

Título: Prohibición de suspensiones y despidos. Controversias y primeros precedentes en torno al DNU 329/20

Autores: De Garay Lanús, Ignacio Juan - Cane Cunningham, Matías

Publicado en: La Ley Online;

Cita Online: AR/DOC/1705/2020

Sumario: I. Introducción.— II. El Decreto de Necesidad y Urgencia 329/2020.— III. El verdadero alcance de la prohibición.— IV. La suspensión por falta o disminución de trabajo o fuerza mayor.— V. Las suspensiones concertadas del art. 223 bis de la LCT.— VI. La resolución 397/2020 del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social.— VII. Las posturas que puede adoptar el trabajador frente a la violación de la letra del decreto.— VIII. El período de prueba (art. 92 bis de la LCT) frente al decreto de Necesidad y Urgencia 329/2020. Primeros antecedentes jurisprudenciales.— IX. Conclusiones.

El Decreto de Necesidad y Urgencia 329/2020 prohibió las suspensiones y despidos sin causa o fundados en causas de falta o disminución de trabajo o fuerza mayor, pero dejando abierta la posibilidad de concertar suspensiones en los términos del art. 223 bis, LCT. Por su parte, el MTEySS dictó la res. 397/2020 a fin de establecer las pautas de negociación que han de seguirse para la homologación de los acuerdos que se presenten. Por otro lado, se han dejado libradas a la interpretación judicial algunas situaciones particulares, como la posibilidad de recurrir estas medidas por parte del trabajador y ante las medidas de ferias judiciales dictadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, o el caso del trabajador en período de prueba, dictándose para estos casos los primeros precedentes en la materia.

I. Introducción

Con fecha 11 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud decretó la pandemia provocada por el avance del virus COVID-19, luego de que el número de personas infectadas a nivel global llegara a las 118.554, y el número de muertes a las 4.281, afectando hasta ese momento a 110 países.

El avance del COVID-19 ha llevado al mundo a tomar medidas extremas para poder frenarlo y combatirlo. En nuestro país, y a los fines de evitar el colapso del sistema sanitario, se tomaron medidas de protección y aislamiento de los ciudadanos. Así, mediante el decreto de Necesidad y Urgencia 297/2020 se estableció el aislamiento social, preventivo y obligatorio a partir del 20 de marzo de 2020 y prorrogado hasta el 10 de mayo mediante los DNU 325/2020, 335/2020 y 408/2020.

Las medidas restrictivas dispuestas afectaron el consumo, la producción, la prestación de servicios y la actividad comercial. Miles de empresas, negocios, comercios, profesionales independientes, asociaciones y fundaciones se encuentran cerradas, sin poder trabajar, afrontando sus costos fijos y sin ingreso alguno.

Se han generado importantes daños en la economía, provocando un fuerte descenso y en algunos casos pérdida total del poder adquisitivo de muchos ciudadanos argentinos, con la consecuente dificultad que ello genera para afrontar todas sus obligaciones en forma íntegra y para disponer de lo necesario para costear su alimentación, su salud y su vivienda.

Con el fin de buscar medidas paliativas frente a esta situación, y de evitar despidos masivos que pudiesen agravar aún más la situación de los trabajadores, el 31 de marzo de 2020 se publicó en el Boletín Oficial el decreto de Necesidad y Urgencia 329/2020 que establece —tal como lo prevé su título— la prohibición de despedir al trabajador, lo que no resulta tan cierto a poco que se analice el texto del mismo, como veremos.

Partiremos de la base de no pasar el decreto por el tamiz de su constitucionalidad en tanto el presente artículo podría virar en cuanto a sus proyecciones, pero aclarando al lector que no han sido pocas las veces que se han pronunciado por su inconstitucionalidad [\(1\)](#), aunque destacando que ya ha existido un pronunciamiento reciente en torno a la constitucionalidad de los Decretos de Necesidad y Urgencia dictados en el marco de la pandemia [\(2\)](#).

A su vez, deja librado al arbitrio e interpretación del sentenciante una serie de situaciones fácticas que se presentarán sin dudas y que ponen a ambas partes dentro del contrato de trabajo en una posición de indefensión y duda respecto a cómo obrar frente a las mismas.

Las respuestas a estos interrogantes surgirán de las diversas normas que puedan modificar o complementar al mentado decreto, o bien de los distintos y seguramente contradictorios precedentes pretorianos que a fortiori se dictarán al efecto, lo que resulta de toda lógica si partimos de la base de afirmar que estamos convencidos que la norma bajo análisis nos deja inmersos en un mar de dudas respecto a las situaciones particulares que plantearemos.

II. El Decreto de Necesidad y Urgencia 329/2020

Señala el art. 2º del DNU 329/2020 que los despidos sin justa causa y por las causales de falta o disminución

de trabajo y fuerza mayor quedan prohibidos por el plazo de sesenta [60] días contados a partir de la fecha de publicación del mismo en el Boletín Oficial.

Igual situación se prevé para el caso de las suspensiones por las causales de fuerza mayor o falta o disminución de trabajo, que también quedan prohibidas por el plazo de sesenta [60] días, contados a partir de la fecha publicación del citado decreto en el Boletín Oficial (art. 3°).

A su vez, este art. 3° refiere a la situación particular de las suspensiones previstas en el art. 223 bis, Ley de Contrato de Trabajo —suspensiones "concertadas"— exceptuándolas del régimen prohibitivo previsto por la norma bajo estudio.

Por su parte, el art. 4° prevé la sanción que conlleva la violación de tales prohibiciones, cual es la ineficacia de las mismas, manteniéndose vigentes las relaciones laborales existentes y sus condiciones actuales.

Se estatuye entonces un régimen transitorio y de excepción por medio del cual se prohíben los despidos y suspensiones incausados o basados en causales de falta o disminución de trabajo o fuerza mayor, a partir del día 1° de abril de 2020 y hasta el 30 de mayo del 2020, y como consecuencia de ello previendo la sanción que conlleva la violación al régimen.

III. El verdadero alcance de la prohibición

Una primera lectura del título del DNU 329/2020 podría confundirnos y hacernos creer que se encuentran prohibidos —transitoriamente— los despidos por parte de los empleadores por el plazo fijado por la ley, creando de alguna forma un principio excepcional de estabilidad.

Pero a poco que reparamos en el texto del decreto observamos que la norma —aunque limitativa de las facultades y derechos del empleador— cercena esta prohibición a los casos de distractos incausados o basados en causales de fuerza mayor o falta o disminución de trabajo.

Debemos entonces dejar en claro que aún subsisten —frente a esta limitación temporal— los despidos basados en justa causa, el despido indirecto en que se puede colocar el trabajador, así como los casos de renuncia por parte del trabajador y los despidos por voluntad concurrente de las partes, sin perjuicio de los casos especiales de extinción de la relación laboral como la jubilación del trabajador, la quiebra o concurso del empleador o el fallecimiento de alguno de ellos.

Lo mismo ocurre en el caso de las suspensiones, en tanto se prohíben las que tengan por causa la falta o disminución de trabajo o la fuerza mayor, pero en este caso estableciendo el decreto en forma expresa la permisión de llevar adelante suspensiones concertadas en los términos del art. 223 bis, LCT, siguiendo adelante con el procedimiento previsto para este caso y que ya ha dado lugar a acuerdos concertados entre las partes integrantes del contrato o sus representantes.

Lo cierto entonces es que las prohibiciones establecidas por el decreto no importan una limitación absoluta a la producción de distractos o suspensiones, sino que deben ser evaluados en su justa medida.

IV. La suspensión por falta o disminución de trabajo o fuerza mayor

La Ley de Contrato de Trabajo establece un régimen de suspensiones del contrato por causas económicas o disciplinarias que, como primera medida, deben fundarse en justa causa.

No debemos perder de vista que el empleador debe cumplir con una serie de obligaciones o deberes a su cargo, como el de dar ocupación (art. 78), pagar la remuneración (art. 103) y, en general, a cumplir el contrato dentro del marco de la buena fe, la colaboración y la solidaridad (arts. 62 y 63) (3), por lo que la suspensión de tales prerrogativas no puede ser arbitraria e infundada, aunque unilateral.

Señala el art. 219 de la LCT que se considera que se presenta como causa justificada la suspensión que obedezca a falta o disminución de trabajo no imputable al empleador, a razones disciplinarias o a fuerza mayor debidamente comprobada.

La norma establece en primer término la situación en donde el empleador atraviesa un período de falta o disminución del trabajo, pero aclarando que ello debe obedecer a una causa excepcional y de interpretación restrictiva, no imputable a aquel, demostrando que se encuentra en una situación ajena al riesgo empresario que torna excesivamente onerosa su prestación en los términos del art. 1091 del Cód. Civ. y Com. (4).

En caso de presentarse esta situación, el empleador puede suspender al trabajador por un plazo no superior a los 30 días en un año, debiendo comunicársele por escrito de ello al trabajador, y comenzando con aquellos que presenten menor antigüedad y dentro del mismo grupo a los que no tengan cargas de familia.

La segunda posibilidad prevista —dejando de lado el análisis de las suspensiones por causas disciplinarias— radica en la suspensión por fuerza mayor. Al respecto, señala el art. 1730 del Cód. Civ. y Com. que "... se

considera caso fortuito o fuerza mayor al hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado. El caso fortuito o fuerza mayor exime de responsabilidad, excepto disposición en contrario. Este Código emplea los términos 'caso fortuito' y 'fuerza mayor' como sinónimos".

En este caso, la ley establece que la suspensión puede extenderse por un plazo máximo que no podrá extenderse más allá de los 75 días contados dentro de un año, siguiendo los parámetros expuestos para el caso de las suspensiones por falta o disminución de trabajo.

Así, muy a grandes rasgos podríamos advertir que en la primera situación las prestaciones se tornan excesivamente onerosas por causas que son ajenas, inimputables y hasta imprevistas por el empleador, mientras que en la segunda se presenta un hecho imprevisto o que, aunque previsto no pudo evitarse.

Si bien ambos casos son distintos, encuentran puntos en común que ameritan su tratamiento en conjunto. Nadie podrá negar que el mundo atraviesa una situación de crisis global originada en la pandemia ocasionada por el COVID-19.

Legislaciones como la española e italiana, solo por citar algunos ejemplos, se han hecho eco de esta situación en términos similares a los previstos por el decreto bajo estudio.

Por medio del Real Decreto-ley 9/2020 del 27 de marzo de 2020 [\(5\)](#), se estableció que la fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción en las que se amparan las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada previstas en los arts. 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, que fuera dictado el 17 de marzo de 2020, no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido.

Ahora bien, los diversos Decretos de Necesidad y Urgencia dictados durante el transcurso de los últimos días, junto con las Decisiones Administrativas y Resoluciones emanadas de distintos organismos gubernamentales remarcan la emergencia económica y sanitaria que atraviesa el país producto de la pandemia decretada a nivel mundial.

La falta o disminución de trabajo ha encontrado su fundamento en los diversos programas de asistencia que ha elaborado el Gobierno Nacional para asistir a aquellas empresas que por la actividad que desplegaban han visto cercenado totalmente su campo de actuación, y como contrapartida, a los empleados que observan como su fuente de trabajo merma en forma abrupta.

Puede leerse en los considerandos de la resolución 397/2020 del Ministerio de Trabajo del 29 de abril de 2020 que, como consecuencia del Aislamiento Social, Preventivo y Obligatorio, aproximadamente cuatrocientos mil empresas han visto afectados su desarrollo.

Incluso las entidades que nuclean a los trabajadores han estado evaluando y dictando medidas tendientes a hacer frente a esta situación, reconociendo en cabeza del empleador la facultad de concertar reducciones de salarios.

Desde ya dejamos de lado aquellos casos de servicios declarados indispensables, como así también aquellos rubros que no han visto afectada su producción o han podido adoptar medidas de teletrabajo que permiten continuar en forma total o parcial con el desarrollo de su actividad.

Por otro lado, se ha sostenido que la actividad del empresario es fuente de riesgos que él debe soportar [\(6\)](#), por lo que las previsiones del art. 219 como las del art. 247, ambas de la LCT, son de aplicación restrictiva en tanto configuran una excepción al principio de ajenidad del riesgo [\(7\)](#) de la empresa que constituye una característica de la relación de dependencia [\(8\)](#).

Pero estamos convencidos que es de un total facilismo quedarnos en los ejemplos que suelen darse para explicitar el instituto del caso fortuito, como una inundación, terremoto o un estado de conmoción interno [\(9\)](#). Y, aun así, esos hechos pueden ser imprevisibles para determinadas personas o poblaciones, pero no así para otras, por lo que no nos animamos a erigirlas como causales autónomas.

Ahora bien, una pandemia que ha afectado al mundo entero, que registra a la fecha cientos de miles de personas infectadas, con una alta tasa de contagio, con un elevado nivel de muertes que crece de forma exponencial, y sobre lo que no existe cura, de la que no existe antecedente al menos inmediato, es a nuestro criterio un caso de fuerza mayor [\(10\)](#), en donde se presentan todos los elementos que la ley prevé para su configuración y que los precedentes pretorianos han remarcado en forma oportuna.

Desde ya que entendemos que el fin del decreto ha sido desalentar el uso abusivo de estas prácticas con el fin, como contracara, de preservar la fuente de trabajo. Somos conscientes de ello y bregamos por la continuidad de los puestos de trabajo, así como estamos seguros que vedar este tipo de suspensiones no responde a negar la idea de falta o disminución de trabajo o fuerza mayor, situaciones que no necesitan mayor demostración por ser

de público y notorio.

V. Las suspensiones concertadas del art. 223 bis de la LCT

El DNU 329/2020 establece en su art. 3° que quedan exceptuadas de la prohibición establecida las suspensiones previstas en el art. 223 bis de la LCT. Sostiene el mentado artículo que "Se considerará prestación no remunerativa las asignaciones en dinero que se entreguen en compensación por suspensiones de la prestación laboral y que se fundaren en las causales de falta o disminución de trabajo, no imputables al empleador, o fuerza mayor debidamente comprobada, pactadas individual o colectivamente y homologadas por la autoridad de aplicación, conforme normas legales vigentes, y cuando en virtud de tales causales el trabajador no realice la prestación laboral a su cargo. Solo tributará las contribuciones establecidas en las leyes 23.660 y 23.661".

Se trata de una suspensión de la prestación laboral que también tiene su origen en la disminución de trabajo o en la fuerza mayor como las que prohíbe el mismo decreto, pero con una diferencia sustancial: no es una suspensión dispuesta unilateralmente por el empleador sino una suspensión concertada entre las partes del contrato de trabajo, algo así como una "suspensión por mutuo acuerdo"⁽¹¹⁾.

Esto nos lleva a refrendar aquello que dijéramos anteriormente, y que importa el reconocimiento de una situación de fuerza mayor y de imprevisión contractual. Lo que se busca entonces con este decreto no es negar la existencia de aquellas, sino vedar la posibilidad de alegar aquellas causales para suspender o extinguir el contrato de forma unilateral.

Esta suspensión concertada conllevará a que la contraprestación que se acuerde con el trabajador o entidad que lo represente pueda ser estipulada como no remunerativa y se encuentre sujeta únicamente al pago de contribuciones referidas a la Obra Social y Aseguradora de Riesgos de Trabajo.

En este caso particular, la concertación podría decirse que resulta tripartita. Se trata de un acuerdo transaccional en donde cada una de las partes realiza concesiones recíprocas, en tanto el empleador abona una suma que no es considerada como remunerativa, inferior generalmente al salario que normalmente percibe el trabajador, quien a su vez no presta tareas durante este lapso, y el Estado de alguna forma admite que no se realicen los aportes de ley por este período.

Creemos que en estos casos el trabajador no debe prestar tareas, por cuanto en caso de así hacerlo estaríamos frente a una especie de novación, también concertada, en uso de las facultades previstas por la ley al empleador y con base en su poder de dirección.

A su vez, es importante destacar que ello no obsta que el empleador pueda optar por la inclusión dentro de algunos de los programas de asistencia financiera previstos por el Gobierno Nacional.

VI. La res. 397/2020 del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social

Con fecha 29 de abril del corriente se dictó la resolución 397/2020 por medio de la cual se establece que las presentaciones que en conjunto efectúen las entidades sindicales con personería gremial y las empresas, para la aplicación de suspensiones conforme al art. 223 bis de la Ley 20.74 y sus modificatorias, que se ajusten íntegramente al acuerdo que se adjunta a la misma y acompañen el listado de personal afectado, serán homologadas, previo control de legalidad del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social. Igual criterio se seguirá en aquellos casos en que el acuerdo sea más beneficioso para los trabajadores.

Por su parte, si la suspensión en tales términos es realizada por la empresa —concertada desde ya con los trabajadores—, serán remitidas en vista a la entidad sindical con personería gremial correspondiente por el plazo de 3 días, pudiendo ser prorrogado por 2 días adicionales a solicitud de la representación gremial. Vencido el plazo indicado, el silencio de la entidad sindical la tendrá por conforme respecto del acuerdo sugerido por la representación empleadora. La oposición de la entidad sindical a los términos del acuerdo sugerido, vigentes los plazos indicados en el primer párrafo del presente artículo, importará para las partes la apertura de una instancia de diálogo y negociación.

Por último, señala que, si las partes realizan una presentación en los términos previstos en el art. 223 bis de la LCT, pero que no se ajusten íntegramente al acuerdo adjunto a esta resolución, serán sometidos al control previo del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social que, en cada supuesto, indicará las consideraciones que correspondan en orden al trámite requerido.

En todos los casos, establece el art. 4° que, a los efectos previstos en los trámites regulados por la resolución, en este marco de emergencia y excepción, y solo a estos fines, las partes deberán consignar en su presentación inicial una declaración jurada acerca de la autenticidad de las firmas allí insertas en los términos previstos por el art. 109 del dec. 1759/1972.

Ahora bien, el anexo al que hace referencia la mentada resolución surge de la reunión habida entre los

representantes de la Confederación General del Trabajo de la República Argentina (CGT) y la Unión Industrial Argentina (UIA), en presencia de los Sres. Ministros de Trabajo y Desarrollo Productivo.

Luego de una serie de considerandos vertidos, se establece que al momento de concertar suspensiones en los términos del art. 223 bis de la LCT para personas que no puedan prestar sus tareas habituales, la prestación no remunerativa que pacte en estos términos no podrá ser inferior al 75% del salario neto que hubiere correspondido al trabajador en caso de haber laborado, y aclarando que sobre esos montos deberán realizarse la totalidad de los aportes y contribuciones por las Leyes 23.660 y 23.661, junto con el pago de la cuota sindical.

En estos casos —o bien cuando el acuerdo represente condiciones más beneficiosas para el trabajador— la autoridad de aplicación homologará el mismo en forma automática, teniendo por acreditados y cumplidos los recaudos previstos en el art. 223 bis de la LCT. Caso contrario, serán sometidos a la autoridad de aplicación para su consideración.

Asimismo, se establece que el empleador podrá disponer suspensiones en forma simultánea, alternada, rotativa, total o parcial, siempre aplicable al caso de trabajadores que no estén prestando tareas desde el lugar en que realizan el aislamiento o bien los que se encuentran dispensados en virtud de lo normado por la resolución 207/2020 respecto de las personas con riesgo de salud.

Por último, se desprenden tres aclaraciones que merecen la pena ser resaltadas. La primera, estableciendo la prohibición al empleador de reducir su dotación de personal mientras dure esta suspensión concertada. La segunda, y no menos importante, posibilidad de compatibilizar este régimen con el previsto en el art. 8° del decreto de Necesidad y Urgencia 376/2020 de Programa de Asistencia de Emergencia al Trabajo y la Producción. La última, y no menos importante, la imposibilidad de aplicar este régimen a aquellos trabajadores que se encuentran excluidos del deber de asistencia al lugar de trabajo por la dispensa contenida en la res. 207/2020 relativa a personas con riesgos en la salud.

Con base en lo expuesto, resultan representativos los acuerdos celebrados entre la Unión Obrera Metalúrgica (UOM) con las asociaciones y federaciones que nuclea, el Sindicato de Comercio, la Cámara de Comercio y la Confederación de la Mediana Empresa colectivo individual de la Argentina y la Unión de Trabajadores del Turismo, Hoteleros y Gastronómicos de la República Argentina (UTHGRA).

Asimismo, otros gremios y sindicatos también firmaron acuerdos similares, como el caso del Sindicato de Mecánicos y Afines del Transporte Automotor (SMATA) (con reducciones salariales que oscilan entre el 30% y el 40%), los gremios (que acordaron una rebaja de sueldos del 40%), los empleados de autopistas de AUSA, la industria del calzado, las cadenas de comida rápida, la aerolínea Flybondi, y también se sumó el gremio textil cuyo personal suspendido cobrará durante tres meses una suma fija que oscila entre los \$17.000 y los \$20.000.

VII. Las posturas que puede adoptar el trabajador frente a la violación de la letra del decreto

Señala el art. 4° del decreto de Necesidad y Urgencia 329/2020 que los despidos y las suspensiones que se dispongan en violación de lo dispuesto en su art. 2° y primer párrafo del art. 3°, no producirán efecto alguno, manteniéndose vigentes las relaciones laborales existentes y sus condiciones actuales.

La norma es clara y no admite ninguna duda: los despidos y suspensiones en violación del régimen instaurado no tendrán efecto, por lo que al trabajador le quedan dos opciones.

La primera es iniciar un proceso judicial a través de los mecanismos que procesalmente se establecen al respecto (medidas cautelares autónomas o autosatisfactivas, amparos) en pos de lograr su reinserción inmediata, con el pago de los salarios correspondientes al tiempo acaecido entre el distracto o suspensión y su reinserción.

Debemos recordar en este caso que nos encontramos frente a situación de fería judicial extraordinaria en mérito a las acordadas dispuestas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Creemos que, dada la situación planteada, es viable solicitar la habilitación de fería, por cuanto se encuentran reunidos los presupuestos previstos en el art. 153 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación.

Podemos encontrar algunos precedentes recientes que han hecho lugar a una pretensión en tal sentido por el que se ha ordenado la reinserción de un trabajador despedido arguyendo que a priori se encuentran reunidos los extremos de excepción que sustentaron el dictado de esta norma [\(12\)](#).

La segunda, optar por consentir el distracto mas no su causa, lo que motivará el inicio de un juicio ordinario por medio del cual se deberá probar la misma y en tal caso el trabajador se hará pasible de las indemnizaciones legales que por derecho corresponda, sin olvidar que se encuentra vigente la medida que establece la duplicación de las indemnizaciones por despido sin causa contenida en el decreto de Necesidad y Urgencia 34/2019.

Lo cierto es que a la fecha nos encontramos con fería judicial decretada —al menos en el ámbito de la

Ciudad Autónoma de Buenos Aires y Provincia de Buenos Aires— por lo que un proceso como el indicado no será apto para la habilitación de feria.

VIII. El período de prueba (art. 92 bis de la LCT) frente al decreto de Necesidad y Urgencia 329/2020. Primeros antecedentes jurisprudenciales

El período de prueba es un instituto previsto en el art. 92 bis de la Ley de Contrato de Trabajo entendido como un lapso dentro del contrato por tiempo indeterminado dentro del cual el empleador puede evaluar la aptitud del trabajador para el desempeño de la función para la cual se ha contratado, como corolario de las facultades organizativas propias del empleador.

Estamos convencidos de que no se trata de un precontrato o un contrato sujeto a algún tipo de condición, como se esbozara [\(13\)](#), sino tan solo un lapso dentro del contrato de trabajo en donde el legislador establece un período de carencia durante el cual se encuentra suspendido un efecto del mismo, que es la estabilidad [\(14\)](#).

Se trata de una situación que, como se ha sostenido, no afecta ninguna norma constitucional y, en especial, la "protección contra el despido arbitrario" que garantiza el art. 14 bis de la CN, porque el ejercicio de los derechos no tiene carácter absoluto y está sujeto a una razonable reglamentación legal (art. 14 de la CN) [\(15\)](#).

No debemos olvidarnos que la limitación al fraude en la utilización de esta figura se encuentra contenida dentro de la misma norma, al establecer que su uso abusivo será pasible de sanciones previstas en los regímenes sobre infracciones a las leyes de trabajo (arg. art. 92 bis, inc. b de la LCT), por lo que en caso de que se pretenda utilizar en forma desviada la figura reseñada renacerá la estabilidad que se encontraba suspendida y se invertirá en este caso la carga probatoria [\(16\)](#).

Es decir que la ley no prevé expresamente prueba objetiva alguna para que el distracto en tales términos pueda darse, mas debe evitarse todo abuso de derecho y discriminación negativa [\(17\)](#).

Ahora bien, surge el interrogante en cuanto a la aplicabilidad o no de las previsiones contenidas en el decreto bajo estudio para el caso del trabajador que se encuentra atravesando el período de prueba durante la vigencia de aquel. Se presenta el problema de determinar si rige la suspensión de la estabilidad contractual prevista por el art. 92 bis de la Ley de Contrato de Trabajo o bien aquel principio de raigambre constitucional se encuentra alterado temporalmente por el dictado del decreto bajo análisis.

Sin vacilaciones podemos afirmar como primera conclusión que esto dará lugar a pronunciamientos encontrados en la doctrina de los autores y de los jueces, no sin fundamentos sólidos en cada uno de los casos, y que servirán al operador jurídico a fin de lograr al menos una primera aproximación.

Observamos para ello los considerandos del mentado decreto, que marcan la teleología del mismo, y de donde se desprende que "... esta crisis excepcional conlleva la necesidad de adoptar medidas de idéntica índole asegurando a los trabajadores y a las trabajadoras que esta situación de emergencia no les hará perder sus puestos de trabajo, ya que el desempleo conlleva a la marginalidad de la población... a su vez, el art. 14 bis de la CN impone una protección específica al trabajo en sus diversas formas y en la coyuntura, deviene indispensable la preservación de los puestos de trabajo...".

Se puede inferir sin mayor esfuerzo que lo que se persigue es la protección del trabajo como exaltación de la dignidad humana, que tanto asidero ha encontrado en el derecho en estos últimos años y sobre lo que existe copiosa normativa que realza la protección que debe brindarse a la persona como tal.

Aquello podría servirnos de puntapié inicial a nuestro análisis, en tanto como primera medida cabía sostener que, si la finalidad perseguida por el decreto es la protección del trabajo en todas sus formas, la situación planteada encontraría asidero.

Sin embargo, podría conmovir esta primera afirmación la referencia que en los considerandos del decreto bajo análisis se hace a la Recomendación 166 de Organización Internacional del Trabajo sobre terminación de la relación de trabajo del año 1982, por la que se establecen disposiciones y medidas para atenuar la extinción de contratos de trabajo por cuestiones económicas, tecnológicas, estructurales o análogas.

Si bien se establecen una serie de medidas a adoptar en caso de presentarse alguna de estas situaciones con el fin de paliar las extinciones de los contratos de trabajo, en su art. 2º, inc. b) se excluye la aplicación de sus conclusiones a los trabajadores que estén atravesando un período de prueba.

Esta referencia expresa y la remisión que trae consigo el decreto bajo análisis podría servir de base para sostener que las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional no se aplican para el caso del trabajador que se encuentre dentro del período de prueba consagrado legalmente, con apoyatura constitucional (arg. art. 14 bis de la CN), siempre y cuando el distracto en estos términos no esconda una finalidad espuria distinta a la que realmente tiene el período de prueba, lo que importará cargar con la prueba de aquello.

Además, se ha sostenido al respecto que este período no ha sido expresamente derogado, con lo cual no cabe presumir su abrogación a partir de una norma general dictada en un contexto de emergencia, de inferior jerarquía y que insta un régimen transitorio de estabilidad, orientada a mitigar las consecuencias de una crisis sanitaria, que no podría doblegar un derecho derivado de una ley anterior y especial —art. 92 bis de la LCT— que es la reglamentación razonable de normas fundamentales como la "libertad de contratar" y "ejercer toda industria lícita" (art. 14 de la CN) [\(18\)](#).

Pese a ello, no debiéramos perder de vista la regla prevista en el art. 10 de la Ley de Contrato de Trabajo en tanto consagra el principio de conservación del contrato en caso de duda acerca de su subsistencia —acorde a las previsiones contenidas en el art. 1066 y ccs. del Cód. Civ. y Com.—, situación que puede presentarse en el caso bajo análisis.

Aunque si sostuviésemos que el principio de continuidad se corresponde con un efecto del contrato de trabajo al que el legislador le dio rango constitucional que es la estabilidad en el empleo [\(19\)](#), y esa estabilidad se encuentra suspendida durante el período de prueba, la conclusión podría no ser tan clara.

Lo mismo podríamos sostener respecto al principio contenido en el art. 9º de la Ley de Contrato de Trabajo en tanto se establece que en caso de duda acerca de la aplicación o interpretación de una norma legal, debe estarse por aquella que resulte más favorable al trabajador, en conjunción con el ya célebre principio protectorio que goza de consagración constitucional (art. 14 bis de la CN), y sin perder de vista, como se ha expuesto, el principio teleológico según el cual toda norma debe ser interpretada en el sentido que mejor responda a la realización de sus fines, contrastando la misma con los fundamentos expuestos en el mismo decreto bajo estudio [\(20\)](#).

Lo cierto es que la extinción del contrato de trabajo durante el período de prueba y mientras estén vigentes las disposiciones del decreto bajo estudio y las que en el futuro las reemplacen o complementen deberá siempre evaluarse bajo el prisma de la situación de emergencia que se atraviesa a nivel mundial y evaluando si —pese a la innecesidad de expresar causa para el distracto— el mismo no esconde un despido incausado no basado en la falta de aptitud del dependiente para el desempeño del cargo o función.

Al respecto se ha dictado un reciente fallo [\(21\)](#) que podrá ser el puntapié inicial para comenzar a evaluar la postura a adoptarse a nivel jurisprudencial, por medio del cual se hizo lugar a la acción de amparo incoada y se sostuvo que en virtud del DNU 329/2020, el afectado por un despido, aun en período de prueba, tiene derecho a la reincorporación al puesto de trabajo, además de los salarios que haya dejado de percibir a consecuencia del acto ilícito, esto es, entre la materialización del cese antijurídico y la efectiva reincorporación; pues ese acto de objeto ilícito, como no podía ser de otra manera, es sancionado con la ineficacia.

Para fundamentar aquello, se resolvió que, en virtud del decreto referenciado, se ha establecido un régimen de estabilidad temporal propia en el empleo —60 días—, lo que deviene constitucional con base en las previsiones del inc. "d", art. 7º del Protocolo adicional de San Salvador a la CADH, y la doctrina de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en los precedentes "Madorrán" [\(22\)](#) y "Álvarez" [\(23\)](#).

Por último, dejó sentado el Juzgador su idea con relación en la interpretación y aplicación de leyes, al referir que a previsión del art. 92 bis de la Ley de Contrato de Trabajo es una norma de carácter general, aplicable para todos los casos ocurridos en tiempos normales, mientras que el DNU 329/2020, con plena vigencia y jerarquía equivalente a las leyes —conforme art. 17 de la ley 26.122— califica como especial frente a la Ley de Contrato de Trabajo.

IX. Conclusiones

El DNU 329/2020 no establece una prohibición absoluta de despidos y suspensiones en el marco de la pandemia producida por el COVID-19, y su alcance debe limitarse a los casos en donde no exista causa o bien la misma se funde en cuestiones relativas a la falta o disminución de trabajo no imputable al empleador, o bien en una situación de fuerza mayor.

Si bien el decreto establece la prohibición de invocar estas causales, creemos que el fin que persigue es el mantenimiento de las fuentes de trabajo, aunque no seamos contestes a la idea de que no exista una situación de falta o disminución de trabajo en la mayoría de los rubros productivos, e incluso un escenario de fuerza mayor (arg. art. 1730, Cód. Civ. y Com.).

Aquello incluso podría fundarse en los argumentos vertidos por las diversas asociaciones sindicales que han concertado acuerdos en donde se establecen suspensiones concertadas en los términos del art. 223 bis, LCT, de donde se desprende la idea de la merma en la capacidad productiva.

Se ha habilitado la feria para resolver cuestiones atinentes a la reincorporación de trabajadores despedidos o suspendidos en violación a estas normas mediante el uso de figuras procesales que imprimen celeridad a la

resolución, garantizando la manutención de las fuentes de trabajo.

Se han dejado libradas una serie de cuestiones que han dado lugar a precedentes pretorianos recientes, como es el caso del trabajador inmerso dentro del período de prueba de art. 92 bis, LCT, sobre las que deberá establecerse un principio rector.

(1) CASTIGLIONE, Ignacio A., "Análisis de la normativa dictada con motivo de la emergencia pública declarada por la pandemia del COVID-19 con impacto en las relaciones el trabajo. Posibles acciones de aplicación por parte de las empresas a los efectos de mitigar la situación de crisis actual", Ed. El Derecho, Revista de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, 4, abril 2020, 30/04/2020.

(2) CCrim. y Correc., Sala integrada, marzo 2020, Sent. Interloc. 14/143, Expte. 19.200/2020, "Kingsgton Patricio s/ hábeas corpus" (voto de los Dres. Rodolfo Pociello Argerich y Ricardo Matías Pinto).

(3) GRISOLIA, Julio A., "Tratado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, 1ª ed., t. IV, Cap. XXIV, Suspensión del Contrato de Trabajo.

(4) FERNÁNDEZ MADRID, Juan C., "Tratado práctico del derecho de trabajo", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2007, 3ª ed. actualizada y ampliada, t. II, p. 1756.

(5) BOE-A-2020-4152.

(6) SPOTA, Alberto G., "El derecho de trabajo y el concepto de fuerza mayor", JA, 1954, p. 145.

(7) CNTrab., sala IX, 17/06/2011 "Gómez, Julio E. c. Editorial Sarmiento SA s/ ley 12.908": Para que resulte viable el pago de la indemnización mermada prevista por el art. 247 de la LCT, se debe acreditar no solo la fuerza mayor en la que se fundó el distracto sino, además, una serie de requisitos exigidos por la propia norma, como ser, que la situación que generó la misma no le fuera imputable, que se respetó el orden de antigüedad para proceder al despido de los reclamantes, que se tomaron medidas tendientes a paliar la situación de crisis invocada de forma genérica en el responde y la perdurabilidad de la situación, en igual sentido, CNTrab., sala I, del 29/03/2012, "Divitto, Héctor D. c. Diesel Oliden SAIC y otro s/ despido": Para considerar configurada la falta de trabajo o fuerza mayor prevista por el art. 247, LCT deben cumplirse dos recaudos: uno material, que apunta a la declividad productiva y, otro ideal, que alude a la inimputabilidad empresarial de tal situación; CNTrab., sala IV, del 28/04/2017, "Cisneros, Esteban P. M. c. Gen Ave SA s/ despido": Tanto el caso fortuito o fuerza mayor, como la falta o disminución de trabajo son causales que tienen en común la ajenidad del evento ya que no se puede pretender que alguien excuse el cumplimiento de los deberes a su cargo con su propia negligencia. La ley alude a tal característica al requerir que se trate de falta o disminución de trabajo "no imputable al empleador —arts. 219 y 247 de la LCT—.

(8) CNTrab., sala II, 19/08/1987, "Tejeda, Héctor c. Aderessoprint Co. SA".

(9) GRISOLIA, Julio A., "Tratado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, 1ª ed., t. IV, cap. XXIV, Suspensión del Contrato de Trabajo.

(10) En igual sentido, CARCAVALLO, Esteban, "Lineamientos de las normas de emergencia sanitaria con impacto en las relaciones laborales. Análisis", Ed. El Derecho, Revista Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 4, abril 2020, 30/04/2020.

(11) LALANNE, Julio E., "Prohibición de despedir: análisis del decreto 329/2020", Clase Magistral Online, Facultad de Derecho, Universidad Católica Argentina, 28/04/2020.

(12) Juzgado Nacional del Trabajo de Feria, 24/04/2020, "Pragana, Matías c. Goliardos SRL s/ medida cautelar" (Expte. 19200/2020); Juzgado de Primera Instancia de distrito en lo laboral de 4º Nominación de Santa Fe, 28/04/2020, "Yori, Melisa c. Adecco Argentina SA s/ medidas cautelares y preparatorias", LLOnline.

(13) VALVERDE, Antonio M., "Derecho del trabajo", Ed. Tecnos, Madrid, 1995, 4ª ed., p. 481; Alonso Olea, Manuel — Casas Baamonde, María E., "Derecho del trabajo", Madrid, 1995, 14ª ed., p. 206.

(14) FERREIRÓS, Estela M., "El fraude a la ley. La responsabilidad social empresarial. La ética", ponencia presentada en el VI Congreso Nacional de Derecho Laboral y II Encuentro Nacional de Mastrandos, realizado en Mar del Plata los días 7 y 8 de noviembre, organizado por la Sociedad Argentina de Derecho Laboral y la Maestría en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales Internacionales de la Universidad Nacional de Tres de Febrero (UNTREF), Summa laboral, Ed. Abeledo Perrot, 2011, 1ª ed., t. I, p. 640.

(15) ETALA, Carlos, A., "El período de prueba en la ley 25.877", Summa laboral, Ed. Abeledo Perrot, 2011, 1ª ed., t. I, p. 894.

(16) CNTrab., sala VII, 05/08/2011, "Lugones, Elisa M. c. Qualytel de Latinoamérica SA": El período de prueba está suspendiendo un efecto del contrato de trabajo de raigambre constitucional. La excepcionalidad de

la situación y la jerarquía del bien jurídico tutelado constitucionalmente, y suspendido temporalmente por una norma infraconstitucional, obligan a entender que si se sospecha que no se está frente a una decisión que tiene fundamento en la falta de aptitudes del trabajador, es el empleador quien debe asumir el onus probandi y desplegar el esfuerzo de la carga probatoria que demuestre que no existió el acto discriminatorio, o el acoso, etcétera.

(17) FERNÁNDEZ MADRID, Juan C., "Tratado práctico del derecho de trabajo", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2007, 3ª ed. actualizada y ampliada, t. I, p. 868.

(18) MEILÁN, Agustín, "El período de prueba y la prohibición de despedir", LA LEY 21/04/2020, 19 - AR/DOC/1165/2020; en igual sentido, CASTIGLIONE, Ignacio A., "Análisis de la normativa dictada con motivo de la emergencia pública declarada por la pandemia del COVID-19 con impacto en las relaciones el trabajo. Posibles acciones de aplicación por parte de las empresas a los efectos de mitigar la situación de crisis actual", Ed. El Derecho, Revista de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, 4, abril 2020, 30/04/2020.

(19) FERREIRÓS, Estela, M., "Principio de continuidad de la relación laboral", Summa Laboral, Ed. Abeledo Perrot, 2011, 1ª ed., t. I, p. 343.

(20) LALANNE, Julio E., "Prohibición de despedir: análisis del dec. 329/2020", Clase Magistral Online, Facultad de Derecho, Universidad Católica Argentina, 28/04/2020.

(21) Juzgado de Primera Instancia de distrito en lo laboral de 4º Nominación de Santa Fe, 28/04/2020, "Yori, Melisa c. Adecco Argentina SA s/ medidas cautelares y preparatorias", LLOnline.

(22) CS, Fallos: 330:1989, AR/JUR/862/2007.

(23) CS, Fallos: 333:2306, AR/JUR/77141/2010.