

COMENTARIOS SOBRE LA PROHIBICION DE DESPEDIR

(DNU 329/20 – DNU 487/20)

En su inmortal obra “Leviatán”, Thomas Hobbes representó con dicho monstruo bíblico al Estado como una entidad necesaria y absoluta para evitar la aparición de la guerra civil y la anarquía representada por la figura de otro monstruo bíblico: Behemot. Hobbes estaba convencido de que el Estado fue creado por la humanidad para lograr la propia conservación y así evitar el regreso a una situación primitiva en la cual el hombre es un lobo para el hombre. Por ello, para el autor inglés, lo que se le entrega al Estado nunca es devuelto. Son los propios hombres quienes, en forma voluntaria, sacrifican su libertad y la ofrecen al Estado, como si de una entidad divina se tratase. Ese enorme sacrificio debería asegurar la paz social y la existencia de un mañana mejor para la sociedad.

En tiempos en que la confusión y el temor son protagonistas, tal como en la actual situación de pandemia mundial declarada por la Organización Mundial de la Salud, es innegable que la libertad puede verse seriamente afectada. En nuestro país asistimos a un compulsivo dictado de Decretos de Necesidad de Urgencia, el cual, ante la ausencia del Congreso Nacional y del Poder Judicial, puede culminar en una vulneración a derechos y libertades protegidas por nuestra Carta Magna (derecho a la libertad de circulación, derecho de reunión, derecho al comercio, por ejemplo). Siguiendo al Dr. Carlos María Bidegain, los requisitos que señala la doctrina para la viabilidad de los DNU son la existencia una situación de real necesidad y urgencia que no admita las demoras que exige el proceso legislativo y que, dichos decretos, fueran puestos en conocimiento del Congreso, quien cuenta con la potestad de hacer cesar sus efectos.

Es necesario recordar que, hace pocas semanas, la Justicia Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal confirmó la constitucionalidad del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 297 manifestando que, mediante el mismo, se *“busca fines legítimos y si los medios utilizados para esos fines son razonables dentro de los mecanismos con los que cuenta la autoridad cuando limita derechos individuales (Arts. 14, 18, 19, 28 y 33 de la C.N.)”*. Los magistrados firmantes del fallo afirmaron que el DNU dispone una restricción a la libertad ambulatoria y al

derecho de reunión, pero que la medida adoptada -aislamiento social- es la única herramienta que se tiene ante la ausencia de otros recursos médicos que impidan la propagación de la enfermedad.

En esa tesitura, los jueces explicaron lo siguiente: “ante la ausencia de un tratamiento antiviral efectivo, ni con vacunas que prevengan el virus, las medidas de aislamiento y distanciamiento social obligatorio revisten un rol de vital importancia para hacer frente a la situación epidemiológica y mitigar el impacto sanitario del COVID-19”.

En el otro extremo, un Juzgado en lo Contencioso Administrativo de Dolores rechazó una medida cautelar presentada por el Diputado bonaerense Luciano Bugallo, que pretendía suspender el tributo extraordinario a inmuebles rurales creado por el Municipio de Castelli para afrontar la pandemia del Coronavirus. Dicha medida cautelar fue rechazada con el argumento de que “a) el derecho invocado debe ser verosímil en relación con el objeto del proceso; b) debe existir la posibilidad de sufrir, por quien introduce el planteo cautelar, un perjuicio inminente o el agravamiento de una determinada situación de hecho o de derecho y c) la tutela requerida no debe afectar gravemente el interés público. Estos recaudos informan y delimitan el contenido valorativo que debe seguir todo juez para otorgar la tutela precautoria, exigiendo una mayor o menor presencia de los presupuestos legalmente establecidos, empero, sin llegar a justificar la total prescindencia de cada cual”.

El Juzgado de Dolores aclaró en dicho fallo que “el análisis de los recaudos del despacho precautorio debe ser aún más estricto en materias que, como la presente, se vinculan con la necesidad estatal de percibir sus recursos ordinarios en la forma y oportunidad establecida por la ley”. La voracidad fiscal se confirma con estas palabras del magistrado quien, además, impuso las costas al peticionario.

Analizando las jerarquías utilizadas en los fallos mencionados, encontramos que la primera resolución encuentra fundamento en la necesidad urgente de preservar la salud y el orden público para limitar la libertad de los ciudadanos de circular. La segunda sentencia considera que a) no están dados los recaudos para otorgar la medida cautelar y b) la necesidad de recaudar del Estado es superior a la supuesta urgencia de la medida solicitada.

Ahora bien, desde el punto de vista del derecho laboral, no hay dudas de que la libertad se ha visto afectada. El día 19 de mayo de 2020, mediante el DNU N° 487/20, el Gobierno Nacional ha

extendido por 60 días más la prohibición establecida en el DNU 329/20. De esta manera permanecen prohibidos los despidos sin causa justificada (art. 245 LCT), los despidos por causas de fuerza mayor y los despidos por falta o reducción de trabajo no atribuible al empleador (art. 247 LCT), las suspensiones por causas de fuerza mayor (art. 221 LCT) y las suspensiones por falta o reducción de trabajo no imputable al empleador (art. 220 de la LCT). Al igual que en el decreto original, la nueva resolución establece que las únicas suspensiones que se permitirán son las incluidas en el art. 223 bis de la LCT.

Nos referiremos, en este caso, solo a la prohibición de despedir.

A pesar de que el nuestro es un sistema laboral protectorio, debemos resaltar que, de todos modos, la ley de contrato de trabajo otorga al empleador el derecho de despedir sin causa al trabajador. Dicha sanción incluye la carga para la parte empresaria de abonar, en tiempo y forma, las correspondientes indemnizaciones de ley al empleado despedido. Es posible que nuestro Poder Ejecutivo, confiando en evitar una debacle económica en el corto plazo, haya decidido restringir por tiempo limitado la potestad legal del empleador de finalizar el contrato de trabajo solo con dicho objeto. El precio a pagar es la subyugación de la potestad otorgada al empleador por el art. 245 LCT.

Recordemos que en diciembre de 2019 el PEN mediante DNU 34/19 estableció una doble indemnización para el caso de despidos sin causa con motivo de la “emergencia ocupacional” por el plazo de 180 días. Con los DNU 329/20 y 487/20 han quedado prohibidos la clase de despidos a los que resultaría aplicable la doble indemnización. Estos decretos contienen nuevas restricciones a la libertad. La imposición de una estabilidad reforzada laboral en el sector privado, aunque sea una medida temporal por parte del Estado, afecta tanto el derecho a la libertad de contratar como al derecho de propiedad, derechos protegidos por la Carta Magna de nuestro país. Es necesario agregar que el reciente DNU 487/20 ha confirmado que, en caso de producirse despidos y suspensiones que contradigan los términos de la prohibición incluida en dicho decreto, los mismos no tendrán efecto por lo que las relaciones laborales existentes y sus condiciones actuales se mantendrán vigentes.

Ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el año 2018 en el fallo “Procuración del Tesoro Nacional c. (nulidad del laudo del 20-III-09) s. recurso directo”: “el derecho argentino

tutela tanto la libertad de contratar, que es un aspecto de la autonomía personal, como la de configurar el contenido del contrato, que es un supuesto del derecho a ejercer industria lícita. Esta formulación es consistente con la clásica jurisprudencia de esta Corte, canónicamente enunciada en el precedente "Bourdieu", según la cual el artículo 17 de la Constitución Nacional protege "todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad" y que "todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de derecho privado sea que nazca de actos administrativos (derechos subjetivos privados o públicos) integra el concepto constitucional de "propiedad".

Por supuesto que la ley no puede prohibir una acción en forma literal, aunque el texto mismo de la norma así lo exprese. De ser así, los delitos y contravenciones habrían desaparecido del obrar humano. En la ley se encuentran los elementos para reprimir al infractor. ¿Cómo instrumentar esta prohibición de despedir? Veamos un ejemplo muy reciente:

El Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo N° 20 a cargo de la Dra. Ana Barilaro en los autos "Pragana, Matías c. Goliardos S.R.L. s/ medida cautelar" hizo lugar al pedido del accionante (quien solicitó la aplicación de una medida cautelar) y ordenó su reincorporación a su puesto de trabajo en la empresa demandada. Los argumentos de la magistrada son coherentes con el espíritu del derecho laboral argentino actual. Dijo la jueza en su fallo que el modo de extinción del contrato se encontraba vedado en el art. 2° del DNU 329/20 y que el carácter recepticio de la notificación implicaría que el distracto operó en el momento en que el telegrama llegó a la esfera de conocimiento del destinatario. Establece que la estabilidad reforzada por el DNU se encontraba adquirida por el accionante al momento de la notificación del distracto sin causa.

Agrega la jueza que "expresamente la norma dictada por el Poder Ejecutivo ha previsto con precisión los alcances de la prohibición vedando expresamente los despidos "sin justa causa y por las causales de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor". El fallo referido menciona que la C.S.J.N. sostuvo que las facultades para dictar un DNU son admitidas en condiciones de rigurosa excepcionalidad para limitar y no para ampliar el sistema presidencialista. También menciona la jueza los requisitos necesarios para la viabilidad de los decretos, los que han mencionados más arriba en esta nota.

La magistrada, indicó que en el caso referido “no se ha cuestionado ni se tacha la valía del DNU en que se sustenta la acción. Se trata, simplemente, de determinar los alcances de su interpretación en el prieto margen que permite la medida cautelar”. Al hacer lugar a la medida cautelar solicitada por el accionante, la jueza de primera instancia ordenó la reinstalación del actor en su puesto de trabajo y, con criterio lógico y restrictivo, no se expresó de oficio sobre la constitucionalidad del DNU 329/20. Para asegurar el cumplimiento de la manda judicial, en la sentencia, se advirtió a la demandada que sería pasible de aplicación de astreintes y de ordenar la remisión del expediente a la Justicia de Instrucción por la posible comisión de un delito tipificado por el Código Penal en caso de no acatar lo ordenado por el tribunal.

No se ha mencionado ni intimado en la sentencia de autos al GCBA. El actor se desempeña como guía turístico en el Teatro Colón a través de la empresa Goliardos S.R.L. y el sistema de tercerización es harto utilizado por el Estado y el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. El propio Leviatán contrata personal a través de otra empresa logrando, en forma paradójal, no comprometerse con aquellas normas que impone al sector privado. No es casual que la empresa demandada en el caso de ejemplo sea una S.R.L. dedicada al turismo, actividad que se ha visto muy golpeada con la cuarentena y las demás limitaciones conocidas impuestas por el Estado.

A principios de mayo, en el caso "Villalba c/ Proveedora Los Estudiantes S.R.L. s/ Amparo" el Tribunal de Trabajo nº 4 de La Plata hizo lugar a una medida cautelar solicitada y ordenó a la empresa "Proveedora Los Estudiantes SRL" reincorporar a una trabajadora de limpieza que había sido despedida pocos días antes de que finalice su periodo de prueba. La parte actora solicitó a los jueces que se declare la nulidad del despido por haberse hecho en violación al Decreto 329/20 y que se ordene a la demandada proveer tareas. Según la accionante, el día 28 de abril de 2020, en el colegio donde brindaba tareas, fue notificada mediante nota simple que se prescindía de sus servicios laborales por no alcanzar los objetivos esperados en su periodo de prueba. Hay elementos particulares para considerar en este caso, pero el argumento principal esgrimido por la reclamante es que el distracto ocurrió durante la vigencia del DNU 329/20. Al hacer lugar a la medida cautelar, los magistrados parecen haber incluido una prohibición que no estaba contemplada en el decreto original y sobre la cual, hasta este fallo, no existía zona gris. Si bien el tribunal aclaró que aún debe pronunciarse sobre el fondo de la cuestión debatida en autos, esta resolución anularía el derecho a despedir sin expresión de causa durante el periodo de

prueba que otorga el art 92 bis de la Ley de Contrato de Trabajo. En este caso, también se apercibió al demandado con la imposición de astreintes en caso de no cumplir con la resolución.

Lo extraordinario de la situación de emergencia sanitaria actual afecta también al empleador, no solo a los empleados. No parece que se haya considerado que la amenaza de un daño económico y posibles (y muy discutibles) consecuencias penales serían insuficientes para que las empresas acaten medidas como las ordenadas por el Juzgado del Trabajo N° 20 y el Tribunal del Trabajo N° 4 de La Plata. No hace mucho se reveló que el Centro de Economía Política Argentina (CEPA), luego de relevar 154 casos, detectó que 309.672 trabajadores, en su mayoría del sector privado, se vieron afectados. Resulta llamativo que dichos despidos ocurrieran en abril de 2020, justo después de haberse firmado el decreto 329/2020 que prohíbe los despidos sin causa y las suspensiones.

Con independencia de las ayudas económicas que el Gobierno Nacional pueda instrumentar a través del novedoso programa de ayuda a empleadores denominado ATP, las limitaciones estatales a la libertad del sector privado de dirigir sus negocios pueden tener consecuencias indeseables. Atentar contra el derecho del empleador de rescindir el contrato de trabajo sin invocación de causa es, no solo un golpe a la producción, sino una potencial sentencia de muerte para muchas PyMes de la Republica. Esas pequeñas empresas mantienen la economía viva, generando puestos de trabajo y creando riqueza. La libertad de contratar y de llevar adelante el negocio privado no es una facultad que los ciudadanos hayan entregado voluntariamente al Estado. Sin embargo, en la Argentina, se ha normalizado durante años el avance del poder estatal sobre el sector productivo afectando las decisiones que, por sentido común, le corresponden a dicho sector. Argentina tiene una de las legislaciones laborales más rígidas del mundo. Altísimos impuestos se combinan con costos de despido y sentencias judiciales muy adversas que incluyen tasas de interés que no coinciden con la realidad productiva actual del país.

La actividad económica y la libertad para generar riqueza son esenciales para el desarrollo de una nación. La historia nos enseña que los intentos de limitar en este aspecto al sector privado han resultado desastrosos. Es posible que la constitucionalidad del DNU 329/20 sea confirmada por la C.S.J.N. ¿Puede la emergencia sanitaria –inédita- ser la justificación para avasallar derechos constitucionales fundamentales? ¿Puede ser justificable este avance sobre las libertades si es solo por un tiempo limitado? ¿Es la duración de la medida extraordinaria el standard que deberá

considerar el más alto tribunal para expedirse sobre su validez en caso que la misma sea cuestionada? Buscar respuestas a dichas preguntas confirmaría que es aceptable deslegitimar la libertad otorgada por la Ley de Contrato de Trabajo a la parte empleadora de terminar sin causa con el contrato de trabajo.

Desde la práctica todo parece indicar que las empresas decidirán, con su actuar, si estas normas de emergencia resultan eficientes o no. Ante la amenazante perspectiva del cierre definitivo de sus negocios, recurrir al concurso de acreedores o a la quiebra serán posibles salidas legales para que los empleadores reduzcan un casi inevitable daño económico. En ese caso, potenciales y duras sentencias del fuero del trabajo confirmando la validez del DNU verán limitada e incluso frustrada su ejecución por un proceso concursal o de liquidación. El sector productivo sufrirá, una vez más, la sanción de la víctima.

Los pueblos antiguos llegaron a una conclusión religiosa muy sofisticada pero cuya validez es indiscutible hoy día: un sacrificio implica una renuncia a un bien o beneficio del presente con miras al futuro. Las expiaciones del hoy se toman intentando asegurar un mañana mejor. Desde lo laboral, no quedan dudas de que será el sector empresarial el que intentará evitar una potencial debacle realizando los sacrificios económicos necesarios. Será un desafío que, a su vez, logren cumplir las durísimas medidas impuestas por Leviatán para quien, someterse a sacrificios, no resulta una opción.



Luis Montenegro

MontenegroL@eof.com.ar