligatorio". Como es de público conocimiento, tal manda actualmente se encuentra vigente, habiendo sido prorrogada por el DNU 325/2020 y posteriormente por el DNU 355/2020. Que con posterioridad se dictó la Resolución N° 219/2020 -derogada por la Resolución N° 279/2020- a fin de su reglamentación.

Destaca que la actividad que desempeña la demandada, vinculada a actividades relacionadas con RRHH y servicios empresariales, no se encuentra dentro de las exceptuadas para continuar prestando servicios.

Sostiene que en fecha 31/03/2020 entró en vigencia el DNU 329/2020 y que en el marco de la Emergencia Pública establece en su art. 02 la prohibición de efectuar despidos arbitrarios al igual que despidos y suspensiones dispuestos por invocación de la fuerza mayor o falta o disminución de trabajo por el término de 60 días. Que pese a ello, en fecha 14/04/2020, recibió CD N° 00000033668750 con fecha de imposición 09/04/2020 remitida por ADECCO ARGENTINA S.A. en la cual se la notifica de su despido en los términos del art. 92 bis LCT. Rechaza la C.D, solicitando la reincorporación en virtud de la medida

ilegítima dispuesta en clara contradicción con lo normado por el Decreto N° 329/2020. Y en fecha 17/04/2020 recibe respuesta rechazándose lo pretendido. Destaca que con la medida dispuesta por la empleadora se violado el DNU N° 329/2020, lo que apareja la nulidad de esta. Que en la propia exposición de motivos del citado decreto, entre otros fundamentos, se menciona toda la legislación de emergencia (Resoluciones del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación 178/2020 y 184/2020 -hoy derogadas-, 202/2020, 207/2020, 219/2020 -hoy derogada- y 279/2020; art. 8, DNU 297/2020, entre otras) la que actuó como disposición en contrario en los términos del artículo 1730 del CCyC de la Nación, que regula el caso fortuito o fuerza mayor, garantizándose así a través de un rol activo del Estado Nacional, la percepción plena y el goce íntegro de la remuneración de todos las personas que trabajan en relación de dependencia como también de aquellos que se vinculan bajo otras formas de contratación haciéndolo de modo habitual, incluso de aquellas que no prestan su débito laboral por hallarse suspendida la prestación como consecuencia del aislamiento social, preventivo y obligatorio.

Alude a los fundamentos del Dto. dejándose claro que el bien jurídico a proteger es la preservación y conservación del empleo, asegurándole por sobre todas las cosas a los y las trabajadoras el goce íntegro de su remuneración y la cobertura de obra social, fundamental ante esta catástrofe mundial. Todo ello a fin de asegurar "la paz social" y evitar los perjuicios directos que causa el desempleo, que arrastraría, más aún en éste escenario, a la población a la marginalidad.

Dice que dentro de la normativa internacional en la cual se apoya, menciona la Constitución Nacional, el documento de la OIT emitido el 23.03.2020 a raíz de la situación de pandemia mundial, al PIDESC, recordando las obligaciones asumidas por la República Argentina en el marco de dicho convenio, que se compromete a adoptar medidas con el fin de garantizar el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante su trabajo, que le asegure condiciones de existencia dignas para ellas y sus familias.

Añade que según el art. 02 del presente decreto serán actos con objeto ilícito los despidos inmotivados al igual que los despidos y suspensiones dispuestos con invocación de fuerza mayor o falta o disminución de trabajo. Con motivo del cual, de producirse alguno de los actos enumerados, pese a lo normado, los mismos serán sancionados con la ineficacia, resultando el acto prohibido nulo. Y agrega que el artículo 4º dispone expresamente: "Los despidos y las suspensiones que se dispongan en violación a lo dispuesto en el artículo 2º y primer párrafo del artículo 3º del presente decreto, no producirán efecto alguno, manteniéndose vigentes las relaciones laborales y sus condiciones actuales."

Alega que la accionada carece de argumentos jurídicos para proceder al despido

en ausencia de los requisitos legales. Dado que pretende hacer un uso abusivo del derecho, utilizando la figura del art. 92 bis LCT, a fin de desprenderse de una trabajadora con una clara situación especial (posee una hija de apenas 8 meses de edad), dejándola en un estado de vulnerabilidad absoluta.

Refiere al daño producido con la medida derivada de que, el único ingreso con que contaba la actora y su grupo familiar era su remuneración.

Funda la procedencia de la acción en la Jurisprudencia de la CSJN en autos "Madorrán, Marta Cristina c/Administración Nacional de Aduanas", de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la causa "Almonacid Arellano vs. Chile" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, N° 154, en especial párrafo N° 124) y en "Trabajadores Cesados Aguado Alfaro y otros vs. Peru" -Corte Interamericana de Derechos Humanos-, 24/11/2006. Fallos que fueron ratificados por nuestra Corte Suprema en las causas "Giroidi", (Fallos 318:554); "Simón" (Fallos 328:2056); "Mazzeo" (Fallos 330:3248); particularmente relacionados con los dictados por la CIDH la causa "Rodríguez Pereyra" (Fallos 335:2333) en donde el criterio predominante de la Corte rescata el deber de los tribunales locales de llevar a cabo ambos controles -constitucionalidad y convencionalidad- aún de modo oficioso ante la falta de planteo de parte interesada.

Todos ellos sin perjuicio de lo decidido en la causa "Fontevicchia" que excede la materia del presente recurso.

Dice que además, al caso le resulta aplicable la Convención Sobre los Derechos del Niño, que en su artículo 24 dispone: "1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios. 2. Los Estados partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: a) ... b) Asegurar la prestación de asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud...".Y particularmente el artículo 26. 1 de la Convención que dispone expresamente: "Los Estados partes reconocerán a todos los niños el derecho a beneficiarse de la seguridad social, incluso del seguro social, y adoptarán las medidas necesarias para lograr la plena realización de este derecho de conformidad con su legislación nacional.", estando vigentes al momento del distracto.

Por otro lado, entiende que, la Provincia de Santa Fe, ha adherido a la aplicación de las 100 Reglas de Brasilia, lo que le impone en el caso, atender a la finalidad de las mismas teniendo presente que la suscripta tiene un bebé de ocho meses

y, por lo tanto, el mismo se encuentra en situación de vulnerabilidad al dejarlo sin cobertura de obra social.

En cuanto a la procedencia de la medida peticionada, dice que calificados criterios doctrinarios y jurisprudenciales admiten la viabilidad de la medida peticionada, dado que a esta altura de los tiempos está claro que la actividad Jurisdiccional mediante la sola utilización del sistema cautelar ortodoxo resulta insuficiente para procurar la oportuna tutela Jurisdiccional, hecho que, ante situaciones particularmente especiales solo ocurre satisfaciendo o reparando el inequívoco derecho pretendido o lesionado.

En tales casos, no se procura resguardo o conservación sino la posibilidad para quien peticona la medida de contar con los derechos o bienes que reclama en forma inmediata, porque su negativa importa un irreparable perjuicio. Con tal propósito a las categorías de proceso cautelar conocidas - conservativo e innovativo - se agrega ahora (para la mayoría de la doctrina ajena a lo cautelar) - por supuesto que con particularidades específicas que justifican el distinguo -: "el satisfactivo", mediante el cual, se da lisa y llanamente la satisfacción del derecho pretendido, la reparación del interés jurídico lesionado (o la cautela material como lo define Morello).

Sostiene que se trata de supuestos en los que, el anticipo de la tutela Jurisdiccional debe ir más allá de lo que permite el sistema cautelar típico, no tanto en lo que a sus requisitos refiere, sino, fundamentalmente a sus efectos. Para ello, debe ponderarse un perjuicio irreparable o grave del peticionante de la medida. Además, el derecho del peticionante -como en el sub lite- debe poseer una entidad mayor que la mera verosimilitud.

Que si bien nuestro CPCCSF y nuestro CPLSF no la regula explícitamente, ha sido receptada por diversos ordenamientos procesales nacionales y latinoamericanos tales como el caso del Código Procesal Civil y Comercial de Corrientes que en su art. 786 establece los presupuestos para su dictado: "Para poder dictar una resolución favorable se presuponen la concurrencia de los siguientes presupuestos: a) que fuere necesaria la cesación inmediata de conductas o vías de hecho producidas o inminentes, contrarias a derecho según la legislación procesal o de fondo, b) que el interés del postulante se circunscriba, de manera evidente a obtener la solución de urgencia no cautelar requerida, no extendiéndose a la declaración judicial de derechos conexos o afines, c) se podrán fijar límites temporales a las medidas autosatisfactivas que se dicten y disponer a solicitud de parte, prórrogas de las mismas."Siendo evidente que en el caso concurren dichos presupuestos.

Agrega que la realidad nos demuestra que lo que ha dado en conceptualizarse como el ámbito procesal "de excepción" - dentro del que involucramos los

métodos urgentes para las tutelas procesales "diferenciadas", la tutela "material efectiva", los novedosos esquemas cautelares y las medidas autosatisfactivas - se encasilla, en los tiempos que corren, en un encuadre de normalidad, que es indiscutible que, si las circunstancias lo imponen, puede postergarse la etapa de debate o réplica o contradicción, priorizando temporalmente la satisfacción material de un derecho en vías de reconocimiento judicial.

Cita a la Suprema Corte, que en su rol de interprete final de la constitución, ha sostenido que "Una moderna concepción del proceso exige poner el acento en el valor "eficacia" de la función jurisdiccional y en el carácter instrumental de las normas procesales, en el sentido de que su finalidad radica en hacer efectivos los derechos sustanciales cuya protección se requiere, y en ese marco de actuación las medidas de la naturaleza de la solicitada se presentan como una de las vías aptas, durante el trámite del juicio, para asegurar el adecuado servicio de justicia y evitar el riesgo de una sentencia favorable pero ineficaz por tardía." Y que "es de la esencia de los institutos procesales de excepción como el requerido, enfocar sus proyecciones -en tanto dure el litigio- sobre el fondo mismo de la controversia, ya sea para impedir un acto o para llevarlo a cabo, porque se encuentran enderezados, precisamente, a evitar la producción de perjuicios que podrían generarse en caso de inactividad del magistrado y tornarse de muy dificultosa o imposible reparación en oportunidad de dictarse el fallo final, en razón de que por el transcurso del tiempo y la urgencia que requiere la tutela de los derechos en juego, sus efectos podrían resultar prácticamente inoperantes."(...) concluyendo que "corresponde recordar que el mencionado anticipo de jurisdicción que incumbe a los tribunales en el examen de ese tipo de medidas cautelares, lleva ínsita una evaluación de la amenaza inminente de los daños definitivos y del peligro de permanencia en la situación actual -aspectos ambos que resultan patentes en la causa- a fin de habilitar una resolución que, al conciliar los intereses de aquéllos, según el grado de verosimilitud, y el derecho constitucional de defensa del demandado, logre la medida necesaria y oportuna de la jurisdicción que el caso requiere, aseveración que no importa, cabe aclarar, una decisión final sobre el reclamo de los demandantes formulado en el proceso principal." "En tales condiciones, no debería dilatarse más el tiempo todavía útil para satisfacer las expectativas de los recurrentes en punto al tratamiento de la petición cautelar, por lo que corresponde admitir la procedencia de los recursos extraordinarios interpuestos, pues media relación directa e inmediata entre lo resuelto y las garantías constitucionales que se dicen vulneradas (art. 15 de la Ley 48)." CSJN P. 24. XLVI. P. 37. XLVI Recursos de Hecho - "Pardo, Héctor Paulino y otro c/ Di Césare, Luis Alberto y otro s/ art. 250 del CPC").

Adjunta como prueba, copias de DNI de YORI MELISA y D'INDIO JOAQUINA, Copia de dos recibos de haberes, Copia de dos Cartas documentos, Copia de un telegrama laboral; Copia de Alta de Afip.

III. Que del intercambio epistolar acompañado, se desprende con una alta probabilidad de certeza la veracidad de las posturas que asumieron las partes tal como fuera relatado en la demanda, centrándose la controversia entonces, en determinar cual será la norma que prevalezca en el caso: el derecho reconocido al empleador en el art. 92 bis. de la LCT, o la garantía consagrada en el DNU N° 329/2020 en el marco de la pandemia provocada por el COVID-19, en cuando prohíbe los despidos sin causa por el plazo de 60 días.

En efecto, la actora adjuntó a su presentación copia de la CD remitida por la empleadora en fecha 09 de abril de 2020 notificándole que a partir del día 8 de abril de 2020 la compañía "desvincula a la actora" por finalización del período de prueba (art. 92 bis LCT). A su vez, la trabajadora acompaña recibos de haberes y denuncia fecha de ingreso el día 27 de enero de 2020, lo que demuestra inequívocamente que la relación laboral no había superado los tres meses de vigencia. Aunque -bueno es decirlo- pese a ello las partes siempre tienen la obligación de preavisar. Cuestión que en el caso no se ha cumplido.

IV. Que la norma invocada por la empleadora (art. 92 bis) en su parte pertinente dispone: "El contrato de trabajo por tiempo indeterminado.. se entenderá celebrado a prueba durante los primeros tres meses de vigencia.

Cualquiera de las partes podrá extinguir la relación durante ese lapso sin expresión de causa, sin derechos a indemnización con motivo de la extinción pero con la obligación de preavisar según lo establecido en los arts. 231 y 232". La naturaleza incausada de la extinción en este supuesto no está debatida y de la misma forma está autorizada. Si bien el artículo tiene por finalidad que ambas partes tengan un plazo para interiorizarse de los caracteres del contrato futuro en cuanto a su contraparte y las prestaciones, no es necesario que manifiesten su valoración sobre estas características al momento de la desvinculación. Ello no implica una autorización para hacer un uso abusivo de la figura a los fines de evitar el pago de la indemnización. Ya que no se trata de una modalidad contractual distinta, sino de una etapa prevista al inicio de un contrato por tiempo indeterminado en el cual no se afianza la estabilidad del vínculo.

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

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

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

Que dicha medida impacta directamente sobre la actividad económica del país y en el sistema de producción de bienes y servicios, cuestión que ha sido considerada por este Gobierno conforme lo dispuesto en los decretos dictados en el día de la fecha, en forma concomitante con el presente, como el que dispone la constitución de un Fondo de Afectación Específica en el marco de la Ley N° 25300 y sus modificatorias, Fondo de Garantías Argentino (FoGAR), con el objeto de otorgar garantías para facilitar el acceso por parte de las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas a préstamos para capital de trabajo y pago de salarios, y el decreto que crea el Programa de "Asistencia de Emergencia al Trabajo y la Producción" para empleadores y empleadoras y trabajadores y trabajadoras afectados por la emergencia sanitaria y la coyuntura económica; así como por el Decreto N° 316/20 que prorroga el Régimen de Regularización tributaria establecido en el último párrafo del artículo 8° de la Ley N° 27541, entre otras de las muchas normas ya dictadas.

Que, en esta normativa se estableció una serie de medidas que tienen como objetivo ayudar a las empresas a sobrellevar los efectos de la emergencia entre ellas, la postergación o disminución de diversas obligaciones tributarias y de la seguridad social, la asistencia mediante programas específicos de transferencias de ingresos para contribuir al pago de los salarios y la modificación de procedimientos para el acceso a estos beneficios, en función de la gravedad de la situación del sector y del tamaño de la empresa. Asimismo, se han dispuesto garantías públicas con el fin de facilitar el acceso al crédito de micro, medianas y pequeñas empresas (MiPyMES).

Que en esta instancia corresponde tutelar en forma directa a los trabajadores y a las trabajadoras como correlato necesario a las medidas de apoyo y sostén para el funcionamiento de las empresas, en este contexto de emergencia.

Que esta crisis excepcional conlleva la necesidad de adoptar medidas de idéntica índole 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.

Ordenando finalmente en su artículo 2° la prohibición de despedir sin justa causa o fundándose en causales de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor.

V. Que en un contexto normal -y no por ello pacífico- habríamos de haber admitido por lo menos, que la estabilidad en el empleo protegida por el art. 14 bis, es aquella denominada "relativa impropia", vale decir la que considera el despido sin causa un acto jurídico legal pero con consecuencias indemnizatorias.

Luego -sin adentrarnos en los desarrollos jurisprudenciales y doctrinarios que pusieron en crisis esta interpretación- el legislador hizo operativo este principio a través de una serie de normas que analizadas articuladamente pueden sintetizarse en lo siguiente: la estabilidad en el empleo es la medida de la protección contra el despido arbitrario consagrada en el art. 245 de la LCT, pero a la que se accede, una vez superado el período de prueba del art. 92 bis. Así lo han entendido numerosos autores y jurisprudencia.

El Dto. 329/2020, viene a imponer -por el plazo de 60 días- una especie de "estabilidad propia", al prohibir tajantemente los despidos sin causa.

Sobre su validez, se han expresado la mayoría de los autores que publicaron digitalmente hasta la fecha. Y sobre sus efectos, vale traer a colación el análisis desarrollado por el Dr. José Daniel Machado en el dossier digital de la Editorial Rubinzal y Culzoni Edit., en el que escribe APUNTES PARA UN BORRADOR SOBRE LAS PRIMERAS IMPRESIONES ACERCA DEL DNU 329/2020 "... 4. Prohibición: la norma "eleva" al estatus jurídico de acto con objeto ilícito al despido inmotivado (o injustificado, o sin causa, o arbitrario), al igual que a los despidos y suspensiones dispuestas con invocación de la fuerza mayor o falta o disminución de trabajo. En la medida en que el preaviso del empleador es "un despido sometido a plazo suspensivo" tampoco se puede cursarlo válidamente durante la veda, salvo que se especifique que comenzará a correr después del cese de la misma.

5. Consecuencia: de producirse uno de esos actos de objeto ilícito, como no podía ser de otra manera, es sancionado con la ineficacia. Ello supone que el acto es nulo y por ende no produce los efectos pretendidos por el empleador, no extingue ni suspende la relación de trabajo...

6. En la práctica: el afectado por un despido tiene derecho a la reincorporación al puesto de trabajo, además de los salarios que haya dejado de percibir a consecuencia del acto ilícito, esto es, entre la materialización del cese antijurídico y la efectiva reincorporación.

7. Alternativa: como en todos los casos en que la ley impone una nulidad o ineficacia, el que puede invocarla, el trabajador despedido en este caso, tiene la

alternativa de demandar la indemnización por el despido injusto que, dada la normativa vigente, consistirá en el doble de lo previsto en los arts. 232, 233 y 245, LCT.

... Procesalmente: el trabajador despedido puede utilizar para esa reincorporación la vía del amparo del art. 43 CN en la medida en que la urgencia es autoevidente -surge de la normativa misma que lo funda- y la arbitrariedad e ilegalidad resulta "manifiesta". Ello si no hubiere en el ordenamiento procesal local alguna vía tanto o más expeditiva.

Medida cautelar: en cualquier caso, siendo el *fumus bonis juris* y el *periculum in mora* igualmente autoevidentes, al proveer la demanda puede y debe disponerse una medida cautelar inaudita parte.

... En suma, estamos por 60 días bajo un régimen de estabilidad propia.

Lo que es una posibilidad constitucional, según el inc. "d", art. 7 del Protocolo adicional de San Salvador a la Convención Americana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica, y la doctrina de nuestra CSJN en las causas "Madorrán" y "Álvarez": la Constitución Nacional no impone la estabilidad propia, pero tampoco la prohíbe.

Sin embargo - sobre su extensión a los contratos que a la fecha de su sanción no habían alcanzado el status de estabilidad, la doctrina publicada es más renuente. Tal el caso del artículo firmado por el Dr. Agustín Meilan en el Diario L. L. denominado " El periodo de prueba y la prohibición de despedir", en el que el autor sostiene que el DNU 329/2020 no deroga el período de prueba, no solo porque no lo ha expresado así la norma, sino además "se trata de una norma de inferior jerarquía, orientada a mitigar las consecuencias de la crisis sanitaria, que no podría doblegar un derecho de una ley anterior y especial - art. 92 bis - que es la reglamentación razonable de normas fundamentales como la "libertad de contratar" y de "ejercer toda industria lícita (art. 14 CN)" (AR/DOC/1165/2020).

Desde otro punto de vista, autores que expusieron en las redes sociales expresaron una visión diferente. Uno de ellos citados por la actora y el otro, en Conferencia via plataforma digital del Colegio de Abogados de Santa Fe. Con lo cual se quiere señalar que la respuesta a esta encrucijada no es simple ni pacífica.

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

De su espíritu no quedan dudas - no porque no haya distinguido contratos nuevos de contratos antiguos - sino porque en el marco de la crisis económica

que el país venía arrastrando y las distintas normas que se venían sancionando destinadas a la preservación del empleo, el DNU es sin lugar a dudas una Norma Especial y obviamente posterior destinada a paliar los terribles efectos de la pandemia sobre el ya golpeado mercado de trabajo. Y su finalidad no refiere a cuestiones sanitarias (generales) sino justamente a la protección del empleo en estas especiales condiciones que afectan al mundo del trabajo. Porque si bien, la crisis económica y la desocupación son situaciones normales en nuestro país, semejante contexto no se había atravesado en jamás.

En este panorama se enmarca también la Res. N° 332 del PEN de Asistencia al Trabajo y la Producción, mediante la cual, el Estado Nacional, a través de la ANSES, otorga un Salario Complementario consistente en una suma para todos o parte de los trabajadores y las trabajadoras en relación de dependencia cuyos empleadores cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 3° y 4° - vale decir que hayan visto sustancialmente reducida su facturación por efecto de la cuarentena y equivalente al 50 % del salario neto del trabajador, en los términos de su art. 8°.

En consecuencia, no cabe otra interpretación la voluntad del "legislador" que no sea en otra dirección que la de proteger los puestos de trabajo existentes. Y aunque con ello se impone al empleador la obligación de retener a una trabajadora sobre la cual no ha podido evaluar acabadamente su desempeño o habiéndolo hecho no le resultó satisfactorio -sin adentrarnos en las motivaciones del despido- en un contexto extraordinario como el presente entiendo que su sostenimiento resulta el mal menor para la comunidad toda. Entre la opción de respetar el sagrado principio de libertad de contratar o el derecho alimentario de las personas, se ha optado por el segundo -en un plazo limitado- ya que otra solución implica arrojar a la trabajadora al vacío. Lo que por otra parte responde también a las directivas del art. 9 de la LCT, en cuanto ordena que en caso de duda sobre la norma que se debe aplicar o al momento de interpretar su espíritu, todo ello debe hacerse en el sentido que más favorezca a la trabajadora.

Como expresa el fallo BENEGAS, JULIO RODRIGO c/ INSTITUTO NACIONAL DE SERVICIOS SOCIALES PARA JUBILADOS Y PENSIONADOS s/MEDIDA CAUTELAR del Juzgado Federal de Resistencia Nro. 2: "... en los considerandos de la mencionada norma se hace referencia expresa a las obligaciones asumidas por la REPÚBLICA ARGENTINA en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y con el objetivo de preservar la paz social, por lo cual se adoptan estas medidas transitorias, proporcionadas y razonables, con el fin de garantizar el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante su trabajo, que le asegure condiciones de existencia dignas para ellas y para sus familias.

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

También deja expuesto que una situación de crisis como la que motivó el dictado de las medidas de emergencia ya citadas, autoriza a colegir que cabe atender el principio establecido por la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN en "Aquino", Fallos 327:3753, considerando 3, en orden a considerar al trabajador o trabajadora como sujetos de preferente tutela, por imperio de lo ordenado por la CONSTITUCIÓN NACIONAL.

Y que con arreglo a dichas pautas, resulta imprescindible habilitar mecanismos que resguarden la seguridad de ingresos de los trabajadores y trabajadoras, aun en la contingencia de no poder prestar servicios, sea en forma presencial o en modos alternativos previamente pactados, garantizando la conservación de los puestos de trabajo por un plazo razonable, en aras de preservar la paz social y que ello solo será posible si se transita la emergencia con un Diálogo Social en todos los niveles y no con medidas unilaterales, que no serán más que una forma de agravar en mayor medida los problemas que el aislamiento social, preventivo y obligatorio, procura remediar".

Y aunque la cita refiere a un puesto de labor en el Estado y con mayor antigüedad, entiendo que su espíritu es aplicable a todos los contratos de trabajo de tiempo indeterminado.

Conforme lo expuesto en los considerandos precedentes, se declarará nulo el acto de despido emitido por ADECCO ARGENTINA S.A. y deberá el empleador proceder a la reincorporación de la Sra. Yori, en las mismas condiciones en que se encontraba al día 8 de abril de 2020, abonándosele los salarios caídos desde la fecha mencionada. Todo ello, previa constitución de causión juratoria.

VI. Que en cuanto a la vía elegida por la trabajadora, la medida solicitada cumple con los requisitos desarrollados por la doctrina en cuanto a su procedencia. Estos son la verosimilitud del derecho -dado que la norma es clara y aplicable- el peligro en la demora y la irreparabilidad del daño. Por lo que encontrándose liminarmente configurados estos, la medida conforme ha sido peticionada deviene procedente.

Asimismo, una vez reinstalada la trabajadora en su puesto, el empleador cuenta con todos los recursos procesales para revisar la orden judicial.

Mientras que de no hacerlo, la pérdida del puesto de trabajo se torna irreversible y el daño irreparable, tornándose abstracta una sentencia de nulidad de despido y/o reinstalación dictada en el plazo en que habitualmente transcurren los trámites ordinarios.

VII. Que si bien la actora incoa la demanda por si y en representación de su hija menor, con los fundamentos vertidos en el escrito de demanda -todos ellos atendibles- entiendo que si bien interesada, no tiene legitimación para peticionar la reinstalación de su madre. Por lo que la medida se admitirá en lo que respecta únicamente a la trabajadora. Teniendo sin embargo presente los derechos de la niña invocados.

VIII. Que a fin de asegurar que el cumplimiento de la medida se dispone la aplicación de astreintes a razón de \$ 2.000 por cada día de incumplimiento a partir de la 48 horas de notificación de la presente. Para lo cual la empleadora deberá acompañar en autos, constancia de Alta ante la Afip.

Por ello, constancias de la causa y normas citadas;

RESUELVO

a. Hacer lugar a la Medida Autosatisfactiva de Reinstalación incoada por la Sra. MELISA YORI (C.U.I.T. N° 27-34360104-8), consecuentemente ordenar a ADECCO ARGENTINA S.A. (C.U.I.T. N° 30-65676017-2), la reincorporación de la actora a los dos días de notificada la presente, en las mismas condiciones en las que se hallaba antes de ser despedida. Asimismo deberá la accionada abonar los salarios caídos desde la fecha del despido.

b. Hacer saber que la presente medida durará sesenta días o el plazo mayor en que dure la situación de emergencia prevista en el DNU N° 329/2020.

c. Todo lo ordenado se hará previa causión juratoria que deberá prestar la actora por los eventuales daños que la medida decretada pudiera causar en caso de haber sido solicitada sin derecho.

d. Costas a la demandada. Oportunamente se regularán honorarios de los profesionales intervinientes.

Hágase saber, insértese el original, agréguese copia a los autos, notifíquese por cédula, notifíquese y archívese.



MARIA VICTORIA ACOSTA.