



TRABAJO FINAL DE GRADO – NOTA A FALLO

**“La prohibición de despidos en pandemia: análisis del fallo García
Gustavo c/ Ingeniería SRL y otros”.**

Alumna: Caminos, Micaela

DNI: 40678822

Entregable N° 4: Fecha: 04/07/2021.

Tutor: César Daniel Baena

Tema: Derechos fundamentales en el mundo del trabajo. Futuro y presente del derecho del trabajo.

Fallo: “García Gustavo Emanuel c/ Ingeniería SRL e Ing. Roberto y Carlos Trujillo SRL – UTE – Cuerpo de apelación – expte. 9361637”. Sala 1 Cámara del Trabajo de la Provincia de Córdoba – Secretaría 1. (20 de Agosto de 2020).

Sumario: 1. Introducción. 2. La premisa fáctica, historia procesal y descripción de la decisión del tribunal. 3. Reconstrucción de la *ratio decidendi* de la sentencia. 4. Análisis de la autora. 4.1. Análisis conceptual, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales. 4.2. Postura de la autora. 5. Conclusión. 6. Referencias bibliográficas.

1) Introducción

La presente nota a fallo está motivada por la sentencia de autos caratulados “García Gustavo Emanuel c/ Ingeniería SRL e Ing. Roberto y Carlos Trujillo SRL – UTE – Cuerpo de apelación – expte. 9361637”, donde la parte demandada interpuso un recurso de apelación en contra de la sentencia N° 34 de fecha 18/06/2020 dictado por la Jueza de Conciliación de Octava Nominación en los autos principales (N° 9263226) en el cual se había resuelto hacer lugar a una demanda autosatisfactiva declarando la nulidad del despido del accionante y condenando a la patronal a la reincorporación del trabajador a su puesto laboral en las mismas condiciones en las que se encontraba y para que le abonasen los salarios.

En este contexto, es necesario resaltar que en Argentina existen diversas formas de trabajos, y no todos se hallan contemplados en el régimen general de la Ley de Contrato de Trabajo (LCT), sino que se rigen por estatutos especiales tales como el régimen de los empleados de la construcción, los cuales tienen su normativa en la Ley N° 22.250. También, la vida laboral se rige por principios y derechos fundamentales que guían la relación trabajador – empleador. Dentro de ellos, se trae a lectura aquellos que son relevantes y se analizarán en el siguiente trabajo, siendo uno de ellos, el Derecho al trabajo consagrado en el art. 14 bis CN, el cual impone que toda persona tiene derecho al trabajo sin distinción alguna, entre otros aspectos que menciona; como así también, el Derecho de organización y dirección que se sustentan en los artículos 64 y 65 LCT (N° 20.744) que remiten a la forma en que los empleadores pueden organizar sus empresas.

En el fallo elegido se puede observar un problema axiológico. El mismo se genera cuando los componentes de un ordenamiento jurídico, es decir reglas y principios, se hallan en conflicto. Así, existe un problema al colisionar una regla (norma) del derecho y un principio con idéntica jerarquía normativa, o entre principios (Dworkin, 2004). En el presente caso, se percibe cuando se pone en pugna la protección del empleo y el derecho al trabajo, fundamentado en los arts. 14 y 14 bis CN, como así también en el apartado a) del párrafo 3 del art. 8 del Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos y el DNU 329/2020 que dispone la prohibición de despido en el contexto de la pandemia; con el poder de dirección y organización de la empresa contemplado en los arts. 64 y 65 LCT, lo que conlleva necesariamente a que los jueces deban efectuar una valoración para resolver qué principio debe primar y garantizarse por sobre el otro.

La trascendencia del fallo versa sobre la situación actual por la que está transitando el país, es decir, la pandemia y sus consecuencias, particularmente y en torno al derecho laboral, en relación a las circunstancias excepcionales y de emergencia en las que se encuentran inmersas las partes de todo contrato de trabajo. Así, diversos derechos y principios fundamentales dentro del ámbito laboral han debido ser reinventados durante la pandemia como también las decisiones jurisprudenciales en rigor. En este marco, el fallo presenta la característica de resolver una controversia novedosa en torno al vínculo laboral y extinción del mismo de un trabajador obrero de la construcción y su empleadora, ya que, por primera vez, y reitero, en este contexto de excepcionalidad, se aplica una regla que prohíbe el despido, a un empleado de estatuto particular, el cual posee como distintivo la ausencia de vocación de permanencia en el vínculo.

Cabe señalar que el fallo demuestra un propósito de tutelar todo el universo de trabajadores sin distinción alguna en un contexto de emergencia social. Asimismo, facilita la interpretación de casos futuros análogos donde también se busque solucionar conflictos de similar naturaleza., pues probablemente y frente a la extensión del tiempo de pandemia, surjan conflictos entre patrones y trabajadores de la construcción que deban ser resueltos con una mirada más amplia y no restrictiva, siempre que se presente una ponderación de derechos o principios, protegiendo así por primacía el derecho del trabajo.

2) La premisa fáctica, historia procesal y descripción de la decisión del tribunal

El actor da inicio al pleito con una demanda autosatisfactiva a fin de conseguir la nulidad de su despido y la restitución inmediata a su puesto de trabajo, cobrando también los salarios caídos y los gastos del pleito. En efecto, argumenta que su despido atenta a su derecho de trabajo, salario como carácter alimentario, salud, cobertura u obra social, y que fue notificado una vez dictado y publicado en el boletín oficial el DNU N° 329/2020 por el cual, se prohibieron expresamente los despidos. Por su parte, la demandada rechaza la medida negando que dicho decreto sea de aplicación a la relación laboral tutelada por la Ley N° 22.250 (régimen del trabajador), pues el estatuto no contempla el despido con o sin causa, y permite rescindir el vínculo unilateralmente con entrega de la libreta del fondo de desempleo; en efecto, de ser admitida la acción, vulneraría las facultades de organización y dirección del empleador, al mismo tiempo que se afectaría gravemente su libertad de contratar y la garantía del debido proceso (art. 18 CN).

La jueza de Conciliación de 8° Nominación hace lugar a la demanda, y declara la nulidad del despido, argumentando que el legislador mediante el DNU N° 329/2020 pretendió evitar las graves consecuencias que acarrea la pérdida del trabajo en las actuales circunstancias; además señala que el decreto nada dice acerca del procedimiento judicial que debe seguirse a fin de lograr la declaración de ineficacia del despido. También sostiene que la naturaleza del fondo de cese no desplaza la aplicación del decreto de necesidad y urgencia puesto que su finalidad es asegurar el salario y no la indemnización; que no puede hacerse distinción cuando la normativa no la realiza, y en todo caso, corresponde interpretar la misma en favor del trabajador (art. 9 LCT).

Frente a dicha resolución, la parte demandada interpone recurso de apelación sentando bases en la violación de formas y solemnidades de las normativas al omitir prueba relevante por lo que la resolución presenta vicios de nulidad; transgrede las reglas de la lógica, experiencia y sana crítica racional; emplea erróneamente la legislación vigente puesto que extiende la aplicación de una norma a situaciones para las cuales no fue prescripta; además, afecta su derecho de propiedad al obligarlo a abonar salarios en exceso de lo estipulado por el estatuto especial, y por afectar gravemente las facultades de organización y dirección (arts. 64 y 65 LCT). Complementariamente reiteran que su vínculo laboral se forjó en base al régimen especial de la Ley N° 22.250 y que los supuestos del DNU 329/2020 no alcanzan dicho estatuto. Por su parte, la actora rechaza el recurso y solicita se mantenga el resolutorio

atacado, ratificando su derecho al trabajo y su protección en base al art. 14 bis CN, como así también en el apartado a) del párrafo 3 del art. 8 del Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos y el DNU 329/2020 que dispone la prohibición de despido en el contexto de la pandemia.

Finalmente, la sala 1 de la Cámara del Trabajo, por mayoría, rechazó el recurso de apelación y confirmó la sentencia recurrida, con imposición de costas por el orden causado.

3) Reconstrucción de la *ratio decidendi* de la sentencia

Para tomar dicha decisión, los jueces sentaron sus bases en las siguientes consideraciones: en primer lugar, y aludiendo a la postura minoritaria compuesta por el Juez Rolón, el mismo sostuvo que la apelación debía ser acogida debido a que principalmente el régimen especial de la Ley N° 22.250 que regula la actividad del obrero de la construcción se destaca por la falta de permanencia en el vínculo laboral, es decir, de estabilidad, pues la base de su regulación se acentúa sobre la movilidad de los trabajadores (Ackerman, 2014) y la imposibilidad de la patronal de garantizar un trabajo con continuidad. Por lo tanto, se configuró una normativa distinta a la LCT (Sappia, 2004). Asimismo, trae a colación los autos “Urbano, Tito J.E. c/Benito Roggio e H. S.A.” en donde la Ley N° 22.250 hace énfasis al carácter transitorio de la actividad obrera, lo cual resulta distinto al de la ley laboral general.

Complementariamente, añadió otra particularidad en el régimen especial que es el fondo de cese laboral (art. 15, Ley N° 22.250) el cual configura un capital que recibirá el trabajador cuando finalice su labor, indistintamente de la causa que generó la extinción del vínculo; indicando que dicho fondo no es indemnizatorio, sino una retribución por el tiempo de trabajo brindado, que al mismo tiempo reemplaza el preaviso y despido consagrado por la LCT, ya que los trabajadores comprendidos en este estatuto se hallan frente a la ausencia de estabilidad de trabajo y en consecuencia, la relación laboral puede concluir sin efectos indemnizatorios debido al carácter transitorio e inestable de su vínculo.

Así, sostuvo que el Poder Ejecutivo en el decreto 528/20 señaló que no en todos los casos se podría efectuar la reinstalación del trabajador a su puesto laboral y que no sería razonable extender los alcances del decreto porque daría lugar a que lo usen como fundamento altos directivos, remarcando de esta manera, que el estatuto configura un sistema diferente; además de resaltar que la demandada puso a disposición del trabajador el fondo de cese luego de extinguida la relación laboral (Ley N° 22.250).

En tanto, la postura mayoritaria compuesta por los jueces Giletta y Buté, se manifestó a favor de confirmar la sentencia recurrida ya que, en principio, el hecho de que el estatuto particular soslaye la figura del despido, no implica que no exista o que no puedan evaluarse las causas que produjeron la extinción, porque por más que la Ley N° 22.250 brinde el fondo de cese indistintamente los motivos de finalización, ello no elimina la causa, pues ello se respalda en el carácter de “móvil” que posee dicha actividad, tal como lo mencionan el máximo tribunal provincial en la causa “Urbano” y el Juzgado de Conciliación de 10° Nominación en autos “Villarroel c/ Boetto y Buttigliengo”. No obstante, destaca que pueden de igual manera analizarse las causas que extinguen la relación laboral, puesto que hay que considerar por separado la razón del despido y la consecuencia que la normativa prescribe para esa conducta.

En este marco, señala que el régimen especial no es completo, pues no regula la totalidad de los aspectos que rigen el vínculo laboral, por lo que consecuentemente, se aplica la normativa general LCT en torno a las circunstancias que no tienen reglamentación específica, como norma base, siempre que no haya prescripciones que las exceptúen, tal como sucede en otros estatutos profesionales. Al respecto, manifiesta que la justa causa del despido (art. 242 LCT), la fuerza mayor y la falta o disminución de trabajo no imputables a la parte empleadora (art. 247 LCT), configuran tipos jurídicos que exceden la norma laboral general y se asientan “como la contracara de la arbitrariedad contra la que protege el art. 14 bis CN”.

Por consiguiente, ante la resolución de una relación laboral sin distinción alguna, respecto los motivos de la misma, la solución generalmente es, el fondo de cese. Aquí hace una salvedad al referenciar casos donde las causas del despido producen una respuesta diferente, como lo es el despido antisindical y discriminatorio, donde las garantías de libertad sindical, igualdad y no discriminación que se resguardan constitucionalmente, sobrepasan las diferencias normativas y “universalizan a los trabajadores para su defensa homogénea” y de esta manera se recompone “el daño con la reinstalación del trabajador”, por lo tanto, en determinadas situaciones las limitaciones del sistema de la Ley N° 22.250 ceden efectivamente.

Como corolario, añade que el DNU 329/2020 se dicta en un contexto social, político y económico excepcional, bajo un nuevo gobierno, en plena crisis económica en ascenso, con preocupantes indicadores sociales y deuda externa, que adhirió una pandemia que lo determinó como camino viable frente a la falta de vacuna efectiva, crecimiento de contagios, aislamiento social, paralización y reanudación lenta de

actividades. De ahí que, ante las normas existentes no adecuadas para enfrentar las circunstancias descritas, se dictan reglamentaciones de urgencia para combatir los problemas de empleo, que acarreaban inconvenientes a los trabajadores. En efecto, el decreto acaece a los fines de preservar particularmente el empleo, resguardando así, tal cual lo garantiza el art. 14 bis CN, la protección contra el despido arbitrario.

En consecuencia, se emplea una medida excepcional y de urgencia a fin de primar el derecho al empleo y salario por sobre las facultades de organización del empleador e incluso ante sus derechos patrimoniales. También resalta que el decreto al que se alude, no excluye a ningún trabajador, indistintamente de la reglamentación que lo regla. Además, argumenta su postura en base al derecho del trabajo y salario, principio protectorio (art. 14 y 14 bis CN), apartado a) del párrafo 3 del art. 8 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Asamblea General de las Naciones Unidas en la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social, y la OIT en su documento “*Las normas de la OIT y el Covid 19 (Coronavirus)*”; y la aplicación del art. 9 LCT.

Finalmente, sostuvo que, en este marco de emergencia en torno a la salud y la economía, las políticas estatales son las que determinan las prioridades y en relación al conflicto que se presenta en autos, entre la protección del empleo y el poder de dirección y organización del empleador, se resguardó lo primero, con sostén económico, fiscal y financiero al sector empresario. Manifiesta así que, dicha normativa estableció que fuera el empleador el que debía sobrecargarse el costo de la crisis de trabajo, excepcionalmente y con fundamento en “criterios de justicia distributiva y no conmutativa”.

Por su parte, Giletta añade, además, que no se debe realizar una distinción cuando la normativa no la efectúa; en efecto, alude a los autos “Romero Iván A. y Otros c/ Brimax S.A. s/ Med. Caut. Prep.” donde el juez señala que el decreto no diferencia entre las diversas regulaciones aplicables y sus caracteres de estabilidad. De esta manera, insiste en que la medida se decreta excepcionalmente por la situación extraordinaria que se presentaba y que procuraba garantizar el puesto laboral a todos los trabajadores dependientes, sin distinción, pues se buscaba tutelar el empleo y su preservación. Así, finalmente coincide con Buté al sustentar sus razonamientos en el art. 9 LCT y en el principio protectorio.

4. Análisis de la autora

4.1. Análisis conceptual, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales

El derecho al trabajo pertenece al siglo XX, tuvo como principales actores a los trabajadores obreros, los cuales sufrían desprotección y arbitrariedades por parte de los empleadores. En 1919 en Versalles fue constituida La Organización Internacional del Trabajo por la conferencia de La Paz. Su principal e importante labor fue desde sus inicios poner límites y organizar las relaciones de dependencia que se daban (Dobarro, 2015).

Siguiendo su labor se dictaron diferentes principios generales para proteger al trabajo y a las relaciones laborales. Dentro de ellos se destacan el principio protectorio, en el cual se plasma desde el momento en que la ley considera que no están en un escalón de igualdad el trabajador y el empleado. Aquí, diferencian la escasa capacidad que posee el trabajador para negociar, tomando en cuenta la necesidad de trabajar. Al respecto, el art. 14 bis CN acobijó este principio, expresando que todo tipo de trabajo tendrá por garantía su protección (Alfie, s.f.).

Complementariamente, resulta necesario señalar que la Argentina en el ámbito de la normativa laboral contempla distintas modalidades de trabajos, los cuales resultan protegidos en su gran mayoría en el régimen general de la LCT, no obstante, existen reglamentaciones particulares o especiales tales como, y para el caso bajo análisis, el régimen de los empleados de la construcción, normado en la Ley N° 22.250. Esto no quiere decir que no pueda aplicarse subsidiariamente la normativa general en trabajos con estatuto especial, puesto que, en muchas ocasiones, dichas normas no alcanzan a comprender y a regular todos los aspectos necesarios que se dan en las relaciones laborales (Goldín, 2013). De ahí que, puede emplearse la LCT en casos particulares como norma base.

En este orden de ideas, otro principio a resaltar es el de interpretación en beneficio del trabajador en caso de dudas en cuanto a la aplicación o interpretación de normas, tal como lo estipula el art. 9 LCT. Esto es, que siempre que se presente un conflicto para aplicar alguna regla o principio, se deberá primar los derechos y garantías de la parte débil de la relación laboral, como indicio de paridad entre las partes del contrato.

Desde otra perspectiva, se halla el poder de dirección y organización, estipulados en los arts. 64 y 65 LCT y otorgados a empleadores, los cuales son fundamentales para llevar adelante una empresa. Gracias a estos poderes el empleador puede guiar su

empresa como desee, con ciertos límites que se encuentran expresos en la ley, como por ejemplo la igualdad de trato entre sus trabajadores (Hernández Rueda, 1997).

Así, según Chiesa, la facultad de organizar establece la modalidad en que los empleados ejercerán sus tareas, según lo disponga el empleador, siempre teniendo en cuenta las disposiciones legales correspondientes. Dentro de la misma el empresario puede organizar el aspecto técnico y económico de su empresa, como la libre elección en inversiones, disposición del dinero, etc; siendo éste el factor que más resalta en cuanto a la inferioridad del trabajador. Mientras que el aspecto técnico refiere a las formas en que se llevarán a cabo las diversas actividades laborales que debe cumplir cada empleado (2018). Asimismo, Grisolíá señala que, en cuanto a la facultad de dirección, es una atribución normativa que posee un empleador a fin de emitir órdenes basadas en la protección de la empresa, siempre en base a la necesidad del bien común de la empresa (2016). En suma, se resalta que estas facultades permiten a la parte empresaria implementar medidas imprescindibles con la finalidad de que la empresa cumpla sus objetivos, respetando las formas de trabajo y la relación con el personal, siempre acatando las reglamentaciones existentes en pos de prever la toma de decisiones, fundamentalmente evitando que resulten abusivas hacia el trabajador.

Desde la creación de estos poderes brindados a los empleadores, no existe una posición consolidada para fundamentarlos. Una parte de la doctrina indica que el fundamento del poder de dirección es solamente el contrato de trabajo, el cual, desde el origen, da la relación de subordinación, en el momento en que el empleado acepta el contrato. Otro segmento de la doctrina remarca que el fundamento de dicho poder son las normas constitucionales ya que las mismas hacen perfeccionar la relación laboral (Fernández Toledo, 2019).

En este marco, entre tantos derechos y poderes otorgados al empleado y empleador surge, frente a nuevas circunstancias el Decreto 329/2020, publicado en el Boletín Oficial el día 31 de Marzo de 2020. En sus líneas se determina con precisión la prohibición de despidos por el término de 60 días. A partir de ello, se dieron adversos puntos de vista, y en lo que respecta al presente trabajo, el hecho de que el mismo atenta contra la libertad de contratar y al derecho a la propiedad, ambos con supremacía constitucional (Montenegro, 2020).

Ante el dictado del mencionado decreto y frente a nuevas situaciones que surgieron en la vida laboral, muchos principios colisionan y son los jueces los que deben decidir sobre estas cuestiones. Como precedente, se trae a lectura el fallo de autos

caratulado “Salazar Jesus Gabriel c/ 25 horas S.A. y otro s/ medida cautelar” el cual se resolvió de una manera diferente a lo decidido en el fallo del presente trabajo que se halla en análisis. Aquí, el tribunal de segunda instancia decide dejar sin efecto la reincorporación del empleado en su puesto laboral, bajo el fundamento de que el mismo se encontraba en período de prueba. En efecto, el tribunal indicó que el DNU 329/2020 no incluye el tipo de supuesto legal como lo es el período de prueba.

Otro fallo similar al que motiva la presente nota, es el caratulado “Monzón Carlos Daniel c/Innokost S.A. s/ Medida autosatisfactiva” (Expte. N° 143144) - 21492 r.C.A., en el cual el tribunal de segunda instancia de la ciudad de La Pampa, decide revocar la sentencia de primera instancia y en consecuencia decretó la nulidad del despido de la parte actora y ordenó reinstalar al trabajador en su puesto de trabajo por contrariar el decreto 329/2020 que se encontraba vigente.

4.2. Postura de la autora

Para iniciar, adhiero totalmente a la postura mayoritaria y decisión del tribunal al confirmar la sentencia recurrida. El derecho al trabajo en el tipo de contexto especial que se atraviesa como sociedad merece ser tutelado y cuidado. Es primordial que ante estas controversias se dé prioridad a este derecho, el cual, como se manifestó en el problema axiológico detectado en el fallo analizado, colisiona con el poder de dirección y organización de los empleadores.

En el caso, finalmente primó el derecho al trabajo consecuentemente utilizando la interpretación del DNU 329/2020 a favor del empleado, acogiendo así no sólo el derecho al trabajo tal cual como lo prescriben los arts. 14 y 14 bis CN, sino también el principio jurídico “*In dubio pro operario*”. Lo cual resulta muy acertado, ya que su uso en este tipo de casos, beneficia a los trabajadores que se hallan en desventajas en cuanto a su posición social, sumado a la pandemia que se transita, lo cual consecuentemente acarrearía la desprotección de los mismos. Por lo tanto, esta resolución logra restringir las facultades de dirección y organización que poseen los empleadores, de forma tal que las mismas no sean empleadas discrecional e irracionalmente, logrando así garantizar el derecho al trabajo del personal y el respeto por el decreto de urgencia en vigencia.

En cuanto al decreto y a su interpretación, nada indica que los empleados de la construcción no están contemplados en el mismo. Al leerlo, se puede entender que el propósito del legislador es proteger todo tipo de empleos sin distinción alguna, por ende, aplicar el art. 9 LCT, permite una interpretación y aplicación de la normativa de

forma más benévola hacia el trabajador. Además, si bien es escasa la doctrina existente, se observa que la primacía del derecho a contratar o a la propiedad privada, sólo estaría acrecentando aún más el poder del empresario que ya desde el inicio del vínculo laboral posee, como la autoridad y supremacía de negociación frente a la parte débil del empleado; por lo que, al tender al resguardo del derecho al trabajo de la posición vulnerable, sea cual fuere la modalidad de trabajo, se cumpliría con el mandato de las normativas legales en pos de garantizar los derechos del trabajador.

En efecto, y tal como se expuso en antecedentes, hay una tendencia de que las decisiones jurisprudenciales adopten esta misma perspectiva en donde se prime el derecho de la parte débil de un vínculo laboral frente a las atribuciones que por ley tienen los empresarios; y si bien soy partidaria de que los poderes de dirección y organización en una empresa son muy importantes y esenciales para llevar a cabo una empresa, existen límites que no pueden sobrepasarse y el decreto en discusión se dictó en un contexto de emergencia como una política de Estado para combatir las consecuencias graves que se podrían ocasionar en el ámbito laboral en esta situación anormal en la que se dio.

5. Conclusión

Para dar cierre diré que, analizamos a lo largo de todo el trabajo los argumentos más significativos que expuso la Cámara del Trabajo de la Provincia de Córdoba, los mismos fueron utilizados para brindar una solución al problema jurídico que se presentó. Por medio de la justificación que se utilizó se puso descifrar de una manera clara y comprensible el alcance y finalidad de la norma en discusión.

La problemática presentada emerge de un contexto social muy nuevo para todos e incluso para los jueces los cuales pudimos observar las discrepancias en cuanto a la postura de cada uno. Este contexto inédito que atraviesa no solo Argentina, sino que mundialmente, hace que existan intereses y valores de diferente naturaleza y por ende no tenemos una postura única sobre el tema en cuestión.

Así, la puja por la interpretación y aplicación de la norma discutida, esto es, el Decreto N° 329/2020 dio como resultado final la preservación del derecho al trabajo sin distinción alguna en cuanto a los diferentes regímenes laborales que existen en Argentina y la protección del trabajador, frente a las facultades de dirección y organización que posee la parte empresarial.

Como mencionamos anteriormente, el fallo analizado ha sido muy novedoso y sienta precedentes ante las nuevas situaciones en las que estamos sumergidos los trabajadores y empleadores por la Pandemia que estamos atravesando. Este tipo de decisión, sin duda alguna se pondrá en comparación y será analizado para resolver futuras causas similares.

6. Referencias bibliográficas

Doctrina

- Alfie, A. C. (s.f.) Reglas básicas que rigen las relaciones de trabajo. *Página Gobierno de Buenos Aires*. Recuperado de: http://www.trabajo.gov.ar/downloads/formacionSindical/Reglas_basicas_que_rigen_las_relaciones_de_trabajo.pdf
- Chiesa, J. (2018) Facultades y deberes del Empleador en el contrato de Trabajo. Dirigir y Organizar la empresa de buena fe. Aspectos técnico, económico y jurídico a la luz de la relación de dependencia. *En Tu espacio jurídico*. Recuperado de: <https://tuespaciojuridico.com.ar/tudoctrina/2018/11/28/doctrina1-3/>
- Dobarro, V. M. (2015) El derecho del trabajo: principios generales e institutos fundamentales. *En Sitio Facultad de Ciencias Sociales*. Recuperado de: <http://derecho1.sociales.uba.ar/wp-content/uploads/sites/119/2015/04/El-Derecho-del-Trabajo-Principios-generales-e-instituciones-fundamentales3.pdf>
- Dworkin, R. (2004) *Los Derechos en serio*. Madrid: Ariel.
- Fernández Toledo, R. (2019) Configuración del poder de dirección del empleador: denominación, naturaleza jurídica, fundamento y contenido. *En revista de derecho (concepción)*. Recuperado de: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/revderudec/v87n245/0718-591X-revderudec-87-245-00051.pdf>
- Goldín, A. (2013) *Curso de Derecho del trabajo y la seguridad social*. Buenos Aires: La Ley.
- Grisolía, J. A. (2016) *Manual de Derecho Laboral*. Ed. 7. Buenos Aires: AbeledoPerrot.
- Hernández Rueda, L. (1997) Poder de dirección del empleador. *En Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*. Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/139/26.pdf>
- Montenegro, L. (2020) Comentarios sobre la prohibición de despedir (DNU 329/20 y DNU 487/20). *Página Abogados.com*. Recuperado de:

<https://abogados.com.ar/comentarios-sobre-la-prohibicion-de-despedir-dnu-32920-y-dnu-48720/25978>

Legislación

Congreso de la Nación Argentina (15 de Diciembre de 1994) Artículos 14 y 14 bis y 18 [Primera parte. Capítulo primero] Constitución Nacional. [Ley N° 24.430 de 1994]. Recuperado de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>

Texto ordenado por Decreto 390/1976. Buenos Aires (13 de Mayo de 1976) Artículos 9 [Título I], 64 y 65 [Capítulo VII] Ley de contrato de trabajo. [Ley N° 20.744 de 1976]. Recuperado de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/25552/texact.htm>

Presidente de la Nación Argentina. (11 de Julio de 1980) [Capítulo I] Ley Industria de la construcción. [Ley N° 22.250 de 1980]. Recuperado de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/27238/texact.htm>

Presidente de la Nación Argentina (31 de Marzo de 2020). Prohibición de despidos. Emergencia pública [Decreto 329/2020]. Recuperado de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/335000-339999/335976/norma.htm>

Jurisprudencia

Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (16/06/2020) “Salazar Jesús Gabriel c/ 25 horas S.A. y otros/ medida cautelar”. Recuperado de: <http://www.saij.gob.ar/camara-nacional-apelaciones-trabajo-nacional-ciudad-autonoma-buenos-aires-salazar-jesus-gabriel-25-horas-sa-otro-medida-cautelar-fa20040026-2020-06-16/123456789-620-0400-2ots-eupmocsollaf>

Cámara de Apelaciones, Sala 1 (14/08/2020) “Monzón Carlos Daniel c/Innokost S.A. s/ Medida autosatisfactiva” (Expte. N° 143144) - 21492 r.C.A.- Recuperado de: <https://www.erreius.com/Jurisprudencia/documento/20200831131122631/medida-autosatisfactiva-obrero-de-la-construccion-despido-prohibicion-nulidad-reincorporacion-decreto-de-necesidad-y-urgencia-emergencia-sanitaria-pandemia-coronavirus-covid-19>

Cámara del Trabajo, Sala 1, Sec. 1. (20/08/2020) “García Gustavo Emanuel c/ Ingeniería srl e Ing. Roberto y Carlos Trujillo srl – UTE – Cuerpo de apelación –

Expte. 9361637". Recuperado de:
<https://www.diariojudicial.com/public/documentos/000/093/054/000093054.pdf>



PODER JUDICIAL DE CÓRDOBA

SALA 1 CAMARA DEL TRABAJO -SEC. 1

Protocolo de Autos

Nº Resolución: 149 Año: 2020

Tomo: 2 Folio: 344-356

EXPEDIENTE: 9361637 -  - **GARCIA, GUSTAVO EMANUEL C/ INGENIERIA SRL E ING. ROBERTO Y CARLOS TRUJILLO SRL - UTE - CUERPO DE APELACION - CUERPO**

AUTO NUMERO: 149.

Córdoba, veinte de agosto de dos mil veinte.- **Y VISTOS:** Estos autos caratulados: “**GARCIA GUSTAVO EMANUEL C/ INGENIERIA SRL E ING. ROBERTO Y CARLOS TRUJILLO SRL – UTE - CUERPO DE APELACION – EXPTE. 9361637**”, de los que resulta: 1) que con fecha 01/07/2020 la parte demandada interpone recurso de apelación en contra de la Sentencia N° 34 de fecha 18 de junio de 2020 dictado por la Sra. Jueza de Conciliación de Octava Nominación en los autos principales (Nro. 9263226), que en resolvió “*I) Hacer lugar a la demanda autosatisfactiva, declarándose la nulidad del despido comunicado al accionante Gustavo Emanuel García (DNI 34.768.721), y en consecuencia condenar a Ingeniería SRL e Ing. Roberto y Carlos Trujillo SRL-UTE a que en el término de dos días de notificada la presente, lo reincorpore a su puesto de trabajo en las mismas condiciones en las que se encontraba al 28/04/2020, y para que en igual plazo le abone los salarios caídos desde la fecha referida, a valores vigentes de acuerdo a su categoría, todo bajo apercibimiento de aplicar astreintes a razón de 2 jus por cada día de demora (804 del CCC). .*”, imponiéndole las costas. Sostiene que la resolución incurre en vicios de nulidad por violación de las formas y solemnidades que prescriben las leyes al omitir valorar prueba dirimente. Afirma que el decisorio contiene motivación aparente, fundado en un razonamiento violatorio a las reglas de la lógica, la experiencia y la sana crítica racional. Que se basa en una errónea aplicación de la legislación vigente en cuanto extiende la aplicación de una norma a situaciones para las cuales no fue dictada.

Y que el fallo agravia a su representada por cuanto afecta su derecho de propiedad al obligarlo a abonar salarios en exceso de lo previsto en la contratación de la obra y en el régimen laboral del actor, y por afectar gravemente las facultades de organización y dirección (arts. 64, 65 LCT). Reconoce la relación laboral y la fecha de ingreso denunciada, manifestando que se desarrolló en el marco de la ley 22.250. Añade que este estatuto no distingue la rescisión del contrato de trabajo resuelta por decisión del empleador ni del trabajador, reemplazando las mismas con el fondo de desempleo que se conforma con aportes que hace el empleador a su costa, y el trabajador los percibe una vez que se disuelve el contrato de trabajo por cualquier causa. Sostiene que los supuestos del DNU 329/2020 no alcanzan al régimen de que se trata. Relata que es sabido que el régimen laboral de la industria de la construcción reemplaza el sistema de indemnizaciones por despido, a través de la constitución de un fondo para ser entregado al trabajador a la finalización de la obra, constituido por aportes del empleador calculado en porcentuales sobre el salario devengado. Que la diferencia con el régimen general de la LCT radicaría en que la motivación del acto de ruptura es indistinta a los efectos de dar lugar al derecho al cobro del fondo de cese laboral por parte del operario. Critica lo sostenido por el tribunal al sostener que haciendo extensivo el razonamiento de la accionada, bastaría el pago de la indemnización –en cualquier régimen- para neutralizar la prohibición de la normativa de emergencia. Por otro lado dice que se incurre en un yerro cuando se manifiesta que con la documentación acompañada, queda acreditada la situación de “*abandonado a su suerte*”, desempleado en el contexto de la pandemia del Covid 19, sin salario, adeudándosele haberes y rubros emergentes de la disolución; y prontamente sin cobertura médica frente a cualquier contingencia de salud que pueda sufrir, que torna procedente el tratamiento de la medida autosatisfactiva peticionada, pero nada dijo de la inactividad del actor consistente en obviar concurrir a la empresa a percibir los rubros que se le ponían a disposición, actitud que lo habría puesto en la posición que declama. Que de haber sido considerada y analizada la conducta del actor, habría originado el rechazo de la medida autosatisfactiva que impetró, habida cuenta que contaba con el fondo de cese –que no constituye una indemnización- y que le permitía subsistir, al que podía añadir el fondo de desempleo y demás ayuda del gobierno nacional. Cita jurisprudencia. Resalta la inaplicabilidad del DNU al régimen de la construcción, pues el decreto ha puntualizado cuales son los despidos que, de operarse, resultarían nulos. Esa misma enumeración expresamente puntualizada por el art. 2 del mencionado excluye aquellas actividades que no

contemplan los despidos tales como la falta o disminución de trabajo o fuerza mayor y los despidos sin causa. Que en otras palabras, la prohibición de despedir se refiere a las relaciones laborales regidas por la ley de contrato de trabajo y no a aquellas que se rigen por un régimen particular, tal como la del caso de autos. Dice que en definitiva, lo dispuesto en los decretos resulta claro, evidente y sin necesidad de ser complementado por la interpretación judicial, muchas veces más elástica de lo que en realidad ha querido la norma. Sostiene que los considerandos del decreto contemplan situaciones que pueden ser comunes a todos los trabajadores, pero, cuando “decreta” lo hace solo declarando nulos aquellos despidos operados sin causa, o por la causal de falta o disminución de trabajo o fuerza mayor, supuestos contemplados por la LCT y obviando en el régimen particular de la Ley 22.250. Afirma que si la intención del legislador hubiera sido limitar la voluntad de las partes también para aquellas situaciones en que no se contemplan las rescisiones sin causa o por falta o disminución de trabajo y/o fuerza mayor como es el régimen de la construcción, hubiera prohibido todos los despidos, salvo los que aludan a justa causa. Plantea que el régimen de la construcción contempla la alta movilidad existente en la actividad, dada por la duración de las obras, su conclusión en períodos predominantemente cortos y demás circunstancias tales como trabajos específicos de cada una de ellas (plomería, electricidad, pintura y otras) que demandan personal por un período acotado o por la culminación propia de la tarea y en miras a todas esas circunstancias y a otras que rodean el marco del estatuto especial articulado por ley 22.250, se sustituyó el régimen de estabilidad por el fondo de cese laboral, de tal suerte que dicho estatuto no distingue la rescisión del contrato de trabajo por decisión del empleador ni del trabajador, sustituyendo esas decisiones con el fondo de cese que se conforma con aportes que hace el empleador a su costa. Afirma los supuestos contemplados por el DNU 329/2020 no alcanzan al régimen de que se trata, ya que el régimen propio de la construcción reemplaza el sistema de preavisos y despidos de la LCT, pues de manera automática se entrega la libreta del fondo de cese y se abona la liquidación final. En consecuencia correspondería, rechazar la medida autosatisfactiva por la inaplicabilidad de las disposiciones del DNU. 329/20 y su prórroga al régimen de la ley 22.250. Solicita se haga lugar al recurso de apelación. Hace reserva de recurso extraordinario oportunamente planteado. 2) Emplazada la contraria para que conteste los agravios deducidos o se adhiera al recurso, la misma lo hace mediante escrito que fuera presentado con fecha 20/07/2020, solicitando se rechace el recurso y se mantenga el resolutorio atacado. Afirma que no surge de la

presentación de apelante una crítica fundada a los argumentos dados por el a-quo para considerar no encontrarse acreditado en autos un estado de urgencia in extremis que habilite la admisión de la medida planteada. Dice que el impugnante achaca al tribunal haber efectuado una liviana interpretación de finalidad principal del DNU 329/2020 dictado por el PEN, la cual es asegurar a los trabajadores y a las trabajadoras que esta situación de emergencia no les hará perder sus puestos de trabajo y es lo sucedido en autos. Afirma que no invoca ni demuestra el impugnante en qué medida la interpretación dada por el tribunal al contexto de la emergencia lesionaría alguna garantía constitucional. Por otra parte sostiene que el argumento invocado en el precedente "Mainini", en el cual la plataforma fáctica resultó similar a la de autos, no constituye un fundamento válido. Pide por ello se desestime el recurso con costas.- Elevadas las actuaciones a esta Sala y efectuada la integración y avocamiento, quedan los presentes en estado de resolver.- **Y CONSIDERANDO EL DR. ENRIQUE ANDRES M. ROLÓN, dijo: I) I)** Que el recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma por lo que corresponde su tratamiento. **II)** En primer lugar cabe señalar que el diseño de las vías procesales aptas para tratar y resolver los conflictos incumbe al legislador, que no ha previsto en su estructura las medidas de satisfacción inmediata. En consecuencia, la materia queda sometida a las reglas generales de competencia estatuidas por los códigos procesales respectivos. Por su parte el art. 887 del C.P.C.C. establece que en caso de silencio u oscuridad del marco normativo, *'los tribunales arbitrarán la tramitación que deba observarse, de acuerdo con el espíritu que le domina, leyes análogas y los principios generales que rigen en materia de procedimientos'*. Por ello es que la presente causa, que viene en apelación a esta Sala, engarza a criterio del suscripto en la fórmula contenida en la norma referida, aplicable supletoriamente y que ha sido utilizada por nuestros tribunales frente a vías de diseño directamente no previsto, por encima de las restricciones del artículo 485 C.P.C.C.- **III)** Como surge de los Vistos precedentes, el agravio principal esbozado en el recurso, versa sobre la aplicación del decreto de necesidad y urgencia N° 329/20, publicado en el Boletín Oficial el 31/03/2020 y prorrogado por el DNU N° 487/2020, dictados por el Poder Ejecutivo Nacional al Régimen dispuesto por la ley 22.250. Pues bien a los fines de establecer el alcance del aludido decreto, a las relaciones laborales abarcadas por el estatuto del personal de la construcción, seguidamente se señalarán las notas distintivas del mismo. Así entre las principales características del régimen laboral de la industria de la construcción, contenido en la ley 22.250, se encuentra *en primer lugar* la ausencia de

vocación de permanencia del vínculo. En tal sentido y en opinión que se comparte Jorge J. Sappia expresa que: *“Como su antecesora, la ley 22.250... recogió como elemento fundante de su individualidad... la extrema movilidad de sus trabajadores, que no acusaban y tampoco acusan hoy, una vocación de permanencia en relación con el contrato que les vincula a su empleador(...). Del otro lado, el del empleador, se anotó que éste adolece de la imposibilidad de asegurar a su dependiente la continuidad de sus prestaciones, habida cuenta de que no existe una secuencia continua en la realización de las obras de ingeniería y arquitectura... De tal modo se consagró la formación de un Estatuto particular, cuyo énfasis esencial se puso en el diseño de un mecanismo diferente del establecido en la ley general, para constituir el contrato de trabajo”* (cfr. autor citado: *“El Estatuto de los Trabajadores de la Construcción”* en: *“Revista de Derecho Laboral – Estatutos y otras actividades especiales – II”*, p. 74, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2004”). Tal característica también es indicada por Laura Castagnino, quien sostiene: *“Desde el punto de vista de los trabajadores, suele observarse la ausencia de vocación de permanencia y un constante proceso “migratorio” de egreso y reingreso a la actividad....En cuanto a los empleadores, se advierte una forzosa discontinuidad en las posibilidades de dación de trabajo efectivo, dado que no siempre que finaliza una obra, el principal se encuentra en condiciones de brindar ocupación efectiva....lo que explica la alta movilidad que caracteriza al sector”* (cfr.: autora citada en: *“Tratado de Derecho del Trabajo”*, Tomo V – A, p. 304, dirigido por Ackerman, Mario, Rubinzal- Culzoni Editores, Santa Fe, 2014). Se resalta que la nota o propiedad bajo análisis, también fue destacada por el Tribunal Superior de Justicia, al analizar la naturaleza del fondo de cese laboral, en la sentencia N° 63, de fecha 26.04.2006, recaída en la causa: *“Urbano, Tito J.E. c/Benito Roggio e H. S.A”* en los siguientes términos: *“La ley 22.250 puso el acento en la transitoriedad de su ocupación, diferente a la mayor estabilidad que se les otorgaba en otros ordenamientos laborales, constituyéndose así en el núcleo central del hermético sistema de la construcción. La alta tasa de movilidad no es más que un reflejo de la oferta y la demanda del mercado en el que se encuentra inserta. Por ello, las relaciones laborales que se traban entre los sujetos intervinientes carecen de la nota esencial que tipifica la regla imperante en el régimen general, cual es, el carácter indeterminado del contrato de trabajo...”*. A su vez, en segundo lugar, otra de sus particulares características, la constituye la existencia del denominado actualmente, fondo de cese laboral, regulado en el artículo 15 de la ley 22.250), cuya función no es otra que formar o constituir un

capital, que el trabajador percibirá una vez culminado su ligamen, independientemente del motivo de la extinción. Al decir de Jorge J. Sappia este fondo no es una indemnización, ya que no repara ningún daño. Textualmente el autor citado sostiene: “...el fondo carece de naturaleza indemnizatoria pues no repara ningún daño, ni tampoco el sistema legal del que forma parte reviste ese tipo de caracterización. Es correcto negarle el calificativo de indemnizatorio, pues el sistema del Estatuto de la Construcción no exige la observancia del deber de respeto a la estabilidad del trabajador como lo hace el régimen general cuando trata la situación del contrato de trabajo destinado a ejecutarse por tiempo indeterminado, en los términos del artículo 90 de la LCT. En el caso de la ley 20.744, la violación incausada de esa normativa provoca un daño, por vulneración de un derecho legal, que debe ser resarcido. En la ley 22.250, el contrato está de antemano contemplado como sujeto a no extenderse en el tiempo y como tal pasible de ser interrumpido por las partes en cualquier momento, lo cual releva al sistema de la ley 22.250, de alentar ninguna expectativa de permanencia y continuidad del vínculo que regula. Luego la extinción (...) decidida por cualquiera de los extremos de la relación, no reconoce cercenamiento de derecho alguno legalmente protegido, excluyendo así toda variante resarcitoria de un perjuicio que la ley reputa inexistente. El trabajador de la construcción accede al fondo sin que realmente se encuentre en situación de paro y sin que necesariamente sea forzoso. Puede ser voluntario, pero además, y esto es lo decisivo, la desvinculación del trabajador de su empleo puede tener como causa eficiente, no sólo su decisión unilateral, sino también su determinación de ingresar a otro puesto de trabajo, con lo cual la percepción del fondo no atiende a su condición de desempleado (...) Por todo ello, sostengo que el fondo constituye una compensación por tiempo de servicio. De todo lo expuesto surge que el sistema del Fondo de Cese Laboral, no reviste naturaleza jurídica indemnizatoria. No es una indemnización, sino que se trata de una prestación fundada en la necesidad de procurar al trabajador de la construcción, que cesa en su vínculo laboral, una protección que para la hipótesis en que no obtenga una nueva colocación le permita, considerando su antigüedad en el puesto que deja, subvenir a sus necesidades” (autor y ob. citada, p. 99). En tal dirección el Tribunal Superior de Justicia, en el precedente ya mencionado, indicó: “El Fondo de Cese Laboral (denominación actual conforme al art. 14, ley 25.371 - B. O. 2/1/01) consiste en una patrimonialización del tiempo de servicio y se integra con un aporte que efectúa el empleador de la industria de la construcción desde el comienzo de la relación laboral

(art. 15, ley 22.250). Su finalidad es regular el vínculo existente entre las partes y particularmente la situación que se genera al producirse el desenlace. Vázquez Vialard lo ha definido acertadamente como un salario diferido compuesto de un porcentaje de la remuneración que debe depositarse en forma mensual y se hace efectivo al finalizar la relación por cualquier causa. En forma coincidente, Justo López lo califica como un fondo de garantía del tiempo de antigüedad del cual el trabajador dispone cuando cesa la relación de trabajo, sin ninguna restricción. Por su parte, Etala descalifica la naturaleza indemnizatoria pues lo considera como una suma de dinero acumulada en función del tiempo de servicio, que se va devengando mes a mes y se torna exigible al momento de la extinción del contrato de trabajo... La aparición de este instituto con la sanción de la ley 17.258 se vinculó con la necesidad de poner un quietus a las situaciones de incertidumbre que se derivaban del cese de las relaciones especiales generadas en el ámbito de la referida industria. En la práctica, su objetivo fue sustituir el régimen tradicional del preaviso e indemnización por antigüedad que imperaba con la ley 11.729 y que cubría la estabilidad precaria de este tipo de trabajadores. ... Empero, y sin perjuicio de la particular naturaleza jurídica del Fondo de Cese Laboral, lo determinante es que se percibe cualquiera sea el motivo de la extinción del vínculo habido, aunque para ello se tenga en cuenta, de algún modo, la antigüedad del trabajador". En igual sentido se señaló: "No es posible reconocer al fondo de desempleo carácter indemnizatorio, pues el derecho a su cobro por parte del trabajador (o en su caso, de sus derechohabientes) no depende de que el empleador haya incurrido en algún acto ilícito, susceptible de ser reparado mediante dicho concepto. En efecto, tal como resulta del artículo 17 de la ley 22.250, el trabajador tiene derecho a su cobro, cuando finaliza su vínculo de trabajo, cualquier fuera la causa de la extinción (...).su finalidad es la de proveer al trabajador de la construcción que finalizó una relación de trabajo de medios económicos para afrontar los gastos que irroguen su subsistencia y de su familia durante el tiempo que transcurra hasta que consiga un nuevo empleo" (CNATrab. Sala III, 28.05.2003, "Guzmán, Leopoldo c/Petersen Thiele y Cruz S.A.", el Dial – AAA1B84). En tercer lugar resulta útil destacar que el último párrafo del artículo 15 de la ley 22.250 expresamente dispone: "El sistema a que se refiere el presente artículo para el trabajador de la construcción reemplaza al régimen de preaviso y despido contemplados por la ley de contrato de trabajo". De ahí que en el marco del estatuto bajo análisis, no hay ni preaviso ni despido, sino que lo que acontece es la extinción o finalización del vínculo. De las

características hasta aquí señaladas se colige que los trabajadores de la industria de la construcción, como notas constitutivas de la relación, carecen de estabilidad en el empleo y por ende el contrato de trabajo puede finalizar sin consecuencias indemnizatorias y la relación culmina una vez que ingresa la comunicación respectiva en la esfera del conocimiento del destinatario de la misma. En *cuarto lugar* los trabajadores de la actividad de la construcción, poseen su propio régimen, a los fines de atender la contingencia social del desempleo, contemplado en la ley 25.371, distinto al del trabajador dependiente común, alcanzando por las disposiciones contenidas en los artículos 111 a 127 de la ley 24.013. A los fines de acceder a las prestaciones aludidas, el trabajador debe estar inscripto en el IERIC, es decir contar con su respectiva credencial; poseer la libreta de aportes al fondo del cese laboral, denominada, desde el mes de abril de 2011 “*Soy Constructor*” y contar con dichos aportes. A su vez y a diferencia del régimen común de desempleo, regulado en la ley 24.013, establece, en su artículo 4, inciso a) que entre las causales que originan el mismo se encuentra el cese de la relación por parte del empleador, sin mencionar el despido sin causa, contenido en el artículo de 114 inciso a) de la ley 24.013. Otra distinción, finca en que el trabajador, deberá haber aportado, al menos, ocho meses en los dos años anteriores a su desvinculación y percibirá el importe de 3 meses, si cotizó entre 8 a 11 meses; el de 4 meses si lo fue entre 12 a 17 meses y 8 meses si lo hizo entre 18 a 24 meses. En *quinto lugar*, según lo establecido en la ley 26.494, los dependientes de la construcción tienen un régimen jubilatorio diferencial propio que, por un lado les permite acceder a la jubilación desde los 55 años de edad y a su vez, determina una contribución adicional para los empleadores del 2% al 4% sobre el salario imponible (artículos 1 y 2 de la ley citada). De lo expuesto surge con meridiana claridad que, debido a las notas referenciadas y en especial a la falta de estabilidad del empleado de la construcción, en el que se reitera, las relaciones laborales son transitorias e inestables, tales lazos son distintos de los vínculos dependientes, basados en la aludida vocación de permanencia, pertenencia y estabilidad, reguladas en el régimen laboral común. Por otra parte no debe olvidarse que el propio Poder Ejecutivo, del cual emanó el decreto 329/20, invocado por el actor como fundamento de su pedido de reinstalación, en otro decreto posterior, específicamente el 528/20 previó que no siempre será posible la reinstalación, al expresar en los considerandos del mismo que: “*sin perjuicio de la prohibición de efectuar despidos sin justa causa, y por las causales de falta o disminución de trabajo, establecida por el Decreto N° 329/20 prorrogado por el Decreto N° 487/20, existen*

situaciones que demuestran la necesidad de mantener la duplicación de las indemnizaciones, como son las referidas a la extinción indirecta del vínculo por incumplimientos graves del empleador y la empleadora o a la aceptación por parte del trabajador o de la trabajadora de la eficacia extintiva, o incluso en aquellos supuestos en los que se torna difícil acceder a la reinstalación, ya sea por la clandestinidad laboral o el cese de actividades. Que tal como pasó al momento del dictado de la medida original, esta medida ha sido concebida para atender la situación de vulnerabilidad de los sectores más desprotegidos y, al mismo tiempo, evitar que se acreciente el nivel de desprotección de los trabajadores y de las trabajadoras formales. Que extender los alcances de este decreto al ámbito del Sector Público Nacional estaría desprovisto de toda razonabilidad, dado que serviría para que se amparen en ella altos directivos con responsabilidades jerárquicas que pretenden encontrarse abarcados por las previsiones de la norma.”. Se resalta, en opinión que se comparte, que dicho aspecto fue expresamente señalado por el Dr. Pablo Martín Grassis, a cargo del Juzgado de Conciliación de Segunda Nominación de la ciudad de Río Cuarto, en la sentencia N° 55, de fecha 08.07.2020, dictada en la causa: *“Arias, Francisco Esteban c/Tecma S.R.L. – Medida Autosatisfactiva” –Expte. N° 9290279”* luego de efectuar un profundo y meduloso análisis de la aplicación del DNU aludido, al régimen de la ley 22.250, en el que estableció que el decreto 329/20 no resulta aplicable a los vínculos comprendidos en el ámbito del estatuto de la construcción. Adviértase que en el caso de autos, según surge de lo descripto por ambas partes, la accionada cumplió con lo dispuesto por el artículo 17 de la ley 22.250, pues puso a disposición del actor el fondo de cese laboral, luego de finalizada su relación. En conclusión, la aplicación del DNU 329/20 a las relaciones alcanzadas por la ley 22.250 no repara en las notas distintivas del régimen de la industria de la construcción y por ende, acudiendo a las expresiones del decreto 528/20, carecen de la razonabilidad suficiente, respecto de este especial sistema. En relación a la interpretación razonable de las normas la Corte Suprema de Justicia de la Nación, entre otros precedentes, ha indicado: *“Por encima de lo que las leyes parecen decir literalmente es propio de la interpretación indagar lo que ellas dicen jurídicamente. En esta indagación no cabe prescindir de las palabras de la ley, pero tampoco atenerse rigurosamente a ellas, cuando la interpretación razonable y sistémica así lo requiere”* (Fallos, 311:2751; 312:1614). Se insiste, la ley 22.250, como bien señala Jorge J. Sappia consagra un: *“un sistema diferente, donde no existe la estabilidad ni relativa ni*

*absoluta, o ni propia ni impropia... El contrato de trabajo de la construcción no plantea que la estabilidad del trabajador sea una condición exigible en el contrato de trabajo específico, lo cual implicaría que su inobservancia sería causante de un daño al dependiente. No hay una expectativa de mantenimiento del vínculo, por lo que se instituyó –con el Fondo de Cese Laboral- una compensación por tiempo de servicio (...). De tal modo el DNU 329/20, es inaplicable respecto del ámbito de aplicación de la ley 22.250, en tanto según el art. 15 cuyo último párrafo transcribí más arriba, establece que en el sistema no hay ni preaviso ni despido. Simplemente opera la extinción” (cfr. autor citado en: “El DNU 329/20 y la ley 22.250”, Semanario Jurídico N° 2260, de fecha 29.06.2020, Cuadernillo 1, Tomo 122, Año 2020-B, p. 1). Por todo lo expuesto, corresponde en definitiva acoger el recurso de apelación interpuesto por la demandada, revocando la sentencia número 34, de fecha 18.06.2020, dictada por la Sra. Jueza A-quo y en consecuencia declarar la validez de la comunicación extintiva, dejando sin efecto la reincorporación del actor. **IV)** Las costas se impondrán en ambas instancias por el orden causado (artículo 28 de la ley 7987), atento lo novedoso de la temática y las diferentes posiciones jurisprudenciales existentes sobre el particular, difiriéndose las regulaciones de honorarios respectivas para cuando lo soliciten y acrediten sus condiciones tributarias.- **Y CONSIDERANDO EL SR. VOCAL RICARDO AGUSTÍN GILETTA, dijo:** **I)** Que en la ocasión voy a plantear una opinión diversa a la del Sr. Vocal preopinante, anticipando mi total coincidencia con el criterio de la Sra. Jueza Aquo, que ha desmenuzado el quid de la materia en forma minuciosa, exhaustiva y completa. Para analizar la cuestión de fondo, entiendo pertinente algunas consideraciones sobre la figura del despido en el marco de la ley 22.250, para luego referirme concretamente a la aplicación del DNU 329/2020 al caso de autos, y a lo relativo a la ausencia de grave daño o desamparo del trabajador, también argumentado por la recurrente.- **II) El despido en la ley 22.250.** Sostiene la apelante que en el ámbito de la norma no existen despidos sin justa causa ni derivados en falta de trabajo o fuerza mayor, que son tipos jurídicos regulados por la LCT y no previstos en el régimen especial, donde todas las extinciones contractuales otorgan al trabajador desempleado el derecho a percibir el fondo de cese laboral. Alega que por lo tanto, dado que el DNU 329/2020 prohíbe despidos operados bajo esos causales, no resulta aplicable al caso.- Tal como lo sostiene la apelante, en consonancia con lo afirmado en la resolución recurrida, el Estatuto de la ley 22.250 mantuvo un sistema de ‘fondo de desempleo’ (hoy ‘fondo de cese laboral’), que había sido iniciado por su antecesora, ley*

17.258, excluyendo a los trabajadores allí comprendidos del régimen general de reparación tarifada frente al despido arbitrario o por causas que pese a ser justificadas ameriten indemnizaciones (fuerza mayor, razones económicas, incapacidad del trabajador, quiebra del empleador, etc). En efecto, frente a la extinción de la relación laboral por cualquier motivo, en la ley 22.250 el dependiente (o sus derechohabientes) tienen acceso al fondo de cese, que consiste básicamente en un capital integrado en una entidad financiera por un pago mensual realizado por el empleador, que queda a disposición del trabajador ante la ruptura del contrato de trabajo, y que en definitiva excluye el sistema indemnizatorio de la LCT.- La justificación de esta igual respuesta ante el trabajador con prescindencia del motivo del distracto, ha sido elaborada sobre la base de la gran 'movilidad' que tiene esta actividad, generalmente ligada al inicio y finalización de obras, y en ese sentido es precisamente que se ha pronunciado nuestro máximo tribunal provincial en la causa "Urbano" citada en la expresión de agravios, y el Juzgado de Conciliación de 10ª Nominación en "Villaruel c/ Boetto y Buttigliengo" (también venidos a esta Sala en apelación). Sin embargo, tal como lo sostiene la Sra. Jueza, estos argumentos no suponen que en este colectivo no exista el despido 'sin justa causa' o -mejor dicho- que no puedan analizarse causas justificadas o injustificadas para extinguir la relación. Una cosa es el motivo del despido, y otra es la respuesta o consecuencia que la norma proporciona ante esa conducta. Si bien es cierto que en el marco de la ley 22.250 la respuesta normativa es indiferente al motivo extintivo, esa indiferencia no suprime la causa; solamente iguala las consecuencias. Aclaremos que el régimen de la ley 22.250 no es realidad 'hermético', ya que no contiene regulación de todos los extremos propios de una relación de trabajo y sus institutos. Como bien dice Goldín ("Régimen legal de los trabajadores de la industria de la construcción y la ley de contrato de trabajo", LT, XXX-289), de los cuarenta y un artículos que lo integran, solamente quince no están destinados a regular el funcionamiento del fondo de cese laboral, y el órgano de aplicación y control de sistema; y de esos quince sólo ocho regulan aspectos concretos de la relación laboral, ya que los restantes refieren a cuestiones del ámbito personal y temporal de aplicación y normas de forma. De manera que la Ley de Contrato de Trabajo aparece plenamente operativa como norma base, en lo que no es objeto de regulación específica, al igual que en otros estatutos profesionales.- En ese sentido, la norma contiene regulaciones y conceptualizaciones de las partes del contrato de trabajo; del contrato y de la relación misma; de establecimiento, de salario, de los derechos y obligaciones de las partes; un sistema de

presunciones legales; normatiza principios como el de buena fe, la duda en favor del trabajador, la irrenunciabilidad de derechos y la gratuidad de actuaciones, entre muchos otros, institutos que son aplicables a todos los regímenes en los que actúa como norma madre, en la medida que no existan disposiciones que las excluyan. La ‘justa causa’ del despido (del art. 242 LCT); así como la fuerza mayor y la falta o disminución de trabajo no imputables al empleador (del art. 247 LCT), constituyen también tipos jurídicos que desbordan la Ley de Contrato de Trabajo, y se inscriben -entre otras figuras- como la contracara de la ‘arbitrariedad’, contra la que protege el art 14 bis CN. Independientemente de que frente a un despido en el marco de la ley 22.250 esos institutos no tengan efectos diferentes al de una renuncia, ello no implica que en los trabajadores de la industria de la construcción no existan -como en todos los demás rubros de actividad- causas por las cuales se decide prescindir de un trabajador; porque no hay en realidad ningún despido sin motivo, aunque más no sea la subjetividad o capricho del empleador. De manera que como se sostuvo en primera instancia, también en el marco de la ley 22.250 existen causas, y dentro de éstas, causas justificadas o injustas para resolver una relación laboral, aunque la respuesta sea por lo general la misma, es decir el acceso al fondo de cese. Digo que por lo general la consecuencia es la misma y no siempre, porque existen situaciones en las que el motivo del despido genera una reacción normativa que rompe ese quietus. Son casos que atraviesan transversalmente todos los sistemas y estatutos: el **despido antisindical**, que tiene como respuesta la reinstalación del dependiente o una indemnización especial según la L.A.S.; y el **despido discriminatorio**, ya que la ley 23.592 habilita (art. 1) ‘*dejar sin efecto la medida*’, que no es otra cosa que la reincorporación del trabajador, obligando además la norma a reparar el daño material y moral causado.- En estos supuestos, garantías constitucionales y supra legales de libertad sindical e igualdad y no discriminación, superan las diferencias regulatorias y universalizan a los trabajadores para su defensa homogénea.- Es decir que aunque el régimen de la ley 22.250 admite (o soslaya) el despido sin justa causa y se lo aplana sin adicionarle consecuencias diversas a las de una renuncia (con crisis cierta de la tutela contra el despido arbitrario del art. 14 bis CN), en algunos casos, por imperio de garantías superiores, no es tolerado y se rompe el esquema (al igual que el tarifario de la LCT), imponiéndose la recomposición del daño con la reinstalación del trabajador.- La cuestión es en mi opinión importante, porque desnuda que ante determinadas circunstancias o situaciones de excepción que requieren una tutela más intensa, los límites del sistema de la ley 22.250 ceden claramente, sobre

lo que volveré en el punto siguiente.- **III) El DNU 329/2020 y el régimen de la construcción.** El DNU 329/2020 se dictó en un marco social, político y económico sin precedentes: un país con nuevas autoridades de gobierno, en grave crisis económica, con alarmantes indicadores sociales y endeudamiento externo, que sumó una pandemia que impuso como única salida disponible ante la ausencia de una vacuna eficaz y los altos niveles de contagio, el aislamiento social, con consecuente paralización y luego reanudación muy progresiva y parcial de actividades. Mundialmente -y en un país en crisis económica, con mayor impacto- se retrajeron el consumo y la producción, se comprimió en extremo la recaudación fiscal, se incrementó sustancialmente el gasto público asistencial y se puso al sistema sanitario en alerta máxima. La convivencia social se alteró radicalmente en todas sus estructuras y hasta las propias instituciones republicanas vieron afectado su desempeño, valiendo como muestra las sesiones virtuales o remotas del Congreso de la Nación y de la Legislatura Provincial, la paralización de numerosas reparticiones de la administración pública todavía no rehabilitadas, y el funcionamiento con grandes restricciones del Poder Judicial a lo largo y ancho del país. La grave imposibilidad de renovar autoridades pasó a ser parte de una realidad hasta ahora desconocida: desde la suspensión de asambleas de personas jurídicas privadas, hasta procesos electorales como el de la Municipalidad de Río Cuarto, y se traslada como cuestión de alto impacto a todos los países del mundo. Nadie estaba preparado para esta situación. Nuestro sistema jurídico está diseñado para una Argentina ‘normal’: con crisis recurrentes, desempleo, puja por la distribución de la renta nacional, diferendos en todos los frentes; pero con actividad económica y laboral no condicionada local y mundialmente por una pandemia. No nos encontró con una ‘legislación de guerra’ sino de tiempos de conflictos *normales* para nuestra dinámica social, política y económica. Así, la pandemia de Covid.19 nos ha colocado ante el desafío de abordar una realidad imprevista y desconocida con normas que no estaban diseñadas ni remotamente para estas circunstancias. La legislación laboral argentina se tornó inadecuada en tres meses, y de repente los principios fundamentales del Derecho, los enunciados generales de los Tratados de Derechos Humanos y las garantías constitucionales aparecen como los faros orientadores en un mar de normas neblinosas que deben reinterpretarse durante la emergencia. Como dice Jorge Sappia “*El deber del trabajador de prestar sus servicios al empleador y la obligación de éste de remunerarlos han sufrido importantes alteraciones, tanto que en casos quedan excluidos de ser puestos en acto. Así tenemos que todo el sistema de la ley general de*

contrato de trabajo, destinado a resolver la problemática de la continuidad del vínculo en condiciones económicamente críticas o lisa y llanamente impeditivas, ha quedado trastocado” (“Trabajo y Coronavirus”, en Rev. Actualidad Rubinzal Culzoni, Edic. “El impacto del coronavirus en las relaciones laborales”, p. 30). Por eso, la irrupción de normas de emergencia para abordar problemas relativos al empleo era esperable, desde que claramente los trabajadores son el primer eslabón que se corta en la cadena productiva, sin soslayar que el impacto se ha irradiado a todos los sectores de la vida comunitaria. En este contexto se ha dictado el DNU 329/2020, que en su art. 2 dispuso: *“Prohíbense los despidos sin justa causa y por las causales de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor por el plazo de SESENTA (60) días contados a partir de la fecha de publicación del presente decreto en el Boletín Oficial”*; y en iguales términos se han regulado las prórrogas aludidas inicialmente. La consecuencia de la violación a la regla está prevista en el art. 4: los despidos *“...que se dispongan en violación de lo dispuesto en el art. 2 (...) del presente decreto, no producirán efecto alguno, manteniéndose vigentes las relaciones laborales existentes y sus condiciones actuales”*. El DNU vino a suspender -por el lapso acotado a la emergencia y sus prórrogas- añejas discusiones en doctrina sobre la naturaleza del despido como acto lícito con consecuencias patrimoniales, o acto ilícito. La norma claramente lo posiciona en el actual contexto como un acto antijurídico si carece de justificación suficiente; justificación que expresamente excluye la pérdida o disminución de trabajo y la fuerza mayor. Se trata de una política de Estado tendiente a preservar esencialmente el empleo, tal como surge de los fundamentos del DNU; que fue complementada -como también lo remarca la Aquo- por asistencia paralela al sector empresario para el solventamiento de los salarios, postergación y facilidades en el pago de cargas fiscales y de la seguridad social y líneas especiales de créditos con garantía estatal para PYMES.- Como sostiene Diego Tula *“la medida excede la mera conveniencia política, reposando en inexcusables principios de justicia social y en la ponderada estimación de las condiciones económicas sociales propias de la situación de real y manifiesta emergencia en la cual se dictó”* (“Preguntas Prácticas y sus respuesta, sobre los alcances de la prohibición de despedir en forma incausada...”, Revista R. Culzoni cit., p. 9). Agrega el autor que *“la prohibición de despedir en forma incausada y por falta o disminución de trabajo y fuerza mayor, garantiza de manera adecuada la protección contra el despido arbitrario (art. 14 bis, Constitución Nacional), dentro del marco de la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria,*

energética, sanitaria y social (Ley 27.541, DNU 260/2020 y DNU 297/2020), pues se verifica como necesaria para garantizar las fuentes de trabajo. Dicho de otro modo, la garantía de retribución justa contra el despido arbitrario -aún agravada por el DNU 34/2019- luce temporariamente ineficaz para garantizar el bien jurídico a proteger: preservación de la fuente de trabajo (y con ello la remuneración, la obra social, y demás beneficios de las personas que trabajan en relación de dependencia)". Es que la realidad ha impuesto la adopción de una medida excepcional para priorizar el derecho al empleo y al salario por sobre las facultades de organización del empleador, e incluso por sobre sus derechos patrimoniales. Interpretando la norma desde este contexto y partiendo de su clara letra, no se visualiza que excluya a algún colectivo de trabajadores, independientemente del estatuto o convenio colectivo que los rija, de las consecuencias que su marco regulatorio prevea para los despidos, y del mayor o menor impacto que la crisis desatada pudo tener en el sector empleador. Por el contrario, los fundamentos del Decreto mencionan que "*esta crisis excepcional conlleva la necesidad de adoptar medidas de idéntica índole (que las de apoyo y sostén para el funcionamiento de las empresas) 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*", sin distinciones de ninguna naturaleza.- Tal como lo señala el Tribunal de Trabajo Nro. 2 de La Plata ("Moreno, Darío Ángel vs. Brictom S.A. s. Reinstalación -Sumarísimo", 04/08/2020; Rubinzal Online; RC J 4650/20), de los considerandos del decreto se desprende con toda nitidez que las medidas adoptadas se orientan a tornar efectivo el derecho humano al trabajo garantizado a "*toda persona*" por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DNU 329/20, considerandos, párrafo 8), y se informan en el principio protectorio consagrado en el art. 14 bis de la Constitución, en cuanto impone "*una protección específica al trabajo en sus diversas formas*" (considerandos, párrafo 9), por lo que corresponde "*tutelar en forma directa a los trabajadores y a las trabajadoras*" (considerandos, párrafo 6), asegurando a "*los trabajadores y trabajadoras*" que no se les hará perder sus puestos de trabajo (considerandos, párrafo 7), con apoyo en la jurisprudencia de la Corte Federal en cuanto considera "*al trabajador o trabajadora como sujetos de preferente tutela*" (considerandos, párrafo 12).- No quedan fuera de esta intensa protección los trabajadores de la industria de la construcción; como tampoco los hoteleros, de turismo, de espectáculos públicos, de transporte escolar, de guarderías infantiles o de transporte interurbano de pasajeros,

ámbitos estos últimos en los que en nuestra Provincia persiste la paralización total de la actividad. La norma prohíbe el despido injustificado y el justificado en razones económicas o fuerza mayor, como decisión unilateral del empleador, figuras que como he mencionado anteriormente, son conceptos aplicables al régimen general y a todos los estatutos especiales, independientemente de los alcances, interpretaciones y efectos propios de cada caso. Porque -reitero a riesgo de sobreabundar-, pese a que no impactara en sus efectos durante la ‘normalidad’ preexistente ni fuere de necesaria invocación en el régimen de la construcción, lo real es que el motivo o causa para despedir existe igualmente: el fin de una obra o su paralización por el contratante implica un motivo económico o de falta de trabajo para prescindir del dependiente; despedir un medio oficial de obra para sustituirlo por un amigo, es un despido arbitrario; y hacerlo por su orientación sexual es un despido discriminatorio. La accionada sostiene que si la norma hubiere querido incluir realmente a todos los trabajadores y no sólo a los regidos por la Ley de Contrato de Trabajo, habría prohibido directamente todos los despidos, salvo los que se funden en justa causa. Pero esta propuesta -que parte de reconocer el concepto de ‘justa causa’ también en el ámbito de la ley 22.250- es incorrecta, ya que por el contrario, si se hubiere querido excluir algún colectivo o régimen, se lo habría hecho de manera expresa desde el inicio o en las dos prórrogas posteriores, debiendo estarse en caso de duda interpretativa, a la más beneficiosa del trabajador (art. 9 LCT).- No advierto que sea relevante entonces que los trabajadores de la construcción no tengan acceso a una ‘indemnización’ frente al despido sin justa causa para excluirlos del ámbito tutelar del DNU 329/2020, porque no está aquí en juego la indemnización del daño (como en el caso “Urbano” citado por la apelante) sino evitar que éste se produzca, que son dos fines diversos: uno reparatorio y el otro preventivo.- Así como según señalara antes -y ahora retomo por su relevancia-, en la materia sindical y antidiscriminatoria el legislador no ha hecho excepciones y ha jerarquizado garantías constitucionales y supra legales por sobre las facultades de dirección y el patrimonio del propio empleador, tampoco las ha formulado en este caso, en el que en atención a la gravedad del momento se ha privilegiado el derecho al empleo, enunciado no solamente en los arts. 14 CN y 14 bis, sino también en el apartado a) del párrafo 3 del artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y el Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, de 1988 (art. 6); derecho igualmente proclamado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en

lo Social, aprobada mediante la resolución 2542 (XXIV), de 11 de diciembre de 1969 (Art.6). La OIT, en su documento “*Las normas de la OIT y el Covid 19 (Coronavirus)*” del 23 de marzo de este año, citada en por la Sra. Jueza Aquo, destaca la preocupación global que arroja la pandemia en el mundo del trabajo e invoca la imperiosa necesidad de que los Estados tomen decisiones relativas a la conservación del empleo.- Si el argumento para abordar la exclusión del DNU de los trabajadores de la construcción, extralimitando el texto normativo, es la *volatilidad* o *movilidad* del trabajo de los albañiles y la *ausencia de expectativa de continuidad*, debería testearse esa misma motivación con los casos de despido discriminatorio y antisindical, ya que en esos supuestos como en el presente, existe un interés superior que las normas intentan proteger, por resultar insuficientes las del marco regulatorio general en materia de estabilidad.- Me interrogo además -sin respuesta-, por qué deberían contar con esta protección excepcional el capataz, los encargados y empleados de los depósitos fijos de la empresa constructora, el personal administrativo y jerárquico (excluidos todos del régimen de la ley 22.250) y no los más vulnerables que son precisamente los operarios de obra. Por lo tanto, compartiendo la decisión recurrida, concluyo que el DNU 329/2020 y sus prórrogas resultan aplicables a los trabajadores y empresas regulados en la ley 22.250, en tanto no prevé exclusiones de ninguna clase. Como explica Gustavo Ciampa (“Despidos y suspensiones socialmente injustos en el marco de la Pandemia”, Rev. Argentina de Derecho Social, suplemento “Derecho del Trabajo en la Emergencia”; Nro. 3, p.8) “*la Constitución Nacional ordena al legislador asegurar a los trabajadores protección contra el despido arbitrario, sin disponer cuál es el método o la forma a través de la cual se obtiene dicha protección. Lo que sí establece es que esa protección debe ser idónea, debe ‘asegurar’ el bien jurídico tutelado (‘asegurarán’ dice refiriéndose a los bienes jurídicos de titularidad del trabajador que las leyes deben proteger). Y el legislador -actuando el PEN con las facultades que le son otorgadas por el art. 99 inc. 3 de la Constitución Nacional- ha dispuesto, en el marco de la situación de emergencia derivada de la pandemia del Coronavirus y de las medidas de salud pública dispuestas por las autoridades públicas, y por el plazo de 60 días, intensificar la protección contra el despido arbitrario, incrementar el nivel de tutela a los trabajadores*”. En este contexto de emergencia sanitaria y económica, son las Políticas de Estado, ajenas a la consideración judicial, las que definen las prioridades; y en una dicotomía -que se trasluce en autos- entre la protección del empleo y el poder de dirección y organización de la empresa (e incluso sobre su propio patrimonio, aunque

no se lo invocare en concreto en los agravios), se ha optado por lo primero, aunque con apoyos económicos, fiscales y financieros al sector productivo.- La norma en cuestión ha decidido cargar sobre las espaldas del empleador y no del trabajador, sin distinción de ramas de actividad, el costo de la crisis de empleo, como situación de excepción y con sustento en criterios de justicia distributiva y no conmutativa. Criterio que impera en institutos ordinarios ya indiscutidos, como la cobertura salarial de enfermedades inculpables, las vacaciones y otras licencias pagas, situaciones todas en las que la empresa asume a su exclusivo costo beneficios para el trabajador sin otra justificación que el imperio normativo.- Como Juez no estoy en condiciones de definir cuestiones de la micro y macroeconomía que permitan pronunciarme sobre el acierto y efecto de la decisión en una proyección a mediano y largo plazo, pero de lo que no me caben dudas es que se ha jerarquizado a quienes requieren de mayor auxilio en la eventualidad. No quiero eludir lo que se ha denominado ‘consecuencialismo’ de las normas y de las decisiones judiciales a su respecto. Es claro que el DNU en cuestión nos coloca frente a un abanico importante de empresas que no pueden despedir y eventualmente tampoco pagar los sueldos; así como otras que tendrán que afectar reservas y ganancias pasadas para afrontar la eventualidad, lo que escapa al ámbito de la construcción exclusivamente y que es observable sin necesidad de recurrir a estadísticas. Pero no puede dejarse de señalar que el mundo laboral es -para bien o mal- esencialmente transaccional, y con intervención de las entidades sindicales o por autocomposición de intereses ante las certezas y fundamentalmente las dudas que proyecta el futuro, el resultado es un número relativamente escaso de conflictos judicializados y una cantidad acotadísima de medidas como las que ahora se plantean. Lo que no quiere decir que las controversias de empleo que no llegan a la Justicia se resuelvan de manera justa.- Todo lo dicho es sin perjuicio de que la realidad pueda poner de manifiesto situaciones cambiantes, y que las decisiones judiciales habrán de observarlas entonces.- **IV) La gravedad del despido en el contexto de pandemia. La urgencia de la petición.** La apelante entiende que no se ha valorado que en la carta documento en la que se instrumentó el despido se puso a disposición del trabajador el fondo de cese y rubros de la liquidación final; y que si el accionante hubiere accedido a esos conceptos no podría hablarse de una situación de desamparo como el que pretende evitar el DNU 329/2020. Aunque esto resulta en realidad irrelevante para la aplicación de la norma al caso, que no requiere la acreditación de un daño concreto y que aspira a evitar el desempleo como cuestión social, la afirmación se presenta a mi criterio igualmente desacertada. La desocupación,

en cualquier contexto social, es crítica. Pero en el marco de una pandemia, con caída del empleo a niveles récords y posibilidades casi nulas de reinserción, se presenta con un especial dramatismo.- **La pérdida del trabajo remunerado implica un daño evidenciable en sí mismo y que no requiere de demostración**, salvo que se alegue y acredite que el trabajador pudo suplir rápidamente el puesto perdido, lo que claramente enervaría y enervará en su caso la pertinencia de la medida.- 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 inculpable, obra social personal y del grupo familiar y la continuidad de capitalización del ya referido fondo de cese para su disponibilidad cuando la relación se extinga a futuro legítimamente.- Comparto lo sostenido por la Sra. Jueza, en el sentido de que con igual criterio resultaría que en el régimen general, abonando la indemnización del art. 245 LCT, cualquier empleador zanjaría la prohibición.- Ello no se ve alterado con la posibilidad de acceso a la prestación por desempleo de la ley 25.371, que extendió el beneficio estatuido en la ley 24.013 a los trabajadores de la construcción con algunos parámetros diferenciales. Con tal criterio, reafirmando lo anterior, el DNU no sería aplicable a ningún trabajador registrado, porque en términos generales y en función de su antigüedad, casi todos tienen derecho a la indemnización y a la prestación por desempleo; y tampoco sería viable para los no registrados, porque la relación sería desconocida y negada y no podría decidirse sino en un juicio ordinario de cuatro años. O sea, prácticamente nunca sería aplicable, lo que en definitiva no condice ni con el texto de la norma ni con sus fines enunciados.- Hay además en esta decisión una finalidad no invocada, asociada al gasto público: la persistencia del empleo exime al Estado del pago de las prestaciones de desempleo, que claramente no están previsionadas para la totalidad del universo de trabajadores puestos en crisis (sí para algunos, que no controvierten el distracto), alteradas como están las cuentas públicas con las enormes masas dinerarias volcada en asistencia social directa a los sectores más carenciados (IFE, AUH, subsistencia de la prestación por desempleo, entre otros) y a las empresas para el pago de salarios, subsidios de distinta naturaleza, y diferimientos fiscales.- Por lo tanto concluyo en ese punto que el caso presenta los elementos que justifican la urgencia y pertinencia de la medida peticionada.- **V) Conclusiones. Costas.** Con base en los fundamentos expuestos, corresponde rechazar el recurso deducido por la demandada y confirmar el pronunciamiento apelado.- La imposición de costas,

también apelada, debe ser en mi opinión revisada. Es que la cuestión amerita interpretaciones diversas -tal como surge de este mismo resolutorio- y han existido pronunciamientos que así lo atestiguan, por lo que deberán ser impuestas por su orden en ambas instancias. Los honorarios profesionales de la alzada se fijarán en el 40 y 30% de la regulación correspondiente a las tareas de primera instancia que practique la Aquo, para los letrados del actor y demanda respectivamente.- **Y CONSIDERANDO EL DR. VÍCTOR HUGO BUTÉ, dijo:** **I)** Que la redacción del decreto 329/20 hubiera merecido precisiones que faciliten una mejor hermenéutica jurídica acerca de su contenido, evitando de este modo interpretaciones ambiguas. Sin embargo, para comprender el verdadero sentido y alcance de la norma en cuestión no se puede desdeñar la máxima latina: *“Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus”* (en igual sentido se expresó la CSJN in re: *“Velárdez, J.C. c. Jasnís y Basano S.A., Sent. del 15.05.2014*). Es decir, no debemos efectuar diferenciación donde la ley no lo hace. Expresado esto, se advierte entonces que el art. 2do. íb. puntualmente prescribe: *“Prohíbense los despidos sin justa causa y por las causales de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor por el plazo de SESENTA (60) días contados a partir de la fecha de publicación del presente decreto en el Boletín Oficial”*. **II)** En rigor a la verdad, el decreto *“no distingue entre los distintos regímenes aplicables y su peculiar modalidad de estabilidad”* (Vé. Romero Iván A. y Otros c/ Brimax S.A. s/ Med. caut. y prep. (Juzg. Nro. 12 –San Lorenzo, Sent. del 13.05.20). De manera que impide la consumación de cualquier distracto en los términos antes expresado, sin tener que ponderar ninguna otra excepción. También deviene preciso señalar que el decreto de marras se dictó ante circunstancias extraordinarias, como un paliativo que intenta mitigar el impacto social de la pandemia, ante la inminente pérdida de la fuente de trabajo y el consecuente aumento del índice de pobreza. El propósito fue, precisamente, tutelar a todo el universo de trabajadores dependientes en un contexto de emergencia social. Y es por eso que en los considerandos se acude a la protección y garantía que emerge del art. 14 de la Carta Magna y el inc. b) del art. 1733 -para neutralizar los efectos de la fuerza mayor ante una disposición legal-, como así también se hace referencia al documento de la OIT y el COVID 19, como fundamento legal de la decisión tomada por el Poder Ejecutivo. Siguiendo este razonamiento, en la opinión de quien suscribe, resulta irrelevante que los trabajadores de la construcción tengan un régimen especial distinto al orden indemnizatorio de la ley sustantiva laboral. Es que el hecho de que dispongan al finiquitar el ligamen de un Fondo de Cese Laboral y que la

empleadora hubiese satisfecho la obligación impuesta a su cargo (Cfr. art. 17 y concs. de la ley 22.250), no significa que no se trate de un despido sin causa (Vé. al respecto CD 939177079, invocada en autos). **III)** Ergo, nada impide que el requirente esté alcanzado por la prohibición que emerge del DNU 329/20. Tampoco considero que resulte aplicable en la emergencia el precedente del TSJ, recaído en la causa “Urbano”. Es que el decreto bajo examen se dictó en una situación de inusitada gravedad (emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social), incomparable con las circunstancias que motivaron la sanción de la ley 25.561. Otra diferencia que se aprecia es que, mientras el art. 161b. permitía sortear la suspensión de los despidos mediante el pago de una indemnización duplicada, el Decreto 329/20 veda completamente esa posibilidad: el bien jurídico exclusivamente protegido en este caso es la preservación del empleo.

IV) De otro costado agrego que, aun cuando se mantenga cierto grado de hesitación sobre la proyección del decreto de Necesidad y Urgencia antes mencionado, no se puede soslayar tampoco la manda del art. 9 de la LCT (modificado por la ley 26.428-B.O. del 26/12/2008), que impone: “...*Si la duda recayese en la interpretación o alcance de la ley, o en la apreciación de la prueba en los casos concretos, los jueces o encargados de aplicarla se decidirán en el sentido más favorable al trabajador*”. Así lo interpretan los Dres. Dres. Justo López, N. O. Centeno y J. C. Fernández Madrid, cuando postulan que: “...*la necesidad de protección del económicamente débil se mantiene siempre activa, no solo en lo que atañe a la actividad procesal, en sentido estricto, sino principalmente en lo que respecta al resultado final de la litis del trabajo...*”. (Vé. Ley de Contrato de Trabajo comentada- Ed. 1978 – T1, p. 93). A su vez, también al analizar el principio protectorio que campea en el derecho del trabajo el Dr. Vázquez Vialard afirma con certeza que “*su aplicación concreta exige tener en cuenta que sólo lo es en caso de duda, por lo que en manera alguna permite violar la voluntad del legislador, es decir, la ratio legis. No es más un principio pro operario, sino in dubio pro operario. Su utilización sólo se justifica cuando haya duda en la aplicación de la ley, convenio, interpretación de ella, del contrato o del conjunto de los hechos*”. (Vé. Der. del Trabajo y de la Seg. Social- Ed. Astrea-79, pág. 67).

V) Todas estas consideraciones animan mi decisión de compartir el segundo de los votos emitidos por los distinguidos colegas que integran esta Sala, en orden a confirmar la sentencia en crisis pronunciada por la Sra. Juez de Conciliación de 8va. Nominación. Comparto igualmente, por considerarlo justo y razonable, que las costas devengadas en ambas

instancias deben imponerse por el orden causado, habida cuenta las opiniones y jurisprudencia divergentes sobre un debate novedoso y de significativa trascendencia. Debiendo diferirse la regulación de los honorarios a los profesionales intervinientes, para cuando haya base definitiva para ello y previo cumplimentar con la acreditación de sus respectivas condiciones tributarias, compartiendo las pautas dadas por el Sr. Vocal preopinante.-Por todo ello y por mayoría, el Tribunal **RESUELVE:I)** Rechazar el recurso de apelación deducido por la demandada sobre el fondo de la cuestión, confirmando la sentencia recurrida.- **II)** Acogerlo en lo concerniente a la imposición de costas, disponiendo que sean soportadas por el orden causado en ambas instancias.- Los honorarios de alzada se regularán en el 40% y 30% de los correspondientes a primera instancia, para los letrados del actor y demandada respectivamente.- **III)** Protocolícese, hágase saber y oportunamente efectúese remisión por el sistema de administración de causas al Juzgado de origen.-

Texto Firmado digitalmente por:

ROLON Enrique Andres Maria

Fecha: 2020.08.20

GILETTA Ricardo Agustín

Fecha: 2020.08.20

BUTE Victor Hugo

Fecha: 2020.08.20

GALVÁN Marcia Mariana

Fecha: 2020.08.20