

Publico en www.relats.org

DESPIDOS, SUSPENSIONES O MODIFICACIONES DE CONDICIONES DE TRABAJO DURANTE LA EMERGENCIA DEL CORONAVIRUS

Guillermo Gianibelli

Buenos Aires, 30 marzo 2020

La declaración de pandemia por el Covid-19 fue precipitando, de manera global, distintas decisiones gubernamentales, entre ellas las de “cuarentena” o aislamiento obligatorio. Ello determina, por cierto, efectos sobre la actividad económica y las relaciones de trabajo. Es preciso, entonces, analizar estos últimos, en particular en relación a las normas aplicables y, sobre todo, en el contexto de la emergencia en que ocurren.

Puede parecer irremediable ubicar la situación derivada del aislamiento obligatorio en la hipótesis del art. 221 de la LCT y, en consecuencia, los empleadores acudir al instituto de la suspensión por fuerza mayor, con reducción o suspensión de salarios según apliquen la norma del art. 223 bis LCT. En una continuidad o agravamiento de la situación planteada, incluso, podría pensarse en la invocación del art. 247 LCT, que habilitaría al despido fundado en aquella causal, con reducción indemnizatoria.

Por supuesto que cada una de dichas decisiones deberían, con carácter previo, pasar por los procedimientos administrativos, con intervención de la representación sindical, previstos por las normas aplicables: art. 98 Ley 24.013 (Procedimiento Preventivo de Crisis) o Decreto 328/88 (según Decreto 265/02), según se alcancen o no los mínimos en relación a la cantidad de trabajadores afectados.

Se podría aludir, en cuanto a la obligación contenida en las normas citadas en el párrafo anterior, que la propia situación declarada por el Decreto 297/20 impediría dar cumplimiento, en la práctica, con dicho procedimiento. Sin embargo, siendo que no se ha dispuesto la suspensión expresa del mismo, ni siquiera de los procedimientos administrativos en el marco de la emergencia, correspondería dar cumplimiento previo al régimen legal y reglamentario indicado. En tal sentido obsérvese que el Decreto 298/20, relativo a la aplicación de la Ley de Procedimientos Administrativos y su Reglamentación en el marco de la emergencia, **no suspende el procedimiento** como tal sino sólo el curso de los plazos (art. 1ro.) y en ningún caso cuando se refieran a trámites administrativos relativos a la emergencia declarada por la Ley N° 27.541, ampliada por el Decreto N° 260 del 12 de marzo de 2020 y sus normas modificatorias y complementarias (art. 2do.). Por lo demás se encuentra operativo el denominado “TAD” (Trámite a Distancia) a través del cual la administración procesa las presentaciones que sean menester. Si bien el impedimento transitorio a la circulación no permitirá la convocatoria a audiencia (art. 100 Ley 24.013), en tanto la autoridad administrativa deberá, antes de abrir el procedimiento, examinar la procedencia de la petición

(art. 5to. Decreto 265/02), la audiencia prevista por el art. 100 de la Ley de Empleo puede suplirse con el traslado a la asociación sindical, intimándose en su caso al empleador al cese inmediato de las medidas que se hubiesen adoptado con carácter previo al procedimiento (arts. 104 Ley 24.013, arts. 6 y 7 Decreto 265/02). En tal sentido es necesario tener presente que, según el art. 8vo. del Decreto 265/02, el inicio del procedimiento preventivo de crisis no habilita por sí la procedencia de despidos ni la aplicación de la indemnización reducida de los artículos 247 de la LCT¹.

Por supuesto que en todos los casos será requisito el que se demuestre no sólo la situación de fuerza mayor sino que ello determina la medida que se pretenda. A tal fin debe también tenerse en consideración que la presentación debe acompañarse con los **estados contables correspondientes a los últimos tres años** (art. 3.g) decreto 265/02) con lo que se descarta que la situación, aún imprevista y sobreviniente, pueda justificar una decisión de suspensiones o despidos a escasos 15 días del inicio del aislamiento obligatorio, como están intentando algunas empresas, no precisamente pequeñas y medianas.

Sin embargo, y aún en la posibilidad de tramitarse los procedimientos de carácter administrativos y colectivos previstos por las normas indicadas, lo que aquí interesa es examinar si en razón de la emergencia, y con apoyo en las normas dictadas en su consecuencia, como en el marco más general de protección contra el despido

¹ Lo que determinaría la nulidad de dichas medidas y la procedencia de una medida cautelar de suspensión de sus efectos (Cf. CNAT, Sala X, “Barreto, V. c/ Industrias Lear”; ídem Sala V “Sindicato de Prensa de Buenos Aires (SIPREBA) c/ TELAM”).

arbitrario, es posible argumentar la limitación de los despidos o suspensiones fundadas en las causales de fuerza mayor o falta o disminución de trabajo que a su vez se fundan en la situación generada por la pandemia. Para ello será necesario revisar las normas que la tratan y, en especial, los fundamentos que contienen.

En primer lugar, en cuanto a la validación legal de esta emergencia sanitaria producida por la pandemia del Coronavirus, la misma se encuentra en la Ley 27.541, que declara la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social hasta el 31 de diciembre de 2020, ampliada por el término de un año por el Decreto 260/20.

La justificación de la emergencia, y de los instrumentos encaminados a su tratamiento, está puesta en evidencia en el señalamiento que hacen, por ejemplo, los decretos 297/20 y 320/20: a) que las medidas que se establecen resultan las imprescindibles, razonables y proporcionadas con relación a la amenaza y al riesgo sanitario que enfrentamos; b) que la emergencia sanitaria exige extremar esfuerzos para enfrentarla pero también en relación a problemática económica y social, debiendo el Estado hacerse presente para que los y las habitantes de nuestro país puedan desarrollar sus vidas **sin verse privados de derechos elementales**, como el derecho a la salud, pero sin descuidar otros, como el derecho a la vivienda; c) que muchos trabajadores y trabajadoras ven afectados fuertemente sus ingresos por la merma de la actividad económica, lo que origina una reducción en los mismos, con la consecuente dificultad que ello genera para afrontar todas sus obligaciones en forma íntegra y

para disponer lo necesario para costear su alimentación, su salud y su vivienda.

En razón de dicha emergencia sanitaria, además de la medida principal de aislamiento obligatorio, que va determinando los efectos conocidos en tantas áreas de la vida económica y social, el gobierno ha dispuesto, entre otras, las siguientes medidas: a) la **suspensión de los desalojos**, prórroga de los contratos y congelamiento de precios de los alquileres de inmuebles destinados a viviendas y distintas actividades, entre ellas comerciales, de pequeñas y medianas empresas (Decreto 320/20); b) congelamiento de cuotas y **suspensión de ejecuciones** en hipotecas (Decreto 319/20); c) **suspensión del cierre de cuentas bancarias** e inhabilitación por falta de pago, como de la obligación de no adeudar aportes y contribuciones previo al otorgamiento de un crédito (Decreto 312/20); d) **prohibición de suspensión o corte de los servicios** de energía eléctrica, gas por redes y agua corriente, telefonía fija o móvil e Internet y TV por cable (Decreto 311/20); e) prórroga en los pagos del seguro de desempleo (Resolución MTESS 260/20).

Por lo demás la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado desde antaño y en diversas oportunidades, la posibilidad de limitación o intensificación de ciertos derechos con el fin de proteger el interés público en presencia de desastres o graves perturbaciones de carácter físico, económico o de otra índole (CSJN Fallos 238:76) y que acontecimientos extraordinarios justifican remedios extraordinarios (CSJN Fallos 238:76).

En relación a los efectos sobre las relaciones de trabajo se han dictado las resoluciones MTESS nros. 202/20, estableciendo la suspensión del deber de asistencia al

lugar de trabajo con goce íntegro de remuneración; 207/20, determinando excepciones a la convocatoria a prestar servicios a mayores de 60 años, grupos de riesgo y ausencia justificada del progenitor, progenitora, o persona adulta responsable a cargo, cuya presencia en el hogar resulte indispensable para el cuidado del niño, niña o adolescente, mientras dure la suspensión de clases; y 219/20, manteniendo la abstención del deber de asistencia al lugar de trabajo y la obligación de subsistencia de la obligación salarial habitual, en su caso mediante una suma no remunerativa.

Es importante considerar que, por ejemplo, el decreto 319/20, para disponer la suspensión de ciertos efectos de los contratos bancarios, pone como referencia las decisiones adoptadas por otros países frente a la afectación de la actividad económica que han sufrido. Así cita que los Estados Unidos de América dispuso, con fecha 24 de marzo de 2020, la suspensión de todos los desalojos y las ejecuciones hipotecarias durante seis semanas, con el objetivo de traer alivio inmediato a los inquilinos y propietarios; el Reino de España aprobó en marzo de 2020 mediante Real Decreto Ley N° 6/20, un paquete de medidas urgentes en el ámbito económico que amplía la “protección a las personas, que encontrándose en situación de vulnerabilidad, no pueden hacer frente al pago de la hipoteca” y se encuentran en “riesgo de desahucio hipotecario”, por el que se establece una moratoria de CUATRO (4) años de duración; e Italia y Francia han procedido a la suspensión en el pago de las cuotas de hipoteca.

En tal sentido, entonces, observemos también las medidas que adoptaron algunos de estos países en

materia de despidos o suspensiones por razón de la emergencia sanitaria. Por ejemplo **Italia ha suspendido los procedimientos de despidos** colectivos por sesenta días (Decreto “Cura Italia”, del 17 de marzo de 2020), y **España**, habiendo previamente dispuesto que la suspensión temporal de los contratos de trabajo o la reducción de jornada debía tramitarse a través del procedimiento específico (ERTE), con fecha 27 de marzo, y ante los reclamos de los sindicatos denunciando despidos, **el Real Decreto 9/20 prohíbe los despidos y extinciones de contratos mientras se mantenga la situación extraordinaria derivada del Covid-19.**

En relación a esta última norma, Antonio Baylos ha precisado que el despido por causas objetivas o el despido colectivo por causas económicas o productivas que tenga su fundamento en la situación originada por hechos relacionados con la pandemia es un “despido nulo por tener causa ilícita”, creando la norma “una nueva y excepcional categoría de despidos prohibidos o vedados por causa de utilidad pública y emergencia nacional que deben tener el mismo tratamiento que los discriminatorios o vulneradores de derechos fundamentales”².

A dichos elementos habría que agregar, como parámetros explicativos de los alcances de la emergencia sobre las relaciones de trabajo, y la eventual limitación para las decisiones de despidos por fuerza mayor, despidos colectivos, suspensiones o modificaciones de condiciones de trabajo que, en términos del propio derecho común, las obligaciones de los contratantes

² Baylos, Antonio, en <https://baylos.blogspot.com>, entrada del 28/3/20.

resultan más exigentes y exigibles en tanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, siendo mayor la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias (art. 1725 Código Civil y Comercial); que la imposibilidad de cumplimiento debe apreciarse teniendo en cuenta las exigencias de la buena fe y la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos (art. 1732 CCC); que la responsabilidad por caso fortuito o por imposibilidad de cumplimiento no se exime cuando el caso fortuito y, en su caso, la imposibilidad de cumplimiento que de él resulta, constituyen una contingencia propia del riesgo de la cosa o la actividad (art. 1733 CCC); que la interpretación de la ley debe hacerse teniendo en cuenta, entre otras, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento (art. 2 CCC); y que los derechos deben ser ejercidos de buena fe y que la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos, lo que se aplica al abuso de posición dominante en el mercado (arts. 9, 10 y 11 CCC).

En relación a los despidos, la evolución normativa y jurisprudencial, en términos del derecho comparado como del derecho local, ha venido fortaleciendo la concepción de la nulidad del despido en violación de Derechos Fundamentales.

La SCJN ha señalado que, aún cuando Argentina no ha ratificado el Convenio N° 158 sobre la terminación de la relación de trabajo (OIT, 1982), debe considerarse que los alcances del derecho al trabajo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales son determinables a la luz del instrumento

citado, al menos en cuanto "impone, en particular, la necesidad de ofrecer motivos validos para el despido así como el derecho a recursos jurídicos y de otro tipo en caso de despido improcedente" (Observación general N° 18, cit., párr. 11); y que dicho Convenio, además de excluir los motivos discriminatorios como causa justificada para la terminación de la relación de trabajo (art. 5.d), prevé que los tribunales llamados a resolver sobre el carácter justificado o injustificado de dicha terminación puedan, en este ultimo supuesto, "anular la terminación"³.

Y que el trabajador es "sujeto de preferente tutela", por lo que si bien en la relación y contrato de trabajo se ponen en juego, en lo que atañe a intereses particulares, tanto los del trabajador como los del empleador, y ninguno de ellos debe ser descuidado por las leyes, desde el ángulo constitucional la referida preferencia debe asegurarse, aún más en situaciones especiales en que aquel se encuentra más vulnerable⁴.

Por su parte el Comité Europeo de Derechos Sociales, órgano de aplicación e interpretación de la Carta Social Europea, ha resuelto recientemente que el sistema de la legislación italiana, de readmisión forzosa ante la declaración judicial del despido ilegítimo o improcedente, no puede ser reemplazado por una indemnización por cuanto vulnera el art. 24 de dicho instrumento comunitario.

³ SCJN, "Alvarez c/ CENCOSUD".

⁴ SCJN, "Vizzoti c/ AMSA".

En línea con dichos fundamentos resulta evidente que si en situaciones de “normalidad” las decisiones del empleador de extinguir el contrato de trabajo exigen de una justificación y procedimentalización adecuada (arts. 4, 7, 13 y 14 Convenio 158 OIT), con mucha más exigencia cuando la situación está caracterizada por una excepcionalidad que encuentra en situación de mayor vulnerabilidad al trabajador.

Por lo demás, y si bien referido a la condición del trabajador, **la ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad** o lesión no deberá constituir una causa justificada de terminación de la relación de trabajo (art. 6to. Convenio 158), en el caso excepcional de la pandemia, la ausencia por motivo del aislamiento fundado en la enfermedad en este caso que afecta a la comunidad toda, con mayor razón debe considerarse como una de aquellas causas que no pueden poner fin a la relación laboral.

El Director General de la OIT, Guy Ryder, ha señalado el último 27 de marzo que tendremos la posibilidad de “salvar millones de puestos de trabajo y de empresas si los gobiernos actúan con determinación para garantizar la continuidad de las empresas, **impedir despidos** y proteger a los trabajadores vulnerables”.

En conclusión podríamos señalar lo siguiente:

- a) la vigencia y aplicación de los procedimientos administrativos y colectivos previos a cualquier afectación del empleo (art. 98 Ley 24.013, Decreto 328/88);
- b) la nulidad de despidos, suspensiones o modificaciones de condiciones de trabajo sin el

trámite previo de los procedimientos indicados en el punto anterior (arts. 104 Ley 24.013, arts. 6 y 7 Decreto 265/02);

- c) que la situación de emergencia modaliza el ejercicio de los derechos y potestades propios de la relación de trabajo, exigiéndose mayor tutela a los trabajadores en situaciones de mayor vulnerabilidad;
- d) que en tal sentido resultaría contrario a las exigencias propias de la actividad empresarial y la ajenidad en los riesgos para el trabajador, descargar los efectos de la crisis sanitaria, inmediatamente y sin demostración suficiente de la imposibilidad de cumplir con las prestaciones a su cargo, por parte de los empleadores que pretendan afectar las condiciones de trabajo y empleo;
- e) que sin perjuicio de las consideraciones precedentes, en el marco de la emergencia declarada por la Ley 27.541, ampliada por el Decreto N° 260, la emergencia ocupacional dispuesta por el decreto 34/19, ante la escasa protección que en las circunstancias actuales ésta última norma provee, sería conducente una **regulación especial y transitoria suspendiendo los despidos en cualquiera de sus formas, mientras dure la emergencia.**