

ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO A LA PROHIBICIÓN DE DESPIDOS DNU 329/2020: ANÁLISIS SOBRE SU CONSTITUCIONALIDAD

Norma Llatser *

Sumario: Breve reseña normativa- antecedentes. Los derechos involucrados y la razonabilidad de las normas. La temporalidad de la prohibición: el cumplimiento de la finalidad de la norma. Conclusión.

- Breve reseña normativa- antecedentes.

Se impone, previo a ingresar al análisis de la prohibición de los despidos dispuesta a partir de la sanción del DNU 329/2020, reseñar la cantidad de normas involucradas; así podemos enumerar:

A la Constitución Nacional en su art. 14, cuando reconoce los derechos civiles a todos los habitantes, entre otros y los que aquí interesan: “de trabajar y ejercer toda industria lícita”. Al incorporar con el constitucionalismo social, en el año 1957, el art. 14 bis, que aseguró al trabajador “sujeto de preferente tutela” (“Aquino”, fallos 327;3753), que el trabajo en sus diversas formas gozaría de la protección de las leyes, entre ellos: “condiciones dignas y equitativas de labor; jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo, vital y móvil, ...; *protección contra el despido arbitrario...*”.

El art. 17 de protección a la propiedad; el 19 de la misma Carta Magna de reserva legal, el que garantiza “que nadie está a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella prohíbe”.

En tanto el art. 28 C.N resguarda que por vía reglamentaria no puedan vulnerarse los principios, garantías y derechos reconocidos: “*Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamentan su ejercicio*”.

Como antecedentes podemos mencionar:

El art. 16 de la ley 25.561 (B.O. 07/01/02) que suspendía por 180 días los despidos sin causa justificada y señalaba que en caso de producirse despidos en contravención a lo dispuesto, los empleadores debían abonar a los trabajadores perjudicados el doble de las indemnizaciones que les correspondiese, de conformidad a la legislación vigente.

Esta duplicación, que nació con una vigencia de 180 días, fue prorrogada con la serie de decretos (DNU 883/02 B.O. 29/05/02; 2639/02 B.O. 20/12/02; 662/03 B.O. 21/03/13; 256/03

B.O. 26/06/03; 1351/03 B.O. 06/01/04; 369/04 B.O. 02/04/04; 823/04 B.O. 28/06/04),

aunque morigerándola; hasta finalmente dejada sin efecto por Dec 1224/07 del 11/09/07, cinco años después que se impusiera la sanción.

Pasaron casi dieciocho años y como un *deja vu*, el P.E.N dicta el decreto de necesidad y urgencia N° 34 del 13/12/19, mediante el cual declara la *emergencia pública en materia ocupacional* por el término de CIENTO OCHENTA (180) días a partir de la entrada en vigencia del decreto, duplicándose todos los rubros indemnizatorios originados con motivo de la extinción incausada del contrato de trabajo (art.3). Este decreto ya fue prorrogado por el N° 528/20 (B.O. 10/06/20), por lo cual la duplicación se extiende, en principio, hasta el 10/12/20.

Con la sanción de la ley 27.541 se declaró la *emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social*. Crisis que se vio agravada por el brote del coronavirus y la declaración de Pandemia por COVID-19 por parte de la OSM.

Se dicta en tal contexto el DNU 297/20 donde se dispuso el ASPO (aislamiento social, preventivo

y obligatorio).

El Decreto de Necesidad y Urgencia 329/2020

Conjuntamente se sanciona el primer DNU de prohibición de los despidos N°329/2020 el 31/03/20, el cual en sus considerandos afirma que el ASPO impacta directamente sobre la actividad económica del País y enuncia una serie de medidas adoptadas para ayudar a las empresas a sobrellevar los efectos de la emergencia.

Asimismo, refiere que esta crisis excepcional conlleva la necesidad de adoptar medidas que aseguren a trabajadores y trabajadoras que esta situación de emergencia no les hará perder sus puestos de trabajo, ya que el desempleo conlleva a la marginalidad. Agrega que el P.I.D.E.S.C nos obliga a adoptar medidas transitorias, proporcionales y razonables, con el fin de garantizar la oportunidad de ganarse la vida. A continuación cita el documento emitido por la O.I.T el 23/03/20, en el que revela la preocupación mundial y alude la necesidad que los gobiernos implementen medidas a paliar los efectos nocivos del trabajo, recuerda la Recomendación 166, en la cual las partes deberían tratar de evitar o limitar la terminación de la relación de trabajo por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos, y esforzarse por atenuar las consecuencias adversas de toda terminación de la relación de trabajo. Cita “Aquino”, al señalar que la CSJN considera a los trabajadores y trabajadoras como sujeto de preferente tutela. Afirma que resulta indispensable garantizar la conservación de los puestos de trabajo en *un plazo razonable, en aras de preservar la paz social*.

En consideración a ello, en su art. 2 dispone: “Prohíbense los despidos sin justa causa y por las causales de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor por el plazo de SESENTA días, contados a partir de la fecha de publicación del presente decreto en el BO.” En el art. 3 establece: “Prohíbense las suspensiones por las causales de fuerza mayor o falta o disminución de trabajo por el plazo de SESENTA días, contados a partir de la fecha de publicación del presente decreto en el BO.” El art. 4: “Los despidos y las suspensiones que se dispongan en violación de lo dispuesto en el art. 2 y primer párrafo del art. 3 del presente decreto, *no producirán efecto alguno*, manteniéndose vigentes las relaciones laborales existentes y sus condiciones actuales.”

El decreto 329/2020 fue prorrogado por los D.N.U N° 487/2020 B.O 19/5/20; D.N.U 624/2020 B.O 29/7/20; y a la fecha por el N° 761/20 B.O. 24/9/2020.

La prohibición de los despidos, entonces, rige hasta el 30/11/2020.

- Los derechos involucrados y la razonabilidad de las normas.

Como precisa el Maestro Quiroga Lavie¹, el derecho a ejercer toda industria lícita, es la facultad de elaborar y transformar los bienes y prestar servicios, lo cual implica la posibilidad de organizar dichas actividades (ar. 14 , CN). Es decir, que el vocablo “industria” es utilizado en sentido lato”.

En nuestra disciplina, podemos señalar que se integra con los conceptos de empresa y empresario (arts. 5 y 6 L.C.T) y con las facultades de organizar y dirigir de los empleadores (art. 64 y 65 L.C.T). Claramente, la empresa opera como un instrumento para satisfacer las necesidades humanas, se integra con capital y trabajo, siendo el factor humano un complemento indispensable para el logro de sus fines y un medio fenomenal para la realización personal de todos quienes la integran.

En tanto el art. 14 bis, en relación a la estabilidad del trabajo, otorga el derecho a la protección contra el despido arbitrario y la estabilidad del empleo público.

Señala Grisolia², en las relaciones privadas rige la estabilidad impropia , que no prohíbe el despido ni lo anula, sino que se limita a establecer una compensación económica reparatoria; es decir que no existe la reinstalación en el empleo, sino que la reparación por el despido incausado se traduce en el

pago de una indemnización”.

En tal sentido, como todo derecho no son absolutos, en su reglamentación encuentran la

¹Quiroga Lavie, Humberto; Benedetti, Miguel Ángel y Cenicacelaya, Maria de las Nieves. Derecho Constitucional Argentino Tomo I. Ed Rubinzal Culzoni, pag. 61

²Julio Armando Grisolia, Tratado de derecho del Trabajo y Seguridad Social, Tomo I, pag. 194, de La Ley

limitación.

El citado autor constitucionalista, lo denomina justamente, principio de limitación, que integra dos sub principios: el de reglamentación y el de razonabilidad.

“Los derechos de los particulares se restringen a favor del interés público: supone que los derechos no son absolutos en tanto están sujetos a reglamentaciones (actuales o potenciales). Éstas se traducen en prohibiciones (impedimentos) o en obligaciones (condiciones o cargas). El alcance o intensidad de estas restricciones está en estrecha relación con la naturaleza del derecho involucrado: los de contenido patrimonial admiten una limitación mayor que los extrapatrimoniales, como se dijo al caracterizar a los derechos civiles. A su vez esta distinción adquiere mayor importancia en ocasiones de anormalidad, donde -como se ve más adelante- las reglamentaciones se tornan más intensas.”³

El poder de policía de emergencia, que es el supuesto del dictado del DNU 329/2020, el Estado restringe el ejercicio de los derechos en beneficio del interés general. De sus considerandos podemos señalar que sus fines han sido: garantizar la preservación de los puestos de trabajo; resguardar el salario; evitar el desempleo y asegurar la paz social.

“Con base en la doctrina judicial norteamericana, para nuestra Corte Suprema los recaudos que debe cumplir el poder de policía de emergencia son : a) que exista una situación de emergencia que imponga al Estado el deber de amparar los intereses vitales de la comunidad; b) que esa situación sea declarada por ley del Congreso; c) las restricciones excepcionales de derechos deben ser transitorias, nunca permanentes; d) los medios elegidos para superar la emergencia deben ser proporcionados al fin perseguidos.”

Las situaciones de emergencia exceden a las previstas por la C.N.

Quiroga Lavié, citando a Juan. F. Linares señala que la razonabilidad es la adecuación de sentido en que se deben encontrar todos los elementos de la acción para crear un derecho: los motivos (circunstancias del caso), los fines, el sentido común jurídico (plexo de valores que lo integran) y los medios (aptos para conseguir los fines propuestos).

Excede el marco de esta ponencia, analizar el instituto de la estabilidad laboral, propia e impropia; como así referir los fallos de la CSJN, en los supuestos de reinstalación por discriminación “Alvarez”, “Cejas”, “Orellano”. Sólo reiteramos, que nuestro sistema adopta el de la estabilidad impropia; recordando algunos pronunciamientos de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuando consideró inconstitucional aquellos regímenes

³ob.cit., Tomo II, pag. 714

que establecieron uno de estabilidad propia, por considerarlos irrazonables porque suprimía el poder discrecional del empleador con relación a la integración del personal, por ser lesivos de la garantía de libertad de comercio e industria (art. 14 C.N.) y del derecho de propiedad (art. 18 C.N.) (25/02/69, De Luca, José c/Banco Francés y Río de la Plata, régimen bancario; 11/11/71,

“Álzaga c. Cervecería Córdoba SA”, convenio de la industria cervecera y el 4/9/84, “Figuroa c/ Loma Negra”, convenio de la industria cementera)

Establecidas estas premisas, surge claro, que el DNU 329/2020 se dicta en un marco de emergencia pública declarado por la ley 27.541, tanto en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, tarifaria, energética, sanitaria y social, la que fue agravada por la pandemia por COVID-19.

El DNU fue el medio elegido para garantizar la conservación de los puestos de trabajo en *un plazo razonable, en aras de preservar la paz social*. Para ello, dispone prohibir los despidos sin justa causa y por las causales de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor por el plazo de SESENTA días; también prohíbe las suspensiones por las causales de fuerza mayor o falta o disminución de trabajo por el mismo plazo; exceptúa las suspensiones concertadas reguladas por el art. 223 bis LCT. La limitación extrema, aparece en el art. 4: “Los despidos y las suspensiones que se dispongan en violación de lo dispuesto en el art. 2 y primer párrafo del art. 3 del presente decreto, *no producirán efecto alguno*, manteniéndose vigentes las relaciones laborales existentes y sus condiciones actuales.”

En un primer análisis, podemos observar que los recaudos exigidos por nuestro Superior Tribunal de Justicia para limitar excepcionalmente, en una situación de crisis como la pandemia, el derecho a la protección del despido arbitrario, se cumplirían con este primer DNU.

Sin embargo, cabe señalar, que el derecho de los empleadores a despedir sin causa o invocando causas de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor, generando el inmediato cumplimiento del pago de una indemnización (art. 245 o 247 L.C.T.), con lo ordenado por el DNU 329/2020, queda aniquilado o suprimido temporalmente, imponiendo una suerte de estabilidad propia para el sector privado, lo que no resulta un dato menor en el estudio que seguidamente haremos.

- La temporalidad de la prohibición

El DNU 329/2020 estableció, en principio, un plazo de SESENTA (60) por el cual los

empleadores no podían despedir sin causa, por causa de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor; tampoco suspender por tales causas, excepto la suspensión concertada (art. 223 bis L.C.T.), cumpliendo de esta forma el recaudo de la “transitoriedad”, en modo razonable.

Sin embargo, se produjo la prórroga de los plazos por sucesivos decretos de necesidad y urgencia (D.N.U N° 487/2020 B.O 19/5/20; D.N.U 624/2020 B.O 29/7/20; y a la fecha por el N° 761/20 B.O. 24/9/2020. El último DNU 761/20 por el cual la prohibición se extiende hasta el 30/11/20, a la fecha de este trabajo.

Ello, necesariamente, nos lleva a analizar si el fin perseguido por la norma de carácter excepcional se cumple, teniendo en cuenta otras variables necesarias para verificar si pasaría un test de razonabilidad.

Conforme el INDEC, la tasa de desocupación se incrementó en el segundo trimestre del 2020 a un 13,1% (www.indec.gob.ar); al mes julio de 2020 alrededor de 42.000 pymes cerraron sus puertas, lo que evidencia que las ayudas económicas brindadas por el Gobierno Nacional no fueron lo suficiente para impedir la pérdida de las fuentes de trabajo. El Dr. Ricardo Orlando ⁴, en el análisis del DNU 624/2020 que extendió la prohibición de los despidos hasta el 27/09/20, expresó: “En el esquema gubernamental, la emergencia sanitaria generada por una pandemia fue el fundamente

madre de estas medidas. Sin embargo, el tiempo transcurrido (más de cuatro meses) y la cantidad de puestos de trabajo perdidos por los cierres de centenares de pymes y minipymes hablan bien a las claras de que la prohibición no ha surtido los efectos esperados; **no hace falta impedir los despidos, ya que estos se dan por el mismo cierre de los establecimientos**. Pareciera que no se ha tenido en cuenta que la pandemia – y su consecuencia directa, la cuarentena- afecta no solo al trabajador, sino también al empleador, por lo cual todas las medidas a tomar deberían considerar dicha ecuación.” Si bien como señalamos, la transitoriedad de la prohibición, al disponerla por sesenta días lucía razonable por tratarse de una emergencia nunca antes vivida por nuestra sociedad, la ecuación entre el medio elegido con el fin perseguido hacía que se mitigara el cercenamiento de derechos reconocidos constitucionalmente.

La extensión en el tiempo por más de ocho meses, rompe el delicado equilibrio que corresponde mantener entre los derechos de raigambre constitucional, por cuanto atenta

⁴<https://blog.errepar.com/dnu-analisis-despidos>

contra la facultad de contratar, organizar y dirigir de los empleadores, viola la garantía de la libertad de comercio e industria y el derecho de propiedad (art. 14, 14 bis, 17, 28 C.N.). Retomando, el principio de limitación podemos colegir que cuando el Estado por vía reglamentaria acota o restringe un derecho no debería suprimirlo y si frente a una situación grave y excepcional como ocurre con la pandemia, la emergencia habilita a tomar medidas extremas, debe cuidar la temporalidad y verificar si los fines u objetivos tenidos en cuenta para tomarla efectivamente se cumplen. De modo tal que, verificado fácticamente el incumplimiento de los fines considerados, se produce la vulneración del denominado sub principio de razonabilidad.

CONCLUSIÓN

Luego de analizado el DNU 329/2020, me permite concluir que el Poder Ejecutivo Nacional al dictar la prohibición de los despidos por el término de sesenta días, perseguía fines legítimos, utilizó un medio razonable, como fue la norma en cuestión, fue proporcional al fin buscado, como fue evitar la pérdida de la fuente de trabajo y el salario de los trabajadores. Sin embargo, la prórroga de la estabilidad propia generada por el dictado de sucesivos decretos, sumado al incremento del índice de desocupación y el cierre de las fuentes de trabajo, podría impedir sortear el test de razonabilidad, tanto por el exceso de la temporalidad como por el incumplimiento de los fines propuestos.

Por otra parte, continúa vigente la duplicación impuesta para los despidos incausados por el DNU 34/2019 y su prórroga por el 528/20, la que se extiende, en principio, hasta el 10/12/20, de modo que los trabajadores cuentan con una norma que los protege en aras de conservar sus trabajos y resulta un agravamiento considerable a los empleadores que decidan prescindir de ellos.

Mendoza, 08 de octubre de 2020.-

*Juez de la Segunda Cámara del Trabajo de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia de Mendoza. Magister en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales Internacionales (UNTREF). Doctorando en Derecho del Trabajo (UNTREF). Docente de grado. Titular Asociada en la Cátedra de Derecho Laboral (FCEJ- UDA), Docente en Maestría en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales Internacionales (UNTREF). Docente de Posgrado en UCA. Docente en Maestría de Derecho Empresario (Universidad Católica de Cuyo- Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de San Juan). Jurado y Director de Tesis de la Maestría en Derecho Empresario. Docente en Posgrado de Psicología Laboral (Facultad de Filosofía- UNCuyo). Director y jurado de tesis en Maestría en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales Internacionales (UNTREF). Miembro Titular del Consejo de la Magistratura (2010/2011). Jurado en el Consejo de la Magistratura de San Luis (2017) Integrante de la Comisión Asesora en materia laboral por las Facultades de Derecho ante el Consejo de la Magistratura (2017/2018). Coautora del Código Procesal Laboral, Ed. La Ley. Coautora del Manual de Derecho Laboral. Directora del Código Procesal Laboral de la Provincia de Mendoza, mod ley 9.109. de. ASC (2018). Autora de ponencias en la materia. Disertante en Congresos de Derecho Laboral. Miembro de la

Comisión Directiva de la Asociación de Magistrados de Mendoza 2019-2021.