



PROPUESTA PARA LA EMERGENCIA SOCIAL: ANTE LA DISCUSIÓN SOBRE LA REDUCCIÓN DE LA TARIFA INDEMNIZATORIA DEL DESPIDO.

Por Observatorio del Derecho Social.

A) SITUACIÓN

La sanción de la ley 25561 de emergencia económica en enero de 2002 fue consecuencia directa de la crisis que precedió y sucedió la rebelión popular del 19 y 20 de diciembre del 2001. En ese sentido se innovó respecto a los regímenes de excepción que caracterizaron a los gobiernos democráticos desde 1983 en adelante. Esta vez, se intentó paliar la consecuencia “social” de la emergencia.-

Ese fue el sentido del art. 16. Se recurrió a “la suspensión de los despidos” (muy cuestionado por la doctrina posterior) acompañada por el agravamiento del 100% de la indemnización por antigüedad. Sucesivos decretos del Poder Ejecutivo Nacional (P.E.N.), fueron disminuyendo dicho porcentual hasta la sanción de la ley 25.972 y el decreto 1433 que atan la suerte de la indemnización agravada a la tasa de desocupación, entendiéndose que una vez que sea inferior a un dígito se debería volver a la “indemnización simple” del art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo (L.C.T.).

La publicación de los datos del mercado laboral correspondiente al 4º trimestre del 2006, que en una de sus mediciones arroja una desocupación del 8,7%, “ha sido presentada como un logro histórico de la actual gestión de gobierno”. El Ministro de Trabajo lo ha manifestado en conferencia de prensa, anunciando que cumplirá los compromisos asumidos por la ley y por ende determinará por vía reglamentaria la disminución de la indemnización por despido y el regreso a la dimensión legislativa originaria.-

En la reunión que se mantuvo con el Ministro Carlos Tomada, la Mesa Nacional de la CTA le hizo llegar su posición al respecto. Le manifestó los fundados temores de los efectos que puede generar dicha disminución sobre los trabajadores de las empresas multinacionales y de servicios.

En efecto, estas suelen utilizar el despido como técnica de reducción de costos para luego absorber la mano de obra por vía de las empresas terciarizadas,

fuera de los alcances directos del convenio colectivo de trabajo de la actividad, o aplicando, en algunos casos *contra-leguem* otros convenios de condiciones menos favorables al trabajador.-

Mas allá de las objeciones que merecen las tasas básicas del mercado laboral y las estimaciones de los trabajadores comprendidos en la misma “...**no se puede asociar la emergencia social solo con el descenso en el indicador de la desocupación**” ([Ver informe IDEF “Desempleo de 1 dígito y final de la emergencia laboral y social” Marzo 2007](#)). Aún cuestionando la decisión anunciada por el PEN de cumplir dicho compromiso y dar por terminada la indemnización agravada, lo que no ha cesado es la “emergencia social” y por ende se puede dar otro tratamiento normativo distinto al remedio que se intentó en el 2002.-

B) FACULTADES DEL PEN A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA

El Poder Ejecutivo puede instrumentar mecanismos que eviten las consecuencias del abaratamiento del despido. Su potestad no fue enervada por la jurisprudencia que diera lugar dicha indemnización.

Se ha dicho que es “...uno de los modos posibles de reglamentación del derecho constitucional a la protección contra el despido arbitrario...”.*CNAT “Aiello, Rubén c/ Fundación Universitaria Argentina Santa María de los Buenos Aires s/ despido”* (Del voto del Dr. Oscar Zas).

Según criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (C.S.J.N.) es facultad de Poder Legislativo, en cumplimiento del deber constitucional del Estado, asegurar la protección contra el despido arbitrario (art. 14 bis de la CN), establecer las bases jurídicas que reglamentan las relaciones de trabajo y las consecuencias que se derivan de la ruptura del contrato laboral, sin que los jueces se hallen facultados para decidir sobre el mérito o conveniencia de la legislación sobre la materia (Fallos 238:60 y sus citas; “Villarreal, Adolfo c/ Roemmers” 10/12/97 DT 1998-A-515, citado en *Parra Vera, Máxima c/ San Timoteo S.A. Sala V, C.N.A.T.* Del voto de la Dra. García Margalejo).

También se ha interpretado que “El fin del legislador al sancionar la ley 25561 de emergencia pública fue paliar la crisis en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria (art. 1), marco de discrecionalidad dentro del cual evidentemente se previó la protección de los derechos del trabajador (art. 16), pilar fundamental del desarrollo y equilibrio de la sociedad, y en tanto es criterio de la CSJN que ante situaciones de gravedad puede intervenir en el orden patrimonial limitando los derechos en el tiempo, para asegurar la protección de la comunidad y el restablecimiento del tráfico normal de las relaciones en la sociedad que el sistema político requiere (Fallos 313:2; 1530, entre otros), en consecuencia la doble indemnización prevista por el art. 16 de la ley 25561 no es irrazonable. Con ello se está salvaguardando **la garantía constitucional contra el despido arbitrario (art. 14 CN), la cual ante la emergencia debe prevalecer por sobre el derecho de propiedad del empleador (art. 17 CN), por ser el primero el más débil de la relación laboral y sustento de la familia, que es la base fundamental de la sociedad** (*CNAT Sala IX Expte. nº 6425/03 sent. 11488 13/5/04 “Cordero, Valentina c/*

Fundación Favaloro para la Docencia e Investigación Médica s/ despido" (B.-P.-).

C) LA ESTABILIDAD COMO DERECHO FUNDAMENTAL

Tal como dijéramos en "Tiempo de Derechos" entendemos a la estabilidad como "un derecho fundamental —el de estabilidad verdadera— que tiene el trabajador 'como persona' en el ámbito de trabajo, además de los *específicamente laborales* como los de índole colectiva y de canalización individual. Nuestro planteo sostiene la necesidad de repensar la relevancia que el despido tiene sobre los derechos o sobre la posición subjetiva del trabajador y su derecho fundamental a un puesto de trabajo, que es, asimismo, la base de sustentación que hace posible ejercer los demás derechos humanos inespecíficos.

Con ello, intentamos provocar reflexiones tendientes a un cambio cultural sobre la problemática del derecho a la estabilidad y sobre la protección contra el despido arbitrario, sin justa causa o *ad nutum*."

En esa orientación, se hace necesario que el Congreso Nacional ratifique el convenio 158 de la OIT, que justamente intenta que los Estados miembros adopten una legislación que permita la protección contra el despido "represalia" para lograr formas de estabilidad que vinculen el despido a causas justificadas.-

Los avances significativos de la jurisprudencia en materia de despido discriminatorio van en sentido de la reparación integral del daño nulificando la decisión del empleador ("Balaguer, Catalina Teresa c/ Pepsico de Argentina S.R.L. s/ juicio sumarísimo" Sala VI y "Parra Vera, Máxima c/ San Timoteo S.A." Sala V, CNAT).

D) LA PROCEDIMENTALIZACIÓN DEL DESPIDO DURANTE LA EMERGENCIA

Lo antedicho e independientemente de las posturas de la doctrina respecto a la estabilidad y al mandato constitucional de "protección contra el despido arbitrario", lo cierto es que al continuar la emergencia social el P.E.N. tiene facultades excepcionales de dictar normas tendientes a la protección del empleo y por ende a intervenir para preservar el carácter indeterminado de los contratos de trabajo vigentes.-

La disminución del porcentual de "procedimientos de crisis" de acuerdo a estadísticas del Ministerio de Trabajo y de nuestro Observatorio (ver informe "Informe de Negociación Colectiva 2006" pag. 9 en www.observatoriocta.org.ar), hace pensar que la creación de empleo y la reactivación han reducido sustancialmente los despidos por causas económicas.

Sin embargo la práctica verifica que dichos procedimientos son eludidos por las empresas que recurren a otras figuras como el mutuo consentimiento (art. 241 LCT) o los denominados "retiros voluntarios" que, mayoritariamente, se tratan

de verdaderos despidos encubiertos. Los acuerdos individuales registrados pueden adolecer de vicios en la voluntad del trabajador condicionado por su estado de necesidad; la jurisprudencia lo corrobora en las diferencias indemnizatorias para trabajadores despedidos durante la emergencia económica y social, a pesar que el Ministerio de Trabajo había homologado los respectivos acuerdos de desvinculación laboral ("Fuentes, Américo Damián y otros c/ Peugeot Citröen Argentina S.A. s/ Despido", CNAT, Sala VII, Expte. n° 3.287/03, Sentencia n° 39.411, de fecha 18/07/2006; "Procino, Miguel y otros c/ Peugeot Citröen Argentina S.A. s/ Despido", CNAT, Sala VIII, Expte. n° 3.256/03, Sentencia n° 33216 de fecha 28/04/2006; "Vivas, Miguel Ángel c/ Peugeot Citröen Argentina S.A. s/ Despido", CNAT, Sala V, Expte. n° 5.047/03, Sentencia n° 68441 de fecha 19/05/2006)

Al sancionarse dicha emergencia social se recurrió también a un sistema de extensión de los procedimientos de crisis previstos por la ley 24.013 y su decreto reglamentario 2072/94. Nos referimos a los decretos 264/02 y 265/02. Por lo tanto se generó una negociación colectiva de emergencia tendiente a preservar los puestos de trabajo.-

Pero dicho plexo normativo adoleció del defecto que una vez consumado el procedimiento, se haya o no probada la crisis alegada, y sin que las partes hayan arribado a un acuerdo (en general despidos o suspensiones previstos por la empresa en crisis) habilitaba al empleador para despedir libremente abonando las indemnizaciones (art. 247 o 245 de la LCT).

Las intenciones del legislador fueron poner limite a los despidos masivos que se provocaron a raíz de la profunda crisis, a tal punto que en los considerandos recurre a un criterio que después no repite en el articulado: "Que a ese fin, es de aplicación el procedimiento preventivo de crisis de empresas establecido por la Ley N° 24.013 y sus reglamentaciones, disponiendo que en caso de omitirse su sustanciación se proceda al mantenimiento de la relación de trabajo y al pago de los salarios caídos, conforme lo prescribe el segundo párrafo del artículo 104 de la Ley citada".

Este criterio se modifica luego en el art. 7º —"En caso de incumplimiento a lo dispuesto en el artículo 104 de la Ley N° 24.013, la autoridad administrativa del trabajo intimará, previa audiencia de partes, el cese inmediato de los despidos y/o suspensiones, a fin de velar por el mantenimiento de la relación de trabajo y el pago de los salarios caídos, conforme lo establecido por el mencionado ordenamiento".

Es decir que la autoridad de aplicación carece de facultades más allá de las multas por incumplimiento a la intimación. Las facultades que enuncia en los considerandos: "se proceda al mantenimiento de la relación de trabajo...", se traduce en la redacción del art. 7 con la intimación de "... el cese inmediato de los despidos a fin de velar por el mantenimiento de la relación de trabajo".

Lo que parecía en los considerandos un criterio preventivo termina siendo en el texto normativo reparatorio y posterior a la extinción del vinculo. El Poder

Ejecutivo, no obstante lo agravado de la crisis no se atrevió a cuestionar el poder de dirección empresarial y su facultad de despedir libremente.-

El procedimiento adolece entonces de facultades coercitivas por parte de la administración, y carece de la posibilidad de arribo a la jurisdicción, que impida el despido por causas económicas o por falta o disminución de trabajo, sin prueba fehaciente de la causas de la crisis de la empresa. No se trata entonces de una propuesta de despido o de suspensiones, sujeto a la existencia de una crisis y/o falta o disminución de trabajo, sino solo de la obligación de someterse al procedimiento, y una vez finalizado recobra las facultades plenas de despedir unilateralmente con o sin causa, pagando o no las indemnizaciones.-

E) LA PROPUESTA EN SÍ

La nueva normativa que reglamente la Ley de Emergencia, a raíz de la publicación de la nueva tasa de desocupación, debería establecer normas tendientes a la protección del puesto de trabajo *ex ante*, otorgando facultades al sujeto colectivo para la defensa, en su condición de representante promiscuo.

Por lo tanto, entendemos que los procedimientos obligatorios establecidos en el decreto 264, basados en la emergencia social, que prevén un mecanismo de procedimentalización del despido deben continuar, y por ende, no debe cesar el control objetivo de la desvinculación de la relación laboral. En tal sentido proponemos:

- a) Que permita declaración de nulidad de los despidos producidos sin recurrir al procedimiento allí establecido.-
- b) Que el procedimiento solo concluya por convenio de partes o cuando la administración se expida sobre la crisis y sobre la propuesta efectuada por la empresa en un plazo determinado.-
- c) Que la resolución de la administración que entiende que la empresa se encuentra en crisis, o por el contrario entienda negativamente, pueda ser apelada por las partes por ante la CNAT.

Esta propuesta es sólo para los trabajadores con empleo pero la emergencia social no esta referida sólo a ellos sino también y -más que nada- a los que no lo tienen, o lo poseen precariamente.

Se hace imprescindible entonces, mientras dure la emergencia social, además del aumento paulatino del salario mínimo, vital y móvil (ver al respecto nuestro documento "El marco de la negociación salarial: el rol del salario mínimo y el salario convencional en una política de ingresos" en www.observatorioocta.org.ar Boletín Electrónico año 01 n° 07).

- a) verdadero seguro de empleo y formación para todos los jefes o jefas de hogar desocupados;

b) asignación universal por hijo para todos, que se articulen con el chequeo sanitario durante los primeros años de vida y la participación en el ciclo escolar durante el resto;

c) generalización de la Ayuda Escolar Anual;

d) asignación universal para todos los mayores excluidos de la seguridad social equivalente a un nuevo valor del haber mínimo e incremento en el resto de las prestaciones previsionales.

Es necesario que este tipo de medidas tenga un ámbito de debate que permita a los actores sociales tener la posibilidad de canalización de sus iniciativas, sin perjuicio de la que ya posee por el Congreso Nacional.

El Sr. Ministro pidió colaboración a fin de poder elaborar las normas que reglamenten la emergencia social, creemos que este es un modesto aporte que junto al de otros actores seguramente pueden completar las medidas a raíz de la modificación de las tasas de desempleo.-