



**PODER JUDICIAL
DE NEUQUÉN**

NEUQUÉN, 10 de marzo del año 2021.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**CHIALVA ANDRES HUGO C/ PRODUCTORES DE FRUTAS ARG. COOP. S/ MEDIDA AUTOSATISFACTIVA**" (**JNQLA4 EXP 528894/2020**) venidos en apelación a esta **Sala I** integrada por los Dres. **Cecilia PAMPHILE** y **Jorge PASCUARELLI**, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. **Estefanía MARTIARENA**, y de acuerdo al orden de votación sorteado la Dra. **Cecilia PAMPHILE** dijo:

1.- El magistrado de grado hizo lugar a la medida autosatisfactiva deducida por el Sr. Andrés Hugo Chialva y, en mérito a ello, dejó sin efecto el despido dispuesto por la demandada en los términos de art. 92 bis de la LCT, ordenó su inmediata reinstalación y el pago de salarios caídos, en el marco del decreto 329/20 y sus prórrogas, que refieren a la situación de emergencia pública, bajo apercibimiento de fijar astreintes.

1.1.- Contra este pronunciamiento, deduce recurso de apelación la demandada.

Como primer agravio, sostiene que es errado considerar que la vía elegida es idónea.

Aduce que su procedencia requiere de verosimilitud calificada, de una urgencia que impida postergar la decisión judicial y de la inexistencia de otra vía judicial eficaz, aristas que no se configuran en el caso.

Indica que las tres Salas de esta Cámara se han expedido en este sentido y cita cada precedente.

Remarca que la providencia de inicio no especifica el marco legal bajo el cual se enmarcó el proceso.

Cuestiona que no se abriera a prueba, ni se corriera traslado de la documental ofrecida, ni se sustanciara el pedido de declaración de inconstitucionalidad del DNU 329/20.

Asimismo, critica el plazo que le fue otorgado para ejercer su defensa por exiguo.

Plantea que, existiendo hechos controvertidos relativos a la causa del despido, a las tareas y encuadre de las funciones cumplidas por el actor, a la remuneración percibida, así como hallándose debatido el derecho, la medida autosatisfactiva resulta inadmisibile.

Denuncia vulnerado el debido proceso y su derecho de defensa.

Menciona que las consideraciones vertidas en el fallo "Laurenzo", dictado por la CSJN, son trasladables al caso, en tanto alude a la improcedencia de la reinstalación y del pago de salarios caídos a través de medidas que anticipan la resolución de fondo.

Sostiene que forzar al empleador a permanecer en un vínculo laboral con una persona con quien no tiene confianza, afecta sus facultades de organización y de dirección.

Se queja de que el juez introduzca hechos ajenos a los invocados por las partes, como la alusión a la omisión de ejercicio del poder disciplinario del empleador previo a despedir y al "vicio de sorpresa" en la extinción del contrato de trabajo.

Indica que yerra al aludir que preavisó ocho días antes de que finalice el período de prueba y en concluir que, por ello, el contrato se convirtió en uno por tiempo indeterminado. Aclara que, lo que efectivizó en tal época fue el propio despido (y no el preaviso), en el marco del art. 92 bis de la LCT.

Añade que tampoco explica por qué razón entiende que el DNU 329/20 rige en despidos decididos durante el período de prueba.

Cita las consideraciones expuestas en el fallo "Tapia" dictado por la Sala II de esta Alzada y sostiene que los despidos lícitos "sin expresión de causa", como el determinado durante el período de prueba, no se hallan comprendidos por la norma de urgencia.

Asevera que la causal del distracto fue que el actor no cumplió con los objetivos propuestos.

Plantea que el desconocimiento manifestado por el trabajador con relación a los motivos de su desvinculación, demuestra que existen hechos controvertidos, que ameritaron la producción de prueba.

Afirma que no es recaudo del despido en período de prueba, que existan sanciones previas que originen la injuria, sino que la norma permite extinguir la relación sin invocación de causa.

Sostiene que el "vicio de sorpresa" no posee base legal.

Afirma que la reinstalación del actor viola la libertad de contratación -art. 14CN- y la condena al pago de salarios caídos afecta el derecho de propiedad -art. 17CN.-, al enriquecer sin causa a la contraria.

En tercer término, se agravia por la falta de tratamiento de la inconstitucionalidad planteada con relación al DNU 329/20 y 487/20.

Agrega que el decreto en cuestión, entró en vigencia cuando el contrato de trabajo del actor se encontraba en curso y en período de prueba, rigiéndose por la legislación anterior.

Finalmente, introduce reserva de caso federal por arbitrariedad de la sentencia y funda esta posición.

1.2.- Luego, en hoja 74 y vta., apela por bajos los honorarios profesionales el abogado de la parte actora, remarcando que debió tomarse como base el monto de la condena y no los mínimos arancelarios.

1.3.- Sustanciado el recurso, es contestado por la parte actora en hojas 78/87.

Afirma que no son aplicables al caso los fallos de esta Cámara citados por la contraria, puesto que, el juez le corrió traslado de la acción a la demandada y esta contestó, lo cual demuestra que hubo bilateralización.

Aduce que lo anterior, echa por tierra la existencia de un menoscabo de la defensa en juicio.

Describe las características particulares de las medidas autosatisfactivas.

Expresa que, al no haberse impugnado dicha vía procesal, resulta extemporáneo proponerlo en esta instancia.

Sostiene que la verosimilitud sobre los hechos determinó la decisión judicial. Delinea los contornos de tal recaudo, a la luz de diversas citas doctrinarias.

Luego, se expide en torno a los ámbitos que quedan comprendidos en las disposiciones del decreto, en los que -a su entender- se encuentra el período de prueba. Menciona que se trata de un espacio temporal que debe transcurrir necesariamente, para que se haga efectiva la indeterminación del plazo en el vínculo laboral.

Alude a las razones de crisis que motivaron el dictado del DNU 329/2020.

Resalta la importancia de garantizar la conservación de los puestos de trabajo y cita jurisprudencia en la que se interpreta que el decreto se limita a prohibir los despidos sin justa causa, sin efectuar distinciones y que, por consiguiente, no debe pretenderse que el sentenciante establezca distingos no previstos en la norma.

Culmina diciendo que se halla configurado el peligro en la demora.

2.- Así planteada la cuestión, en primer lugar, debo indicar que la crítica efectuada en el recurso es suficiente para constituirse en una expresión de agravios, en tanto cuestiona los dos ejes principales de decisión del magistrado, fundando acabadamente su posición, líneas de razonamiento en las que, desde ya adelanto, entiendo le asiste razón.

3.- En efecto, por una parte, y como lo he resuelto en casos similares (Cfr. "Fernández Alejandro Esteban c/ Homeland Security SRL s/ Sumarísimo ART. 498 CPCC", JNQLA5 EXP 528886/2020), a mi juicio, el decreto 329/20 no es aplicable al caso aquí analizado, en tanto la situación es encuadrable en el supuesto previsto en el artículo 92 bis de la LCT y la extinción del vínculo laboral se produjo en el plazo allí previsto.

Véase que no se encuentra controvertido que el actor inició sus tareas el día 13/01/20 y que fue despedido el 08/04/20, conforme sus dichos y las manifestaciones de la parte demandada.

Su desvinculación se fundó en no haber satisfecho los objetivos para los cuales fue contratado (CD, hoja 2), y se configuró en el marco de la facultad de rescisión del contrato de trabajo por tiempo indeterminado prevista en el art. 92 bis de la LCT (período de prueba).

Tal como lo expusiera la Dra. Clerici en su voto emitido en la causa "TAPIA CARINA ELIZABETH C/ CONTRATO DE FIDEICOMISO OPERATIVO CANDELARIA S/ MEDIDA AUTOSATISFACTIVA", JNQLA5 EXP 528708/2020 (a cuya lectura remito, por razones de brevedad), no desconozco que existen distintas posiciones sobre el tema.

Sin embargo, luego de un meditado análisis de la situación, entiendo que las relaciones encuadradas en los

términos del art. 92 bis de la LCT, vigentes al momento del dictado de la normativa de emergencia no se encuentran comprendidas en sus términos.

3.1.- Así, en punto a los alcances que posee el decreto 329/20, indica Alberto Mansilla, en tramo de su desarrollo que comparto, que *"...la norma en cuestión sí distingue. El DNU 329 no alude a todos los distractos, sino a los despidos "sin justa causa y por las causales de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor"; y el art. 92 bis de la LCT se refiere a que durante el período de prueba se puede despedir "sin expresión de causa", que no es exactamente lo mismo. Por eso es que hay algunos magistrados de primera instancia que hicieron el distingo. Es diferente la naturaleza del tramo probatorio de una relación laboral, respecto de cuando termina este..."*.

Y enuncia en párrafos anteriores, refiriéndose al instituto del art. 92 bis de la LCT: *"El citado instituto constituye un tiempo establecido en el sistema jurídico laboral por el legislador, que debe transcurrir para hacerse efectiva la indeterminación del plazo del vínculo. Se trata de un espacio temporal destinado a satisfacer las expectativas que las partes han puesto en su relación y así acceder el trabajador al estándar total de protección que el ordenamiento ha fijado para el empleo privado. Asimismo, el DNU 329/2020, prorrogado por su similar 487/2020, resulta taxativo en su texto al prohibir los despidos sin justa causa y por las causales de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor, sin incluir expresamente otros supuestos legales, tanto extintivos como de condición temporal (art. 2º)..."* (cfr. DESPIDOS EN PERÍODO DE PRUEBA DURANTE LA VIGENCIA DEL DNU 329/2020, Mansilla, Alberto, Publicado en: LA LEY 30/10/2020, 10, Cita Online: AR/DOC/2914/2020).

3.2.- Asimismo, cabe a esta altura del análisis, recordar que, en nuestro país, la reinstalación es un instituto reservado para casos excepcionalísimos.

Como indica Carnicero *"Solo está previsto expresamente en la ley 23.551 para los trabajadores que gocen de tutela sindical y opten por querer ser reinstalados y no indemnizados generosamente (arts. 40, 48, 50 y 52, ley 23.551) y ha sido admitida en casos de intolerable discriminación con sustento en la ley 23.592, p. ej., en supuestos de despidos discriminatorios por actividad sindical de representantes de un sindicato que carecía de personería gremial y a priori carecían de tutela o despidos motivados por patologías graves de sensibilidad extrema..."* (Cfr. PERÍODO DE PRUEBA Y MEDIDAS CAUTELARES QUE ORDENAN LA REINSTALACIÓN EN EL CONTEXTO DE LA PROHIBICIÓN DE DESPEDIR SIN INVOCACIÓN DE JUSTA CAUSA..., Carnicero, Federico, Publicado en: SupAbCorp 2020 (agosto), 4, Cita Online: AR/DOC/2530/2020).

Recuerdo aquí y ahora, la disidencia de la CSJN de la Dra. Argibay, la que comparto, pero he dejado de lado en mérito al seguimiento de los fallos de la Corte.

Y, también enfatizó en que lo que hace el DNU es fortalecer la estabilidad (a propia), fortalecimiento que presupone su preexistencia (como impropia).

De allí que *"...desde la óptica del derecho de fondo, si durante el período de prueba hay inestabilidad e incertidumbre sobre la continuidad del contrato, mal puede interpretarse que la prohibición de despidos alcanza a un vínculo que carecía de estabilidad. La medida tiende sí a fortalecer la estabilidad de un contrato que la tiene, pero de ninguna manera otorga a estabilidad a un vínculo que carecía de la misma. Que el contrato de trabajo que gozaba de estabilidad impropia pase temporalmente a un período de estabilidad propia absoluta no significa que aquel contrato*

que carecía de estabilidad pueda ganarla. El "up grade" atañe a la estabilidad, pero no autoriza a estabilizar un vínculo inestable..." (cfr. Carnicero, ya citado).

3.3.- Me he referido especialmente a las ideas anteriores, en tanto entiendo que permiten reforzar la línea de interpretación a la que adhiero.

Si el DNU en cuestión es un derecho de emergencia y de excepción al régimen general de contratación y a la libertad, en este ámbito, consagrada por la Constitución Nacional, es para mí claro, que su interpretación debe ser restrictiva y ceñirse a sus estrictos términos.

Y si esto es así, la naturaleza de la vinculación durante el periodo de prueba, determina que no sea alcanzada por sus términos.

En el caso que viene a resolución, debo insistir, no se trata de una relación de empleo estable (en sentido impropio) que es reforzada en su estabilidad (en sentido propio) por un determinado periodo de tiempo.

El vínculo es esencial y connaturalmente inestable, precario. Y al finalizar el periodo de prueba, la relación puede ser extinguida, en los términos autorizados por la LCT, sin que pueda hablarse de un despido en términos de ilícito contractual.

Es que como lo indicara la Dra. Clerici en el precedente que citara en el inicio: *"...Mario E. Ackerman explica, luego de reseñar distintas definiciones del instituto, de autoría de doctrinarios del derecho del trabajo, que de acuerdo a como fue legislado en la Ley de Contrato de Trabajo, "...se trata de un lapso del contrato de trabajo ordinario celebrado para durar por tiempo indeterminado en que cualquiera de las partes puede extinguir el vínculo con la única obligación de otorgar preaviso o, en su defecto, abonando la indemnización sustitutiva equivalente y que, al no*

haberse activado el derecho a la estabilidad, el despido sin causa que el empleador disponga no se considera un ilícito contractual" (cfr. aut. cit., "Ley de Contrato de Trabajo comentada", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2016, T. I, pág. 784/786).

Seguidamente, el autor que he citado avanza sobre la naturaleza jurídica del período de prueba y concluye en que nuestro régimen legal ha instituido el período de prueba como una parte inicial del contrato mismo de trabajo y no como una etapa preliminar a la contratación definitiva. Al tomar esta postura, continúa diciendo Ackerman, ha recurrido a la suspensión de la protección o tutela del derecho a la estabilidad (cfr. aut. cit., op. cit., pág. 792)..." (cfr. su voto en los autos "Tapia").

De allí, que dados los términos empleados por el decreto, tratándose, insisto, de un derecho de excepción y de emergencia, no puede interpretarse laxa o extensivamente a supuestos no contemplados en su redacción, que se refiere específicamente a "la prohibición de efectuar despidos sin justa causa y por las causales de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor" y a "la prohibición de efectuar suspensiones por las causales de fuerza mayor o falta o disminución de trabajo".

4.- *Lo expuesto impacta favorablemente en las críticas que efectúa el recurrente, tanto desde el punto de vista sustancial, como formal.*

Desde el plano sustancial, al igual que lo sostuviera la Dra. Clerici y como lo he expuesto, entiendo que la situación no se encuentra comprendida en el marco del DNU invocado como fundamento de la pretensión. De allí que no pueda sustentarla y le asista razón al recurrente en su planteo.

Para agotar el tratamiento, desde el plano formal, el sometimiento a un proceso judicial que admita mayor prueba y debate se impone como regla.

Tal como lo ha señalado el TSJ, "...más allá de la posición que se adopte en punto a las denominadas medidas autosatisfactivas, lo cierto es que, aún quienes sostienen su viabilidad, las caracterizan como de tipo "excepcional" y "residual"; se requiere, entonces, que exista una verosimilitud calificada y una urgencia que impida postergar la solución judicial y, por otro lado, que no haya otra vía judicial eficaz" ("Silva Luis c/Municipalidad de El Chocón s/Medida autosatisfactiva", R.I. N° 6229/09)."

"Y estas características (a la luz de las cuestiones que deben ser debatidas y despejadas y que han quedado planteadas en los recursos) y tal como -por lo demás y según he relatado- lo reconoce la propia parte requirente, no se encuentran presentes en este caso [...]"

"Y, como podrá advertirse, esta alusión general efectuada en la demanda no es suficiente, siquiera ante la falta de contestación, para imputar responsabilidad al IPVU, sin ningún otro elemento de juicio."

"Es que no puede soslayarse que, para dictar una sentencia con carácter de cosa juzgada (y esto hace a la esencia del pronunciamiento que pone fin a un litigio) debe respetarse el derecho a ser oído, con una posibilidad plena de alegar y ofrecer y producir prueba, acorde a los extremos debatidos y sobre los que corresponde decidir."

"Una simple audiencia, limitada a un día de traslado, puede ser suficiente a los efectos de dictar una cautelar anticipatoria pero, ciertamente, no parece serlo a los efectos de resolver la cuestión con carácter definitivo."

"Y, reitero, la resolución estimatoria que se dicta en el contexto de la medida autosatisfactiva, tiene ese

carácter: "dentro del género de los procesos urgentes, se presenta como uno de tipo "autónomo"; es innecesario iniciar una acción posterior para que tenga validez jurídica: la acción judicial entablada se completa con su sola petición, es decir, no depende de un proceso posterior... la medida autosatisfactiva es un requerimiento urgente formulado al órgano jurisdiccional que se agota con su despacho favorable, no siendo, entonces, necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento."

"De aquí surge la otra importante distinción a la que ya aludiéramos: no constituye una medida cautelar. La demanda es seguida de la sentencia: de ahí el nombre del instituto, medida autosatisfactiva, es decir, se satisface con el primer auto resolutorio de lo allí peticionado."

"Todo esto hace que se constituya en un remedio excepcional, con lo que resulta justificada una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión..." (Cfr. TSJ, R.I 5.416/2006, "TOLOZA ARIEL EDGARDO c/ PROVINCIA DEL NEUQUEN s/MEDIDA AUTOSATISFACTIVA", Expte. N° 1780/2006), D.O.).

Relacionado con esto último, una digresión final:

No desconozco el preferente ámbito de tutela que la Constitución Nacional acuerda al trabajador. Sin embargo, entiendo que ello debe aprehenderse dentro del esquema de protección vigente y que, además, es predicable de toda situación en la que se encuentren en juego sus intereses.

De allí que esta sola circunstancia, no determina que la vía sea la medida autosatisfactiva, la que entiendo no es apta para la tramitación del reclamo.

Es que, como también he reseñado, fuera del concreto supuesto de este caso (vínculo encuadrable en los términos del art. 92 bis de la LCT), de estar en juego la aplicación del derecho de emergencia, la tutela urgente, si se considerara

procedente, sería canalizable por la vía de la cautelar anticipatoria, sin privar a la contraria del pleno ejercicio de su derecho de defensa.

5.- Ahora, conforme lo he señalado, entiendo que este concreto caso que viene a resolución no se encuentra amparado por las disposiciones contenidas en el DNU 329/20 y sus prórrogas, de allí que la pretensión aquí deducida no tenga amparo normativo.

Desde allí, que carezca de sentido limitar el pronunciamiento al aspecto formal, o reconducir la pretensión en términos cautelares: Por esta razón, más allá de la inadmisibilidad de la vía, acotar el análisis a estos términos, se presentaría como un decisión formal y dilatoria que impediría obtener la revisión del más alto órgano jurisdiccional local.

En definitiva, por todas las razones que he dado, entiendo que la pretensión deducida por el accionante no puede ser receptada.

En punto a las costas, toda vez que la cuestión es novedosa y no existe unidad doctrinaria y jurisprudencial, entiendo que deben ser impuestas en el orden causado.

Por último, deviene abstracta la apelación arancelaria deducida por el Dr..... en hojas 74 -respecto de sus honorarios por bajos-, en atención a la forma en que se resuelve el recurso interpuesto por la demandada. **MI VOTO.**

El Dr. **Jorge PASCUARELLI** dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.

Por ello, esta **Sala I**

RESUELVE:

1. Hacer lugar al recurso de apelación deducido por la parte demandada, y en consecuencia, revocar la sentencia de grado, rechazando la pretensión deducida por el accionante.

2. Imponer las costas de ambas instancias por su orden (arts. 17 ley 921, 68 y 279 del CPCyC), dejar sin efecto los honorarios regulados en la instancia de grado y readecuarlos del siguiente modo: Al Dr....., por su actuación en carácter de letrado patrocinante del actor, en \$11.807; y para el Dr....., en doble carácter por la demandada, en \$ 16.530 (arts. 6, 7, 8, 9, 10, 39 y cc. Ley 1594).

3. Regular los honorarios por la actuación en esta etapa en el 30% de las sumas determinadas por la labor en la primera instancia (art. 15 LA).

4. Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA