



PODER JUDICIAL DE CÓRDOBA

EXPEDIENTE: 9249861 -  - VILLARROEL, SEBASTIAN ENRIQUE C/ BOETTO Y BUTIGLIENGO SA -

MEDIDA AUTOSATISFACTIVA

Dictamen L N° 10.

Autos: “Villarroel, Sebastián Enrique c/ Boetto y Butigliengo SA – Medida Autosatisfactiva - Expte. N° 9249861”.

Excmo. Tribunal Superior

I. VE otorga intervención a este Ministerio Público en relación al recurso de Casación e Inconstitucionalidad interpuestos por la demandada Boetto y Butigliengo SA, en contra del Auto N° 110, de fecha 28/08/20, dictado por la Sala Primera de la Excma. Cámara del Trabajo, constituida en Tribunal colegiado a cargo de los Dres. Giletta Ricardo Agustín, Rolon Enrique Andrés Maria, Bute Victor Hugo, de esta ciudad de Córdoba.

II. La legitimación de este Ministerio Público para intervenir en la presente causa está otorgada por los arts. 172 inc. 2° de la Constitución Provincial, art. 9 inc. 2° de la Ley 7.826 y art. 106 de la LPT, los que le imponen velar por la legalidad de los procedimientos, ser custodio de la jurisdicción y competencia de los Tribunales de la Provincia, del orden público y jurídico en su integridad.

III. Este Ministerio se notifica del recurso de casación y emitirá opinión respecto de la inconstitucionalidad planteada.

IV. Antecedentes:

A. En la presente causa el Sr. Villarroel Sebastián Enrique, con fecha 29/5/20 interpone ante el Juzgado de Conciliación de Décima Nominación, una Medida Autosatisfactiva en contra de Boetto y Buttigliengo SA., reclamando se ordene a la demandada la reinstalación en el puesto de trabajo, por entender, se dispuso la extinción de la relación laboral encontrándose vigente el DNU 329/2020 dictado por el PEN, en el que expresamente se veda la medida tomada, solicitando asimismo, se ordene el pago de los haberes dejados de percibir.

B. El Juzgado de Conciliación de Décima Nominación, imprime a la causa el trámite reglado

en el art. 31 y c.c. del C.P.T.

C. Corrido traslado a la contraria, Boetto y Buttigliengo SA, ésta comparece, contesta el mismo y solicita se declare la inconstitucionalidad de los Decretos de Necesidad y Urgencia N° 260-2020, 297/2020 y 329/2020.

D. Tramitado el incidente, el Juzgado de Conciliación de Décima nominación dicta la Resolución N° 39 de fecha 16/06/2020 donde Resuelve: “I) Rechazar la medida autosatisfactiva de reinstalación interpuesta por Sebastián Enrique Villarroel, D.N.I. 22.563.707, en contra de BOETTO Y BUTTIGLIENGO S.A. CUIT 30-59878355-8 ...” Por considerar que no se constata entonces la existencia o inminencia de un grave peligro, ni la concurrencia de daño para el supuesto de no otorgar la medida de reinstalación requerida, extremos que no permiten justificar la procedencia de la medida autosatisfactiva pretendida. Contra dicha resolución la parte actora interpone recurso de apelación y formula reserva del caso federal.

E. Recibidas las actuaciones por la Sala Primera de la Excma. Cámara del Trabajo, constituida en Tribunal Colegiado a cargo de los Dres. Gilleta, Rolon y Bute, por Auto Número: 110 del 28/08/2020, Resolvió: “ I) Hacer lugar al recurso de apelación deducido por la parte actora y en consecuencia revocar la sentencia apelada, declarando nulo el despido de Sebastián Enrique Villarroel dispuesto por Boetto y Buttigliengo SA, ordenando su reinstalación y el pago de los haberes caídos desde el distracto anulado sobre la base de la jornada normal de la actividad (44 horas semanales), procediéndose a la registración respectiva, con efecto mientras se mantenga la prohibición de despedir dispuesta por el DNU 329/2020 y sus prórrogas vigentes y futuras, salvo que mediaren exclusiones expresas que comprendan al accionante o existiere con éste acuerdo de desvinculación.- II) El otorgamiento de tareas efectivas estará condicionado a la disponibilidad de éstas para la categoría del accionante, sin perjuicio de la continuidad del pago de haberes en los términos del punto anterior, que devengarán en caso de mora intereses al 2% mensual con más tasa pasiva

promedio que publica el BCRA hasta el efectivo cumplimiento. III) El fondo de cese laboral depositado por la demandada podrá ser afectado al pago de las remuneraciones devengadas desde la extinción contractual anulada, en cuyo caso deberá ser recompuesto por la empleadora.- IV) En caso de incumplimiento, se devengará automáticamente una sanción pecuniaria equivalente a dos jus de la ley 9459 por cada día corrido desde que quede firme la presente y hasta el cumplimiento de la manda judicial.- V) Imponer las costas en ambas instancias por el orden causado...”

F. En contra de dicho decisorio la demandada interpone recurso de casación e inconstitucionalidad, haciendo reserva del Caso Federal.

G. Mediante Auto Interlocutorio N° 138, de fecha 18/09/2020, el "a-quo" Resuelve: “Conceder los recursos de casación e inconstitucionalidad deducidos por la parte demandada.”

V. Planteo Recursivo

Solicita la demandada Boetto y Buttigliengo SA la declaración de inconstitucionalidad de los Decretos de Necesidad y Urgencia N° 260/20, 297/20 y 329/20.

Indica que el DNU N° 329/20, en su segunda prórroga, dispuesta por el Poder Ejecutivo Nacional por DNU N° 624/20 no fue convalidado por la Comisión Bicameral Permanente, habiendo vencido el plazo para su ratificación, lo que impide considerarlo una norma jurídica válida conforme las exigencias del art. 99 inc. 3 de la Constitución Nacional y Ley 26.122.

Expresa que, como consecuencia del incumplimiento del procedimiento parlamentario ordenado por la CN, se tornan abstractos los efectos de la prohibición de despido, así como la obligación de pago de los salarios caídos durante el periodo de crisis.

Aduce que el tribunal da por cierta la convalidación y vigencia de las prórrogas del DNU, omitiendo considerar que solo fue convalidada la primera de ellas. Que dicha circunstancia, tiene relevancia en cuanto a la determinación de las consecuencias salariales erróneamente mandadas a pagar por la Sala, de convalidarse lo resuelto.

Manifiesta que la posibilidad de restringir y/o alterar derechos de raigambre constitucional mediante el recurso de una disposición de emergencia, para ser reputada constitucional debe satisfacer requisitos de orden formal y sustancial.

Ataca el DNU 260/20 por el cual el Ejecutivo amplió la emergencia declarada por la Ley 27.541, por entender que no se le había asignado ni delegado por el congreso tal potestad. Que el uso discrecional de dicha forma de legislar avasalla derechos de orden estable.

Advierte que dicho decreto es nulo e ineficaz, por no haber observado las formas impuestas en la CN, excediéndose el PEN en contra de lo establecido en el art. 76 CN. En ese sentido, expresa que el Presidente podría ampliar la emergencia declarada por órganos legislativos, más declarar la misma, contraría a la norma fundamental.

Resalta que el Aislamiento Social, Preventivo y Obligatorio (ASPO) dispuesto por Decreto n° 297/20, entró en vigencia el 20/3/20, con cual no existía impedimento alguno para que el Congreso sesione.

Solicita se restablezca la supremacía constitucional dejada de lado con el dictado de medidas que, entiende, no tuvieron un prudente análisis en cuanto a los efectos nocivos que ha provocado en relación a derechos adquiridos y en curso de ejercicio de los ciudadanos.

Pide, que en caso de no compartir los argumentos en relación a los DNU 260/20 y 297/20, se declare inaplicable el DNU 329/20 por entender que afecta la supremacía constitucional, el principio de razonabilidad, y altera la garantía establecida en el art. 14 de contratar y dejar de contratar de su mandante, formulando una inclusión injustificada de los supuestos de estabilidad que tutela el art. 14 bis para trabajadores de otro sector.

Expresa como tercer agravio, la incompatibilidad del DNU 329/20 con el texto constitucional y con relación al régimen especial de la Ley 22.250. Que la figura del despido sin causa no es un instituto afín dentro del mismo. Que no existe controversia en dicho sentido que permita formular una interpretación extensiva del concepto, pretendiendo alcanzar situaciones en regímenes jurídicos distintos.

Explica que, las razones que justifican la ausencia de estabilidad o vocación de permanencia de los contratos de trabajo en la actividad de la construcción, es el motivo por el cual se dispone la potestad de extinguir el vínculo sin exigirse la denuncia del mismo por incumplimiento de alguna obligación debida por las partes. Asimismo, manifiesta que el trabajador se encuentra a resguardo de los eventuales daños derivados del acto, con el cobro del fondo de cese laboral.

Enfatiza en la exclusión que expresamente establece el art. 35 del Estatuto en cuestión, en relación a las disposiciones de la Ley de Contrato de Trabajo. Entiende, en consecuencia, que lo regulado en el Título XII Capítulo Cuarto, quinto, entre otros de la LCT, forma parte de esa exclusión por incompatibilidad en los regímenes.

Entiende errónea la asimilación efectuada por el a –quo, del despido sin causa vedado por el DNU, con el cese previsto en el art. 17 del Estatuto de la Construcción. Que dicha asimilación no puede encontrar justificación en la finalidad de garantizar la paz social.

Menciona que la Corte Suprema ha establecido, que la formación de categorías diferentes es válida en la medida que las mismas no respondan a un criterio arbitrario, sino razonable, en donde lo que se otorgue a unos no sea en desmedro de otros.

Afirma que el tribunal incurrió en un error de interpretación, al dar una solución similar, a un caso que exigía una solución normativa diferente.

Concibe que el a-quo ha formulado una interpretación extensiva e indebida, a la prohibición de despedir sin causa, imponiendo una obligación a su mandante que no reconoce fuente legal, por existir en los hechos un caso de no sujeción a la norma.

En consecuencia, cree que, lo resuelto por el tribunal asimilando ambos modos de extinción del contrato, incurre en una violación a la garantía de igualdad garantizada por la CN.

Opina que se encuentra afectada la supremacía constitucional por no respetar el DNU el texto del art. 16 de la CN, conforme a la interpretación dada al cese previsto en el régimen de la ley 22250.

Razona que la sentencia desconoce los efectos de un acto extintivo dispuesto dentro del marco de estabilidad que goza la norma que lo ha autorizado, reafirmando que no se encontraba vigente el DNU atacado, afectando el derecho de propiedad de la demandada.

Menciona como cuarto motivo que el decreto que se ataca carece de razonabilidad en su contenido, fines y fundamentación, al pretender alterar el sistema de estabilidad impropia que rige para los empleados del ámbito privado.

Opina que la única estabilidad que garantiza la Carta Magna en su art 14 bis ha sido para los dependientes del Estado de planta permanente, y en segundo lugar para el personal que desempeña actividad sindical, por ello explica que no puede aplicarse analógicamente al caso del actor, por no estar autorizado en ninguna norma del Congreso, so riesgo de afectarse la supremacía constitucional y la seguridad jurídica.

Cree que pretender imponer un régimen de estabilidad absoluta (temporal) sobre la base de evitar un mal mayor, alterando la sustancia y esencia de un régimen incompatible con la regulación fáctica que ha pretendido reglar el decreto, avasalla la garantía constitucional de trabajar ejerciendo industria lícita, implicando ello la de contratar y descontratar personal, observando las obligaciones derivadas del cese.

Entiende que la particularidad del régimen de la Ley 22250 radica en la ausencia de estabilidad del personal cuya contratación regula.

Cita jurisprudencia que avala su postura.

Asimismo, expresa que el poder de reglamentación durante la emergencia acentúa el control de constitucionalidad y convencionalidad de los jueces, ya que la validez del derecho de emergencia debe ser responsablemente controlada por la judicatura, para evitar la arbitrariedad y los excesos.

Afirma que, de convalidarse la postura de la Cámara, hasta tanto la actividad económica pueda normalizarse, lo único que logra es endeudar más al dador de trabajo, enviando al trabajador a su casa por falta de trabajo, quien no podrá percibir su salario en relación a la

parte que pudiera oblar la patronal, viéndose impedido de obtener un empleo en otra actividad por encontrarse virtualmente a disposición de ser reincorporado, perjudicando en definitiva a todos los actores.

Que su mandante dispuso la extinción del contrato con fecha 30/03/20, remitiendo dicho día la comunicación postal, por lo que entiende no puede serle aplicada una norma que en ese periodo no existía. Que la Cámara sentenciante omitió tratar dicha circunstancia de aplicación o no del texto al caso. Que dicha circunstancia provoca un agravio constitucional, por afectar su aplicación la garantía establecida en los artículos 14, 16, 17, 18 y 19 de la CN, en cuanto obliga a mantener vigente un contrato de trabajo bajo severas consecuencias económicas, anulando la potestad que un ordenamiento jurídico válido autoriza a ejercer.

Manifiesta que en virtud del art. 3 del CCYC no puede aplicarse retroactivamente una ley, salvo disposición en contrario y en la medida que ello no afecte derechos amparados por garantías de orden constitucional. Que su mandante tenía adquirido el derecho de ampararse bajo las regulaciones del cese de contrato del art. 17 del Estatuto. Que al momento de rescindir el contrato no existía ninguna limitación normativa, menos aún constitucional.

Por último entiende que existe un agravio constitucional en tanto se ha hecho prevalecer una norma que no respeta las garantías previstas en los art. 14, 17, 18 y 19 de la CN y que fue aplicada, en sus consecuencias, a un instituto extraño al mandato jurídico, omitiendo considerar que al momento de emitida la expresión de su mandante no se encontraba vigente el DNU en cuestión.

Hace reserva del caso federal.

VI. Análisis del recurso

A) El recurso traído a análisis fue deducido en tiempo propio y por parte legitimada (art. 85 y 107 del CPT), en contra de una resolución impugnada, dictada en juicio oral, por una Sala de la Excma. Cámara del Trabajo.

B) Sentado lo anterior corresponde ahora ingresar al análisis de la situación planteada, lo que

seguidamente se efectúa.

B.1) El tema objeto del dictamen: Los Decretos de Necesidad y Urgencia dictados en el marco de la Pandemia.

El Presidente de la Nación firma el 12 de marzo de 2020, el Decreto 260/20, en el marco de la crisis producto del Covid 19, que dispuso la ampliación por el plazo de un año de la emergencia pública en materia sanitaria, declarada por el art. 1 de la Ley 27.541 del 21/12/2019 y estableció como medida de acción preventiva, el Aislamiento Social Obligatorio (ASPO) durante 14 días de las siguientes personas:

“Art. 17: ...a) Quienes revistan la condición de “casos sospechosos”. A los fines del presente Decreto, se considera “caso sospechoso” a la persona que presenta fiebre y uno o más síntomas respiratorios (tos, dolor de garganta o dificultad respiratoria) y que además, en los últimos días, tenga historial de viaje a “zonas afectadas” o haya estado en contacto con casos confirmados o probables de COVID-19.

b) Quienes posean confirmación médica de haber contraído el COVID – 19.

c) Los “contactos estrechos” de las personas comprendidas en los apartados a) y b) precedentes en los términos en que lo establece la autoridad de aplicación.

d) Quienes arriben al país habiendo transitado por “zonas afectadas”. Estas personas deberán también brindar información sobre su itinerario, declarar su domicilio en el país y someterse a un examen médico lo menos invasivo posible para determinar el potencial riesgo de contagio y las acciones preventivas a adoptar que deberán ser cumplidas, sin excepción. No podrán ingresar ni permanecer en el territorio nacional los extranjeros no residentes en el país que no den cumplimiento a la normativa sobre aislamiento obligatorio y a las medidas sanitarias vigentes, salvo excepciones dispuestas por la autoridad sanitaria o migratoria.

e) Quienes hayan arribado al país en los últimos 14 días, habiendo transitado por “zonas afectadas”. No podrán permanecer en el territorio nacional los extranjeros no residentes en el país que no den cumplimiento a la normativa sobre aislamiento obligatorio y a las medidas

sanitarias vigentes, salvo excepciones dispuestas por la autoridad sanitaria o migratoria.”

Con fecha 20 de marzo del corriente, el Poder Ejecutivo Nacional dicta el Decreto 297/2020, con fundamento en la velocidad del agravamiento de la situación epidemiológica a escala internacional, frente a la necesidad de adoptar medidas urgentes, oportunas, transparentes, conservadas y basadas en las evidencias disponibles, y la finalidad de mitigar la propagación del virus y su impacto en el sistema sanitario.

Concluye de ese modo que la medida de ASPO, la prohibición de desplazarse por rutas, vías y espacios públicos cumple la finalidad de prevenir la circulación y el contagio del virus COVID 19, frente a la inexistencia de tratamiento antiviral efectivo ni vacunas que prevengan el virus.

Expresa que, si bien el art. 14 de la Constitución Nacional, como pilar fundamental garantizado en nuestro ordenamiento jurídico, establece que “todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino...”, el mismo está sujeto a limitaciones por razones de orden público, seguridad y salud pública.

Entiende que en idéntico sentido lo dispone el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en cuanto a las restricciones necesarias para evitar un mal mayor, y proteger la seguridad, el orden público, la moral o la salud pública o los derechos y libertades de los demás.

Justifica en consecuencia las medidas adoptadas como imprescindibles, razonables y proporcionadas con relación a la amenaza y el riesgo sanitario enfrentado.

En consecuencia decreta la medida de Aislamiento Social Obligatorio desde el 20/3/2020 hasta el 31/03/2020 inclusive.

El mismo supone: la permanencia de las personas en sus residencias habituales o donde se encuentren a las 00.00 hs. del día 20/03, momento de inicio de la medida dispuesta; la

abstención de concurrencia a los lugares de trabajo y la prohibición de circular o desplazarse por rutas, vías y espacios públicos; la prohibición de los eventos culturales, recreativos, deportivos, religiosos o de otra índole que impliquen la concurrencia de personas; suspende la apertura de locales, centros comerciales, establecimientos mayoristas y minoristas y cualquier otro lugar que requiera la presencia de personas.

Exceptúa de las medidas dispuestas a las personas afectadas a las actividades y servicios declarados esenciales en la emergencia.

Dicha medida, de “aislamiento social, preventivo y obligatorio” en todo el país, fue prorrogada sucesivamente por los Decretos Nros. 325/20, 355/20, 408/20, 459/20 y 493/20, hasta el 7 de junio de 2020, inclusive. Posteriormente, por los Decretos Nros. 520/20, 576/20, 605/20, 641/20, 677/20, 714/20, 754/20, 792/20, 814/20 y 875/20 se fue diferenciando a las distintas áreas geográficas del país, en el marco de la emergencia sanitaria originada por la COVID 19, entre aquellas que pasaron a una etapa de “distanciamiento social, preventivo y obligatorio”, las que permanecieron en “aislamiento social, preventivo y obligatorio” en todo momento y aquellas que debieron retornar a esta última modalidad sanitaria en virtud de la evolución de la pandemia y de acuerdo al estatus sanitario de cada provincia, departamento y aglomerado, por sucesivos períodos.

Por su parte, se emite el Decreto 329 de fecha 31 de marzo del 2020, destinado específicamente a la protección del trabajador, con la finalidad exclusiva de evitar la pérdida masiva de empleos, como consecuencia de la pandemia.

En la exposición de motivos del citado decreto, entre otros fundamentos se menciona, el impacto que la medida de aislamiento social, preventivo y obligatorio produce sobre la actividad económica del país y en el sistema de producción de bienes y servicios, las Recomendaciones emitidas por la Organización Internacional de Trabajo, y el afán de proteger al trabajador como sujeto de preferente tutela constitucional.

Como correlato de las medidas adoptadas por el Gobierno, tendientes a ayudar a las empresas

a sobrellevar los efectos de la emergencia, pronuncia la necesidad de tutelar del mismo modo y en forma directa a los trabajadores asegurándoles la adopción de mecanismos que garanticen la conservación de los puestos de trabajo por un plazo razonable.

Apostando al Diálogo Social en todos los niveles, y con la aspiración de preservar la paz social, decreta:

“Artículo 2°.- 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.”.

Por su parte el Art. 4 dispone: “Los despidos y las suspensiones que se dispongan en violación de lo dispuesto en el artículo 2° y primer párrafo del artículo 3° del presente decreto, no producirán efecto alguno, manteniéndose vigentes las relaciones laborales existentes y sus condiciones actuales”.

Los sucesivos Decretos Nros. 487 del 18 de mayo de 2020, 624 del 28 de julio de 2020, 761 del 23 de septiembre de 2020 y decreto 891 del 13 de noviembre de 2020 prorrogaron la prohibición de 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.

Actualmente se encuentra vigente el decreto 39 del 22 de enero de 2021, que prorrogó dicha prohibición por el plazo de SESENTA (60) días contados a partir del vencimiento del plazo establecido por el Decreto N° 891/20.

B.2) En este contexto la accionada solicita se declare la inconstitucionalidad de los DNU 260/20, 297/20 y 329/20 por incumplimiento de los requisitos legalmente establecidos para su dictado, o en su defecto, se declare la inaplicabilidad del DNU 329/20 al caso de marras por entender que afecta la supremacía constitucional, el principio de razonabilidad, y altera la garantía establecida en el art. 14 de la Constitución.

En primer lugar cabe señalar el criterio reiteradamente expuesto por la C.S.J.N. en orden a que una declaración de este tenor importa un acto de suma gravedad institucional y requiere

que la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable (Fallos, 314:424).

Expuestas las directrices señaladas precedentemente las mismas se erigen como pautas axiales en materia de exégesis constitucional, de manera que corresponde al intérprete -en el caso, al Juez- extremar los recaudos en el delicado ejercicio de la interpretación constitucional.

En tal orden de las actuaciones y del planteo expuesto este Ministerio Público adelanta opinión en cuanto al rechazo de los planteos de inconstitucionalidad efectuados, más se pronuncia por la inaplicabilidad del decreto 329/2020 al régimen específico de los trabajadores de la construcción. Se dan las razones:

La legislación de emergencia citada ha sido dictada dentro del marco de las atribuciones que la Carta Magna en su Capítulo Tercero concede al Poder Ejecutivo.

En términos expresos el artículo 99 inc. 3 reza: “El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones:Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros. El jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso.

Constituye por tanto una excepción que autoriza al Ejecutivo que en circunstancias excepcionales se arrogue la potestad legislativa, la que es sometida al control posterior del

órgano legislativo.

Tal como expresa el apelante, dicho control es ejercido por el Congreso, a través de la Comisión Bilateral Permanente, conforme lo dispone la Ley 26.122 que regula el trámite y los alcances de la intervención de dicho órgano respecto de los decretos de necesidad y urgencia, por delegación legislativa y de promulgación parcial de leyes.

La Comisión Bicameral Permanente, tiene competencia para pronunciarse acerca de la validez o invalidez del mismo y elevar el dictamen al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento (art. 10), quienes deberán pronunciarse por el rechazo o la aprobación de los decretos, los que deberán ser expresos, conforme lo establecido en el artículo 82 de la Constitución Nacional.

Conforme lo establece el artículo 17 de la Ley 26122, los DNU tienen plena vigencia de conformidad a lo establecido en el artículo 2° del Código Civil, hasta tanto el Congreso no resuelva lo contrario. En consecuencia, ello equivale a afirmar que sin el rechazo expreso que anule la norma así dictada, la misma debe considerarse válida y vigente.

El estado de necesidad y urgencia requerido por el texto de la Carta Magna refiere no solo a la imposibilidad del Congreso de dictar la ley conforme su trámite ordinario, sino también a situaciones que reclaman la adopción de medidas específicas y urgentes, que no pueden esperar el trámite establecido de ordinario para la sanción de las leyes.

En el marco de la crisis sanitaria mundial producto de la pandemia de COVID-19, y en ejercicio de las facultades mencionadas, el Poder Ejecutivo Nacional dicta los Decretos de Necesidad y Urgencia 260/20, 297/20, destinados a proteger a la población de la proliferación del virus Sars Covid 19 y el Decreto 329/20 dirigido a tutelar de manera directa y específica a los trabajadores, con el afán de evitar que en dicho contexto se produzca una gran pérdida de empleos.

En lo que aquí interesa, frente a una situación de emergencia que autoriza la delegación legislativa, hallándose involucrados intereses trascendentales de la sociedad, los decretos

emitidos lucen justificados o al menos razonables para el fin perseguido.

Con ello el suscripto entiende que las normas atacadas son vigentes, habiéndose dictado en el contexto de excepción autorizado, conforme el trámite constitucionalmente reglado, quedando pendiente en algunos casos de tratamiento parlamentario, lo que no anula de modo alguno su validez.

B.3) Sin perjuicio de ello, corresponde evaluar en el sub examine la aplicación del Decreto N° 329/2020, al caso de marras, dada las particularidades propias de la actividad de que se trata.

El accionante se encuentra enmarcado en el ámbito del Estatuto de la Construcción, Ley 22.250 y su decreto reglamentario 1342/81, que constituye un régimen legal especial que prevalece sobre el régimen general en todo aquello que este contemplado y regulado en el mismo, conforme lo dispone su art. 35 que reza:

“Las disposiciones de esta ley son de orden público y excluyen las contenidas en la Ley de Contrato de Trabajo en cuanto se refieran a aspectos de la relación laboral contempladas en la presente ley. En lo demás, aquélla será de aplicación en todo lo que resulte compatible y no se oponga a la naturaleza y modalidades de este régimen jurídico específico.”

Tratándose de un estatuto profesional sancionado con posterioridad a la vigencia de la Ley de Contrato de Trabajo, sus disposiciones prevalecen sobre las contenidas el régimen general, aun cuando fueren menos favorables para el trabajador.

En este entendimiento, resulta claramente incompatible con el régimen legal aplicable a los trabajadores de la construcción, la indemnización por despido sin causa contemplada por la Ley de Contrato de Trabajo (art. 245, LCT), ya que el estatuto profesional adoptó un mecanismo especial – el fondo de desempleo, actualmente denominado “Fondo de Cese Laboral”-, que se ajusta a las características propias de la actividad que ha venido a regular y excluye expresamente la aplicación del régimen indemnizatorio general (art. 15, ley 22250). (Tratado de Derecho del Trabajo, Tomo V, Mario Ackerman – Diego M. Tosca, Pag. 17, Ed. Rubinzal – Culzoni, 2006).

El Fondo de Cese Laboral, se integra con un aporte obligatorio a cargo del empleador, que se realiza mensualmente desde el inicio de la relación, y varía entre un 12% de la remuneración mensual el primer año de servicio y un 8% a partir del año de antigüedad.

Dicho fondo, tal como mencionamos, remplace el régimen de preaviso y despido contemplado en la Ley de Contrato de Trabajo y el trabajador dispone del mismo al cesar por cualquier causa la relación laboral, siempre que se comuniquen de manera fehaciente la ruptura (Art. 15 in fine y 17 ley 22250), y siendo operativa a partir de la recepción de la notificación por parte del destinatario.

En cuanto a su naturaleza jurídica, parte de la doctrina ha sostenido que carece de carácter indemnizatorio, pues no repara ningún daño y debido a que el trabajador tiene derecho a su cobro cuando finaliza el contrato de trabajo independientemente de la causa de extinción. Como consecuencia, algunos autores le asignan carácter compensatorio por el tiempo de servicio. Cumple la finalidad de “auxiliar al trabajador” que cesa en una relación laboral, hasta tanto obtenga una nueva colocación.

La normativa hasta aquí descrita responde a una actividad caracterizada por la transitoriedad, por relaciones de empleos breves e inestables y la imposibilidad de mantener las fuentes de trabajo más allá de las necesidades de cada obra. Finalizada la obra para la cual el trabajador fue contratado, existe una imposibilidad material de mantener el empleo. Tal como expresa el Dr. Sappia: “...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 que implicaría que su inobservancia sería causante de un daño al dependiente. No hay una expectativa de mantenimiento del vínculo, por lo que instituyó –con el Fondo de Cese Laboral- una compensación por el tiempo de servicio...” (“El DNU 329/20 y la ley 22.250”, Semanario Jurídico 2020, no 2660, p. 1:).

Sostener lo contrario implicaría desnaturalizar en contrato de trabajo en relación a su objeto, una obra específica, con graves riesgos justamente para el propio trabajador que se quiere

proteger.

En el caso planteado, y atento el carácter recepticio de la notificación de despido, (producida el día 02/04/20), corresponde afirmar que a la fecha de la extinción del vínculo, se encontraba vigente el Decreto 329/2020 (31/03/2020) que prohíbe los despidos sin justa causa y por las causales de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor.

El mismo dispone la prohibición de efectuar despidos sin justa causa, por las causales de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor, sancionando el distracto dispuesto durante su vigencia, con la nulidad de la medida así dispuesta y el mantenimiento de las relaciones laborales vigentes, y en ese sentido se expidió la Cámara sentenciante.

Sin perjuicio de ello, y en virtud de las características específicas y distintivas del régimen vigente para los trabajadores de la construcción, surge con claridad y del propio texto de la norma, que el Fondo de desempleo del que es beneficiario el trabajador, producido el cese de la relación laboral cualquiera fuere su causa, reemplaza el régimen de preaviso y despido contemplados en la Ley de Contrato de Trabajo. La consecuencia lógica que de ello se deriva, es que no se trata en el caso de un despido, por tanto la situación descripta, no se ajusta al supuesto regulado por la norma.

En razón de las características propias de la actividad, necesidades temporales, alto nivel de rotación, etcétera, y como particularidad del estatuto profesional en análisis, los trabajadores de la industria de la construcción carecen de estabilidad en el empleo. Como consecuencia de ello, cualquiera de las partes puede disolver en contrato de trabajo sin necesidad de invocar causa y sin que ello traiga aparejadas consecuencias indemnizatorias. (Ackerman, Mario E, ob. cit, página 65).

Sería irracional, en ese sentido, obligar al empleador mantener a los trabajadores más allá de las necesidades propias de la actividad desplegada, en ello radica la particularidad y naturaleza del régimen adoptado y con esa finalidad se creó el Fondo de Cese Laboral. Con ello se pretende poner énfasis en la claridad de la norma y en su carácter específico, la

que al referirse a la prohibición de los despidos sin justa causa y por las causales de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor, excluye otros supuesto legales, como el de autos.

Asimismo, tal como expresa en su voto en disidencia del Dr. Rolon, el trabajador podrá acceder a las prestaciones otorgadas por la Ley 25.371 del Sistema Integrado de Prestaciones por Desempleo para los Trabajadores comprendidos en el Régimen Nacional de la Industria de la Construcción, que prevé, prestación económica por desempleo, prestación médico asistencial para el beneficiario y su grupo familiar correspondientes al Programa Médico Obligatorio (PMO) y el pago de asignaciones familiares.

En ese escenario, puede concluirse que, en los presentes el trabajador no se encuentra desamparado ni en peligro de marginalidad, por el contrario cuenta con mecanismos que, su propio régimen ha diseñado, en función de las particularidades de su tarea, que lo asisten.

En su mérito, el suscripto entiende que corresponde acoger el agravio de la demandada en cuanto entiende que la singularidad del régimen de la Ley 22250 radica en la ausencia de estabilidad del personal cuya contratación regula, y con ello la inaplicabilidad del decreto 329/20 al caso, y en ese sentido se expide.

VII. Por lo expuesto de conformidad al criterio reiteradamente establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuanto a que no debe recurrirse a la declaración de inconstitucionalidad sino cuando una estricta necesidad lo requiera (Fallos: 248:398), corresponde declarar inaplicable el Decreto 329/2020 debiendo tener por evacuada la intervención corrida en los términos precedentemente vertidos.

Fiscalía General, 01 de febrero de 2021

Texto Firmado digitalmente por:

BUSTOS FIERRO Pablo Alfredo

FISCAL ADJUNTO

Fecha: 2021.02.01